Titolo della tesi: Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea

Discussione: Pisa, 12 settembre 2019, ore 10, Palazzo "La Sapienza", Aula Magna, via Curtatone e Montanara, 15, 56126, Pisa, Pi, Italia

Commissione: Chiar.mo Prof. Andrea Zoppini (Presidente), Chiar.mo Prof. Christoph U. Schmid, Chiar.ma Prof. Susanne Augenhofer, Chiar.mo Prof. Alessandro Palmieri

CORSO DI DOTTORATO
IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM DIRITTO PRIVATO
XXXI CICLO

FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT

IL *PRIVATE ENFORCEMENT* DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Dottoranda
Giulia Puleio

Supervisor
Chiar.ma Prof.ssa
Maria Rosaria Maugeri

Chiar. mo Prof. Christoph Schmid

Il mercato è un luogo appartato dove gli uomini possono ingannarsi l'un l'altro.

Diogene il Cinico

Ringraziamenti

Nonostante tutti i limiti di questo lavoro dipendano da me, la sua stessa venuta ad esistenza – e la mia personale sopravvivenza in questi duri anni di apprendistato alla ricerca – è merito di tante persone, cui vanno i miei ringraziamenti doverosi: mi sembrerebbe altrimenti di avere rubato qualcosa.

Innanzitutto, desidero ringraziare la mia tutor, la Professoressa Maria Rosaria Maugeri, che ormai quattro anni fa mi ha consigliato di provare il concorso di Dottorato a Pisa, rendendo così possibili e indirizzandomi in questi anni di intensa felicità e di crescita personale. La ringrazio per la paziente generosità, l'intransigente cura e il rigore scientifico con i quali ha seguito il mio percorso di studio.

La mia profonda gratitudine va poi alle Professoresse Emanuela Navarretta, Elena Bargelli e Valentina Calderai, per la gentilezza, l'eleganza e la disponibilità con le quali mi hanno accolta qui a Pisa, per avermi sempre offerto preziosi consigli e occasioni di confronto e per aver sostenuto il mio lavoro, spingendomi a dare sempre il meglio.

In un ambiente accademico ben più distante da casa mi ha ospitata con grande cortesia il Professor Christoph Schmid, mio tutor a Brema, cui vanno i miei più sinceri ringraziamenti per avermi offerto la possibilità di conoscere nuovi orizzonti di ricerca.

Sono grata a tutti i numerosi frequentatori di Palazzo Ricci, e in particolare al Professor Alessandro Cassarino, che rappresenta un modello per lo *studium* con cui ogni giorno (perfino durante i nostri *Casual Friday*) si dedica al suo lavoro, e alla signora Chiara Formato, per l'allegria scanzonata con la quale mi saluta ogni mattina.

Grazie anche a tutti i compagni del Dottorato (non solo pisano). Soprattutto, grazie a Emilio, per le battute veloci che gelano le mie ansie perfezioniste; a Chiara, per i numerosi panini onesti all'alimentari

all'angolo; a Giuseppe, per i caffè a Villa Cerami con cui abbiamo esorcizzato nei primi anni la sensazione di inadeguatezza prima degli esami di Diritto civile; a Natalia, per le nostre lunghe serate insieme, durante le quali non sono mai mancati vino, parole e allegria.

Grazie ai miei genitori, che mi fanno sentire amata; ai miei fratelli, che compongono ogni fibra del mio essere; a mia nonna e a tutto il resto della mia famiglia, che rappresentano una buona ragione per tornare; a Daria e Luisa, che più di tutti si prendono cura di me.

Grazie alle mie bellissime amiche, catanesi alla conquista del mondo – Erika, Annalisa, Erica, Carla, Chiara, Fiammetta – per condividere sempre le felicità più piene (Aurorina) e i *cuttigghi* più beceri.

C'è poi un ristretto gruppo di persone che non ha permesso che in questi anni mi sentissi sola: la mia carissima Alice, che ha costituito la mia casa qui a Pisa; Francesca, perché il *rumore delle nostre intelligenze insieme che sbattono* è sempre un enorme conforto; Alessandro, che mi ha sempre voluto un sacco di bene.

Infine, vorrei ringraziare Francesco, che mi ha regalato il più dolce dei motivi per *tirare via* nella ricerca.

Il *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea

Sommario

Introduzione 1

1. Oggetto della ricerca……... 1

2. Obiettivi…….....6

3. Piano dell'indagine……. 10

Capitolo 1. Evoluzione, obiettivi e istituti del diritto della concorrenza dell'Unione europea 15

1. Le radici del diritto della concorrenza dell'Unione europea.....15

1.1. Le prime discipline antitrust negli USA (1890-1948) 18

1.2. L'affermazione di una cultura europea della concorrenza.....23

1.3. Il diritto della concorrenza come ipotesi di europeizzazione delle politiche pubbliche 30

2. Obiettivi politici: l'integrazione del mercato…….....33

2.1. *Il caso* Fra.Bo.....34

2.2. Le importazioni parallele.....44

3. Obiettivi economici…….....49

4. Le intese restrittive della concorrenza…….. 54

4.1. Impresa 55

4.2. Il mercato 59

4.3. Nozione di intesa 62

4.4. Accordo 63

4.5. Decisioni di associazioni di imprese 65

4.6. Pratiche concordate 67

4.7. Restrizione della concorrenza.....69
4.8. La classificazione sistematica delle intese 73
4.9. Intese nulle e intese lecite.....75
5. Abuso di posizione dominante…….....76
5.1. La posizione dominante 77
5.2. L'abuso 81
6. Concentrazioni…….....83
7. Condotte anticoncorrenziali e danni privati……..……..87
7.1. Danni derivanti da abusi di sfruttamento 89
7.2. Danni derivanti da abusi escludenti.....91
Capitolo 2. La responsabilità civile per illecito anticoncorrenziale 94
1. Premessa…….....94
1.1. La nascita giurisprudenziale dell'istituto.....98
1.2. La diversità delle tradizioni giuridiche europee in materia di responsabilità civile 104
1.3. Gli obiettivi e le funzioni del danno antitrust 108
1.4. L'identificazione dell'interesse tutelato 114
2. Aspetti procedurali…… 115
2.1. L'illecito anticoncorrenziale come torto plurioffensivo.....118
2.2. La tutela collettiva e il danno antitrust 120
2.3. Legittimazione passiva e responsabilità solidale 129
2.4. Prescrizione.....133
3. Causalità, imputazione e selezione delle voci di danno: le lacune della Direttiva e il ruolo dell'interprete…… 135
4. Causalità ed evento lesivo: le questioni poste dalla sentenza *Kone*.137

4.1. Le tradizioni giuridiche nazionali in materia di nesso di causalità 141

4.2. Qual è il ruolo dell'indagine eziologica nel giudizio sulla responsabilità da danno antitrust? 144

4.3. Una proposta, mutuata dall'analisi della giurisprudenza tedesca 145

4.4. La causalità materiale come criterio servente agli altri elementi dell'illecito 151

5. L'elemento soggettivo dell'illecito…….. 152

5.1. L'elemento soggettivo nelle altre ipotesi di illecito civile di ispirazione europea 154

5.2. Il contenuto del criterio di imputazione della responsabilità nell'illecito anticoncorrenziale 157

5.3. *Umbrella effects*: un problema di rischio diffuso e di coerenza tra *public* e *private enforcement*……165

6. Il giudizio sulla selezione del danno risarcibile…….168

6.1. Il pieno risarcimento come diritto a un risarcimento efficiente 170

Capitolo 3. Le norme processuali in tema di azioni antitrust come crocevia nel meccanismo duale di tutela della concorrenza 177

1. La necessaria coesistenza di due livelli di tutela e il ruolo delle regole di diritto processuale civile…….....178

1.1. Efficienza del processo civile anticoncorrenziale: effettività del rimedio ed effettività del diritto della concorrenza 181

2. Prove: alcune precisazioni terminologiche……...…….184

2.1. Le circoscritte previsioni della Direttiva 2014/104/EU in materia di onere probatorio 186

2.2. I criteri generali di distribuzione dell'onere probatorio secondo la dottrina italiana maggioritaria 188

2.3. Ripartizione dell'onere di provare gli elementi dell'illecito civile anticoncorrenziale 191

2.4. Trasferimento di sovraprezzo e responsabilità delle PMI 195

3. Esibizione delle prove…….. 198

3.1. Ammissibilità della richiesta di esibizione delle prove e impatto nel processo civile italiano.....200

3.2. Prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante 206

3.3. Sanzioni 212

4. L'uso della prova economica: inquadramento della questione.....215

4.1. La consulenza tecnica 217

4.2. Prova economica e standard probatori 219

5. L'effetto delle decisioni finali……. 224

5.1. L'efficacia delle decisioni finali nelle precedenti esperienze europee.....226

5.2. L'effetto vincolante delle decisioni definitive e le tradizionali categorie italiane 230

5.3. L'eventuale contrasto con l'articolo 101 della Costituzione....233

Capitolo 4. Altri strumenti di private antitrust enforcement 240

1. Gli altri strumenti di private antitrust enforcement.....240

2. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie 242

2.1. Arbitrato rituale e controversie in materia di diritto della concorrenza.....245

2.2. Tutela collettiva e metodi alternativi di composizione delle controversie.....252

2.3. Il ricorso a metodi di *consensual settlements* e gli obiettivi di compensazione e deterrenza 255

3. Effetto sospensivo e altri effetti dei procedimenti di composizione consensuale delle controversie…….257

3.1. Sospensione del termine di prescrizione e decadenza.....257

3.2. La sospensione del procedimento eventualmente già in corso 261

3.3. Composizione consensuale e sanzione amministrativa 264

4. Effetto delle transazioni consensuali sulle successive azioni.....265

4.1. Transazioni parziarie e regime della solidarietà.....265

4.2. Transazioni parziarie e azioni civili risarcitoria promosse da più danneggiati nei confronti di più danneggianti 269

4.3. La controversa applicazione dell'articolo 16 all'arbitrato rituale 270

5. Contratto e antitrust……..……...270

5.1. I contratti d'impresa: costruzione di una categoria e sua funzione 273

5.2. Invalidità dei contratti che realizzano la condotta anticoncorrenziale 279

Conclusioni 285

1. Premessa...…….. ……285

2. L'illecito civile antitrust e la disciplina europea della responsabilità extracontrattuale…….. 286

3. Effettività del rimedio e duttilità degli strumenti processuali nazionali……..292

4. La claudicante complementarietà tra private e public enforcement del diritto europeo della concorrenza……. 294

Summary 298

Bibliografia 330

Giurisprudenza citata 378

Introduzione

Sommario

1. Oggetto della ricerca; **2.** Obiettivi; **3.** Piano dell'indagine;

1. Oggetto della ricerca

Focus della ricerca condotta in questo studio è l'utilizzo, da parte del legislatore europeo, di istituti civilistici al fine di creare un apparato privatistico di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato europeo.

Negli ultimi decenni, l'evoluzione giurisprudenziale[1] e normativa[2] ha eletto a strumento cardine di tale livello l'azione civile per il risarcimento del danno provocato dalla condotta anticoncorrenziale, che sarà, pertanto, oggetto principale – seppure non unico[3] – di analisi di questo lavoro. Per questa ragione, ancora prima di individuare gli obiettivi della ricerca e di

[1] *Leading case* in materia è la sentenza Courage: Corte di Giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, caso *Courage* Raccolta della giurisprudenza 2001 I-06297. Si rinvia a *infra*, Capitolo 2, paragrafo 1.1., per un'approfondita analisi della sentenza, del dibattito e dei documenti di *soft law* che l'hanno preceduta e dell'evoluzione giurisprudenziale successiva, oltre che per gli opportuni riferimenti bibliografici.

[2] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. In Italia, la Direttiva 2014/104/UE è stata recepita dal Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (17G00010) (GU Serie Generale n.15 del 19-01-2017).

[3] Si è scelto, infatti, di dedicare il Capitolo 4 di questo lavoro di tesi allo studio degli strumenti di *private enforcement* che sono intrinsecamente connessi alla disciplina delle azioni civili per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza: è la stessa Direttiva 2014/104/UE a dedicare il Capo VI agli strumenti di composizione consensuale delle controversie, come sono definiti, con una certa grossolana applicazione, gli istituti della mediazione, della negoziazione, delle ADR, dell'arbitrato rituale e di quello irrituale. Inoltre, in chiusura al Capitolo 4 (paragrafo 5), sono affrontati alcuni aspetti particolari del rapporto che intercorre tra antitrust e diritto dei contratti, con peculiare attenzione al tema dei contratti di impresa e a quello della invalidità dei contratti attraverso i quali si realizza la condotta anticoncorrenziale.

ripercorrerne gli snodi problematici essenziali, si ritiene fondamentale fornire a chi legge qualche dato sul contenzioso civile *antitrust*[4].

Se ancora in riferimento all'attività istruttoria delle corti italiane nel periodo compreso tra il 2006 e il 2010, vi è stato chi[5], correttamente, ha definito assai ridotta la dimensione del *private antitrust enforcement* in Italia – soprattutto se comparata alle esperienze degli altri Paesi europei[6] e al profondo sforzo ermeneutico e scientifico profuso in dottrina[7] –, il fenomeno è stato in forte espansione negli anni successivi, per quanto limitato a un'area geograficamente circoscritta del territorio italiano. Già nel 2013, la Sezione Specializzata di Milano, con quarantotto casi antitrust

[4] L'attività di ricerca dei dati in materia di contenzioso civile anticoncorrenziale è complicata dal mancato adempimento, da parte delle autorità nazionali, all'obbligo di informare la Commissione in merito ai casi antitrust pendenti di rilevanza e interesse europeo. Anche a livello nazionale, non è previsto, in Italia, che i giudici ordinari siano tenuti a informare l'autorità garante della concorrenza e del mercato delle cause avviate, come invece avviene in Germania, ove l'articolo 90, comma 1, del GWB impone che il *Bundeskartellant* sia informato di ogni azione civile per risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale iscritta a ruolo. Strumenti molto utili sono, però, rappresentati, dall'annuale Rassegna pubblicata dalla rivista Concorrenza e mercato, Giuffrè editore (negli ultimi anni curata da TAVASSI M. – BELLOMO G. – CAPRILE F.) e dal Database dell'Osservatorio antitrust dell'Università di Trento, consultabile online: https://databasearc.osservatorioantitrust.eu/.

[5] TESAURO C., Recenti sviluppi del private antitrust enforcement, in Mercato Concorrenza Regole, dicembre 2011, Fascicolo 3, p. 427 ss.

[6] Il riferimento è, in particolare, al Regno Unito, in cui, nel periodo compreso tra 2006 e 2010, erano state proposte 29 richieste di risarcimento innanzi alla High Court e 15 dinanzi al CAT. Il contenzioso inglese aveva già in quel periodo una rilevanza europea, dato che per circa il 70% dei casi si trattava azioni *follow-on* di decisioni della Commissione.

Degna di cenno poi la situazione tedesca, ove, nonostante l'esistenza di un radicato sistema privatistico di *antitrust enforcement*, poche sono state le azioni civili definite in giudizio, vista la tendenza a transigere la lite.

[7] Anche il formante dottrinale costituisce una leva importante nello sviluppo di un sistema civilistico di tutela del mercato concorrenziale europeo. Tra i vari contributi, si rinvia, preliminarmente (ma vedi *infra*, Capitolo 2, paragrafi 1 e ss), a WESSELING R., The Modernisation of EC Antitrust Law, Oxford/Portland 2000, p. 198 ss e da KOMNINOS A., New Prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages, CMLR, 39, 2002, p. 447 ss; KOMNINOS A., New Prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages, CMLR, 39, 2002, p. 447 ss; EHLERMANN – ATANASIU (edited by), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Oxford/Portland, 2002; JONES C. A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Oxford University Press, 1999 e REICH N. – MICKLITZ W. A., Europäische Verbraucherecht, 4th ed., Nomos, 2003, p. 216 ss.

pendenti, costituisce l'autorità giudiziaria europea con il maggior numero di controversie in materia di *private enforcement*. La tendenza è confermata negli anni successivi, mantenendosi il dato in base al quale, nell'ultimo biennio, il Tribunale delle Imprese di Milano registra una media di cinquanta casi *antitrust* pendenti, essendo decise circa dodici controversie ogni anno. Di fronte agli altri due giudici *superspecializzati* italiani[8], e cioè i Tribunali delle Imprese di Roma e Napoli, sono incardinati, invece, solo pochi casi isolati e ciò è direttamente riconducibile alle profonde differenze tra le economie di Nord e Sud del Paese.

Volgendo poi l'attenzione alla giurisprudenza di legittimità, non possono tacersi in questa sede i significativi interventi della Corte di Cassazione, soprattutto, a partire dal 2013, a causa del massiccio contenzioso scatenato dagli accertamenti dell'Agcm[9] sul mercato delle assicurazioni di autoveicoli[10], la cui vicenda era già stata sottoposta all'attenzione del giudice europeo[11].

Quanto al tipo di controversie incardinate di fronte al giudice civile ordinario italiano negli ultimi cinque anni, si tratta per lo più di azioni *follow on* destinate a incidere, a causa della complessità delle intricate vicende

[8] Vedi infra, Capitolo 2, paragrafo 2., a proposito del giudice competente in materia di azioni civili anticoncorrenziali. Prima dell'attribuzione della competenza ai Tribunali delle Imprese di Milano, Roma e Napoli, la competenza era attribuita dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (cosiddetto decreto "Salva Italia") alle Sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali, abrogando il criterio della competenza funzionale della Corte di Appello ex art. 33, comma 2, legge 287/1990, per cui si veda Corte di Appello Bologna, III sez. civ., 17 aprile 2012, Aviapartner S.p.A./Aeroporto Guglielmo Marconi.

[9] L'attività istruttoria dell'AGCM inizia con le delibere dell'8 settembre 1999 e n. 10 novembre 1999, nonché del 3 febbraio 2000. Si segnala, in particolare, AGCM, Provvedimento n. 8546 del 27 luglio 2000, confermato da TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

[10] Si rinvia, solo per citare le sentenze più recenti a Cassazione civile, sez. I, 15 maggio 2013, n. 11706; sez. III, 14 marzo 2013, n. 6581; sez I civ, 28 maggio 2014, n. 11904; sez. I civ, 30 maggio 2014, n. 12186; sez. III civ., 23 luglio 2014, n. 16786; sez. III civ., 14 agosto 2014, n. 17971; sez. III civ., 11 settembre 2014, n. 19173; sez. III civ., 11 settembre 2014, n. 19175; sez. VI civ, 6 novembre 2014, n. 23728.

[11] Corte di Giust., sent. 13 luglio 2006, casi riuniti da C-295/04 a C-298/04, caso *Manfredi*, Raccolta della giurisprudenza 2006 I-06619.

giudiziarie sottese, nei settori economici delle telecomunicazioni[12], dell'energia[13], dei trasporti aerei[14] e dei servizi aeroportuali[15]. Meno

[12] Il riferimento è alla vicenda giudiziaria che segue l'indagine A/357 dell'AGCOM. Si vedano Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di Impresa - sez. A, sentenza 27 dicembre 2013. n. 16319 Brennercom S.p.a. c. Telecom Italia S.p.a; Tribunale di Milano, sezione I civile, sentenza 13 febbraio 2013, n. 2159, OKCom s.p.a. c. Telecom Italia s.p.a; Tribunale di Milano, sezione I civile, sentenza 1° ottobre 2013, n. 12227, TeleUnit c. Vodafone Omnitel N.V. S.p.a; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 3.3.2014, Brennercom S.p.A. c. Telecom italia S.p.A.; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, Sentenza 3 aprile 2014, caso Uno Communications c.Vodafone Omnitel NV S.p.A.; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 15 aprile 2014, caso Uno Communications c. Telecom italia S.p.A.; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 23 giugno 2014, caso Eutelia S.p.A. c. Telecom Italia S.p.A; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, Sentenza 18 luglio 2014, caso Eutelia S.p.A. c. Telecom Italia S.p.A.e Grapes Network Services S.r.l.; Tribunale di Roma, sez. 9 civile, sentenza 25 luglio 2014, caso OkCom S.p.A. c. Wind Telecomunicazioni S.p.A.; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 30 settembre 2014, caso OKCom S.p.A.e. Telecom Italia S.p.A.e C.BT Italia S.p.A; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 14 ottobre 2014, caso Fastwcb S.p.A.e. Vodafone Omnitel NV S.p.A.; Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 17 ottobre 2014, caso OKCom S.p.A. c.Telecom Italia S.p.A.; Corte di Cassazione, Sezione III, Sentenza 31 aprile 2015, n. 6447, Teleunit S.p.a. c. Telecom Italia S.p.a.; Tribunale di Milano. Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 29 aprile 2015, Fastweb s.p.a. c. Telecom Italia s.p.a; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A Sentenza 17 luglio 2015, Voiceplus S.r.l. c. Telecom Italia S.p.a; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 28 luglio 2015, BT Italia S.p.a. c. Vodafone Omnitel N.V.; Corte appello Milano, sez. I, 02 gennaio 2017, n. 1; Tribunale Milano, 06 dicembre 2017, (n. 12344.

[13] Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa (sez. IX) Ordinanza 15 ottobre 2013 Metaenergia S.p.a. c. Enel Distribuzione S.p.a.: si tratta qui di un ricorso cautelare per il contratto di trasporto di energia tra Enel e Metaenergia.

[14] Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di Impresa - sez. A Sentenza 4 aprile 2013 Viaggiare S.r.l. c. Ryanair Ltd; Tribunale di Milano. Sezione specializzata in materia di Impresa - sez. A Sentenza 4 aprile 2013 LastMinute.com S.r.l. c. Ryanair.

[15] Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 18 aprile 2014, caso Airline Logistic S.r.l., Globe Aircar- go S.r.l., Swissport Cargo Services Italia S.r.l., Worldair S.r.l., Sasco S.r.l., c. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali Sea, n. 5251; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 1 dicembre 2014 Air Sped s.r.l., Alicargo s.r.l., Bernasconi & Associati s.r.l., Cad Alicargo s.r.l., Cad Leo An- telli s.r.l.. Cartoni Spedizioni Internazionali s.r.l., Lotus s.r.l. Aviation Brokers, De Lorenzis s.a.s., Fa-Bo Italservices s.r.l., Sebi s.r.l.. Centro Europeo Assistenza Doganale s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a.; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 13 dicembre 2014, Delta Air Lines Ine, IBERIA Linee Aeree Spagnole S.A., TAP — Air Portugal c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a.; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 12 gennaio 2015, Beta-Trans s.p.a. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A., s.p.a; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in

frequenti sono le azioni *stand alone*, che, in ogni caso, sono tutte promosse da imprenditori per danni derivanti da abusi escludenti[16]: questo dimostra, innanzitutto, la maggiore consapevolezza delle imprese nei confronti dello strumento *antitrust*. Soprattutto, la circostanza che le vertenze di carattere *stand alone* siano sempre state promosse da imprese a seguito di un abuso di impedimento è a fondamento della intuizione, che sarà sviluppata nel corso della trattazione, per cui le differenze strutturali che intercorrono tra danni privati derivanti da abusi escludenti e danni privati provocati da abusi di sfruttamento siano talmente profonde da giustificare la necessità che anche il rimedio risarcitorio abbia caratteristiche differenti.
Chiarite, quindi, le effettive dimensioni raggiunte negli ultimi anni dal contenzioso civile antitrust, si possono adesso illustrare le ragioni della ricerca.

Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 15 marzo 2015, Saudi Arabian Airlines c. Società Esercizi Acroportuali — S.E.A. s.p.a; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 30 maggio 2015, Air Kosmo s.r.l., CAD Mollica s.r.l., La Minerva s.a.s. e Latasped s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 5 novembre 2015, Beta-Trans s.p.a. e Airlines Re- presentative Europe — ARE s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 9 novembre 2015, Continental Airlines c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 24 settembre 2015/3 dicembre 2015 Alitalia c. Shell Italia s.p.a. e Shell Italia Aviazione (in seguito KRI s.p.a. e KAI s.r.l.), con l'intervento di Aeroporti di Roma, Aeroporto Sant'Anna e Aeroporto di Puglia; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 24 settembre 2015/11 novembre 2016 Alitalia c. Tamoil Italia s.p.a. e Ifitalia — International Factors Italia, con l'intervento di Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. e Aeroporti di Roma; Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 15 maggio 2015, Air Kosmo s.r.l., CAD Mollica s.r.l. La Minerva s.a.s. e Lata- sped s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a.

[16] Si prenda, ad esempio, Corte di Cassazione — Sezione I, Sentenza 4 giugno 2015, n. 11564, Comi et al. c. Cargest S.r.l., azione stand alone in cui cinquantadue grossisti di prodotti ortofrutticoli lamentano danni derivanti da abuso di posizione dominante da parte della Cargest. Anche in Trib. Mil, Sez. spec. Impresa, 13 aprile 2016, Arslogica Sistemi s.r.l. contro IBM Italia s.p.a. sono richiesti l'accertamento per abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica e la condanna generica al risarcimento del danno, da quantificarsi successivamente.

2. Obiettivi

Lo studio mira a restituire il microsistema, oggetto dell'analisi, al macrosistema cui appartiene, cioè a collocare la particolare ipotesi di illecito in esame entro le maglie del settore dell'ordinamento di riferimento.

Tale tensione sistematica può essere scomposta in quattro obiettivi del lavoro, che si propone insieme di: i) valutare la coerenza delle norme espressamente dettate dalla Direttiva 2014/104/UE in punto di azioni risarcitorie antitrust con gli scopi espressamente assegnati dal legislatore all'istituto; ii) ricostruire, nel caso di lacune, norme che risultino coerenti e adeguate al perseguimento di tali scopi declamati; iii) studiare l'impatto delle norme europee nel processo civile italiano, guardando, quindi, all'effettività ed all'efficienza del processo civile anticoncorrenziale; iv) considerare complessivamente il meccanismo civilistico di tutela della concorrenza, mettendolo in rapporto con il distinto meccanismo pubblicistico.

La selezione di questi obiettivi non può che provocare il sorgere di due domande preliminari: qual è il sistema di riferimento? Quali sono le funzioni attribuite al risarcimento del danno anticoncorrenziale? Naturalmente, le due questioni sono intrinsecamente connesse e, anzi, tendono a confondersi: una volta individuato il macrosistema cui l'interprete deve rivolgersi, è semplice comprendere se il risarcimento del danno anticoncorrenziale serva soltanto a trasferire il danno ingiusto da chi lo ha subito a chi lo ha provocato oppure se possano essere rintracciate altre funzioni; in maniera speculare, allorquando si rintracciano le funzioni dell'illecito in esame, più agevolmente si comprende quale sia il sistema cui appartiene.

Nel caso di danno antitrust, lo sforzo di mettere a sistema è reso particolarmente complesso dalle peculiarità del tipo di illecito, la cui disciplina risulta da una serie di intersezioni, tali da rendere fluidi e, per così dire, mutevoli i confini del sistema stesso. È, probabilmente, indice delle difficoltà del diritto privato dei tempi attuali, ove, a causa del

processo di integrazione europea e dei diversi paradigmi di funzionamento dello scambio, il sistema si è trasformato in rete: il rischio da evitare è che il giurista ci finisca impigliato dentro[17].

Innanzitutto, si ha, evidentemente, una intersezione verticale tra il livello rappresentato dal diritto europeo e quello costituito dal diritto nazionale; inoltre, il tipo di danno da risarcire provoca l'attrazione della materia della responsabilità civile nell'orbita del diritto europeo della concorrenza, con una intersezione tra norme di diritto privato e funzione di regolazione del mercato[18].

Vediamo adesso in che modo le due intersezioni devono essere considerate nel perseguimento degli obiettivi i) e ii), e, quindi, nel procedimento di ricostruzione degli elementi dell'illecito civile, in una ottica squisitamente di diritto civile sostanziale.

In questo senso, si è scelto di studiare il *private antitrust enforcement* come una sorta di banco di prova di un sistema europeo di responsabilità extracontrattuale.

La vicenda del danno antitrust riflette pienamente il dinamismo interno attraverso il quale si afferma l'effettività del diritto dell'Unione europea. L'interprete è chiamato a ricostruire gli elementi dell'illecito, ora rifacendosi alle norme fissate a livello europeo, ora, per gli aspetti non regolati, rivolgendosi al sistema, che è ravvisato nella logica generale sottesa alla responsabilità extracontrattuale configurata dall'ordinamento europeo. Infatti, l'illecito anticoncorrenziale ha natura tipicamente anfibologica[19], ove alcuni elementi sono fissati a livello europeo, mentre altri devono essere ricostruiti attraverso il principio di autonomia

[17] L'immagine del giurista nella rete del sistema è stata evocata, a mo' di ammonizione, dal Prof. Umberto Breccia, il quale poi ha cordialmente permesso che la usassi e, soprattutto, ha insistito che non me ne dimenticassi.

[18] Il tema è al centro di MAUGERI M.R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010.

[19] È SCODITTI E., Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in Foro it., 2004, IV, p. 4 ss, ad attribuire a un illecito civile di fonte unitaria, in particolare al caso della responsabilità civile dello Stato (per cui vedi *infra*, nota 20), gli attributi di "anfibologico e interfacciale".

procedurale, che rinvia al diritto nazionale, fermo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

In ogni ipotesi di illecito civile di provenienza europea, il riferimento al principio di effettività ha sempre un risultato dirompente sul sistema nazionale di responsabilità civile, imponendo di ricostruire un quadro di valori a livello di ordinamento europeo[20]. Ma se in generale l'effettività del diritto dell'Unione europea modella l'istituto della responsabilità civile secondo logiche diverse da quelle nazionali, ciò è ancor più vero nel caso del risarcimento civile antitrust, a causa della seconda intersezione. La materia della responsabilità extracontrattuale, in questo caso, è strumentalmente utilizzata al fine di creare un livello civilistico di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato: in altre parole, il risarcimento del danno deve essere funzionale a rendere effettivo il diritto della concorrenza dell'Unione.

---

[20] Esempio classico è quello della responsabilità civile degli Stati, per cui si rinvia, *ex multis*, ad AFFERNI G., La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2007, fasc. 2; ALPA G., Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario, in Contratto e Impresa/Europa, 1999, p. 92 ss; ALPA G., La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2005; BARONE M. – PARDOLESI R., Il fatto illecito del legislatore. Nota a Francovich v. Bonifaci, Corte giust. C.E. 1911-1991 C-6/90 e C-9/90, Foro it., 1992, IV, c. 145 s.; BUSNELLI F.D., La responsabilità civile dello Stato, in Danno e responsabilità, 1999, p. 10 ss; CALZOLAIO E., L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica, Milano, 2004; CASTRONOVO C., La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario, in Europa dir. priv., 2012, 4, p. 945 ss.; DI MAJO A., Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, Corr. Giur., 2009, 10, 1353; DI MAJO A., Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Europa dir. priv., 1998, p. 745 ss; ROPPO V., Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa di finale, in Riv. Dir. priv., 2006, p. 347 ss; ROPPO V., Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo, in Corriere Giur., 2017, 3, p. 365 ss; SCODITTI E., Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria, nota a Cass. Civ. 4915/2003, in Foro it., 2003, I, p. 2015 ss; WAELBROECK D., Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law, in HEUKELS T. – McDONNEL A. (edited by), The Action for Damages in Community Law, The Hague – London – Boston, 1997, p. 311 ss. Il tema è stato approfondito in PULEIO G., La responsabilità civile dello Stato, in NAVARRETTA E. (a cura di), Codice della responsabilità, Giuffrè editore, in corso di pubblicazione.

Il sistema di riferimento, dunque, è quello del diritto privato europeo, che attribuisce il fine di regolazione del mercato anche ad istituti tipici del diritto privato classico, come la responsabilità civile. A questo punto, è semplice anticipare quali siano le funzioni del risarcimento del danno antitrust, che devono essere fissate al fine di valutare la reale efficacia del rimedio.

L'aver scelto il diritto privato europeo come sistema di riferimento per la disciplina di diritto sostanziale provoca uno slittamento di prospettiva, perché l'*enforcement* non è solo dei diritti dei privati, cui corrisponde la funzione compensatoria tipicamente attribuita all'istituto dagli ordinamenti nazionale, ma anche di un settore dell'ordinamento europeo, da cui discende la necessità di perseguire anche effetti di deterrenza. Emergono, così, le due anime dell'istituto dell'illecito anticoncorrenziale, volto a risarcire i singoli dei danni subiti e a potenziare la tutela del mercato concorrenziale, cui corrisponde la dialettica tra funzione compensatoria ed effetti deterrenti, che sarà al centro della trattazione[21].

Differente è il discorso da svolgere nell'affrontare la questione sub iii), poiché la disciplina europea del processo civile è strutturalmente asistematica, per cui il sistema è quello nazionale di diritto processuale civile. In ogni caso, le due intersezioni illustrate giocano un ruolo rilevante. Infatti, come si mostrerà meglio[22], da una parte, si devono cercare *rationes* e finalità comuni tra i vari interventi europei in materia di giustizia civile, in modo che il giudice sia guidato nel processo di selezione degli strumenti praticabili nei casi concreti. Inoltre, la seconda intersezione pone il problema rilevante della efficienza del processo civile anticoncorrenziale, per cui l'interprete deve ricostruire le norme e gli istituti del processo civile italiano in modo che siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi compensatori e deterrenti dell'ipotesi di illecito in esame.

Infine, l'obiettivo sub iv), e cioè il confronto tra livello civilistico e livello pubblicistico di tutela del mercato concorrenziale, non sarà affrontato in

[21] Si rinvia *infra*, Capitolo 2, paragrafi 1 e ss.

[22] Vedi *infra*, Capitolo 3, paragrafi 1 e ss.

una sede specifica, ma sarà sviluppato lungo l'intera trattazione del lavoro, in quanto essenzialmente trasversale ai vari argomenti analizzati. Per questo motivo, oltre ad analizzare le intersezioni specifiche tra azioni civili concorrenziali e *public antitrust enforcement* e a studiare gli altri strumenti di *private enforcement*, la ricerca si apre con una lunga disamina degli obiettivi e degli istituti del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

3. Piano dell'indagine

La scelta di ripercorrere le principali tappe evolutive del diritto della concorrenza dell'Unione europea – anche attraverso il confronto con la significativa esperienza antitrust degli Stati Uniti[23] – risulta funzionale all'intento di collocare l'istituto dell'illecito civile anticoncorrenziale entro le sue coordinate essenziali, secondo quello sforzo sistematico che costituisce il motore fondamentale della ricerca.

Inoltre, interrogarsi sulla effettività e sulla efficacia del *private antitrust enforcement* presuppone una riflessione sul meccanismo generale di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato. Per questo, l'iter evolutivo tratteggiato è volto a configurare il diritto della concorrenza come momento di sintesi nel movimento dialogico disegnato da teoria economia e politica della concorrenza. Si tratta, infatti, di individuare e disciplinare fattispecie astratte che, alla luce dei modelli economici generali, pregiudicano le forme di efficienza meritevoli di tutela in base alla politica della concorrenza praticata.

L'esperienza antitrust, insomma, si fonda sulla intuizione in base alla quale i mercati devono essere tutelati non solo dallo strapotere pubblico, ma anche dall'abuso del potere privato, con l'effetto di comprimere e tutelare insieme l'autonomia privata. Da qui si ricava una indicazione preliminare, che si ricollega alla intersezione già segnalata: il paradigma di funzionamento dell'autonomia privata, a livello europeo, risulta modellato

[23] Vedi *infra*, capitolo 1, paragrafo 1.1., per l'analisi delle prime discipline antitrust negli Stati Uniti.

dalle scompaginazioni tra diritto privato classico e diritto dell'impresa[24]. Entrambi i settori, i cui confini non possono che assottigliarsi, creando un diritto privato dell'impresa, risultano preposti alla tutela della concorrenzialità in funzione regolatoria, che assume rilevanza centrale. La declinazione in senso regolatorio del diritto privato classico, almeno agli albori del processo di integrazione europea[25], è funzionale all'obiettivo politico di edificazione e tutela del mercato unico e costituisce una tecnica di efficiente organizzazione del mercato europeo: dalla peculiare eterogenesi dei fini, politici ed economici, del diritto europeo della concorrenza conseguono diverse ricadute operative, definendo in maniera peculiare gli ambiti di applicazione della materia[26].

Una volta illustrati gli obiettivi del diritto della concorrenza dell'Unione europea, lo *step* logico successivo – ferma l'indicazione del diritto concorrenziale come clausola generale del diritto privato europeo – consiste nella ricognizione delle norme dettate per sanzionare le condotte anticoncorrenziali. Per questo, sarà svolta un'ampia analisi degli istituti dell'intesa anticoncorrenziale, dell'abuso di posizione dominante e della concentrazione, in quanto illeciti commessi dalle imprese[27]. Tuttavia, un'attenta riflessione, che compari i danni sociali a quelli privati, dimostrerà che i tre istituti sono funzionali, e sono stati pertanto elaborati e mantenuti, al corretto funzionamento e all'applicazione del livello pubblicistico di tutela della concorrenza. In maniera difforme, in uno studio che abbia selezionato come focus gli strumenti che compongono il livello privatistico di tutela della concorrenza, appare più opportuno l'utilizzo del binomio abuso di sfruttamento/abuso escludente,

[24] È qui che si consuma il famoso *dilemma della democrazia liberale*, secondo la fortunata espressione di AMATO G., Il potere e l'antitrust, il Mulino, Bologna, 1997, p. 8 ss.

[25] Una forte spinta verso la modernizzazione del diritto della concorrenza arriva, almeno sul piano delle declamazioni, dall'emanazione del Regolamento CE n 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

[26] Vedi infra, Capitolo 1, paragrafi 2.1. e 2.2., per una sintetica ricostruzione dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza rispetto agli altri settori rappresentati dalla libera circolazione delle merci e del diritto di proprietà intellettuale nazionale.

[27] Vedi infra, Capitolo 1, paragrafi 4, 5, 6.

utilizzando così una prospettiva economica che muova dalle caratteristiche strutturali del danno[28].

Conclusa la ricostruzione preliminare dei principi e degli istituti del diritto della concorrenza dell'Unione europea, si passerà all'analisi degli elementi dell'illecito civile anticoncorrenziale. In particolare, dopo la individuazione del giudice civile competente[29], secondo quanto previsto dal decreto legislativo 2/2017, si affronterà il tema centrale dei soggetti dotati di legittimazione attiva[30]. Si tratta di un nodo problematico essenziale, dato che il danno anticoncorrenziale provocato da un abuso di sfruttamento costituisce una ipotesi tipica di illecito plurioffensivo, per cui particolarmente avvertita è l'esigenza di incoraggiare il ricorso a meccanismi di tutela collettiva[31]. Affrontati i temi della legittimazione passiva e della responsabilità solidale delle imprese[32] e le previsioni in punto di prescrizione[33], si passerà all'analisi della triade rappresentata da causalità materiale, elemento soggettivo e giudizio di selezione del danno risarcibile. La presente ricerca è mossa dalla volontà di ridefinire il rapporto funzionale tra i tre elementi della responsabilità extracontrattuale, sfruttando l'ottica privilegiata fornita dall'ipotesi di illecito in esame, a causa della duplice funzione di compensazione e deterrenza[34]. Del resto, questa operazione è metodologicamente giustificabile alla luce del silenzio del legislatore della direttiva, che, trascurando del tutto di fissare i criteri di imputazione della responsabilità, rimette agli ordinamenti nazionali di regolare il nesso di causa – fermi i principi di effettività ed equivalenza – mentre fornisce qualche indicazione rispetto al problema della selezione delle voci di danno risarcibile. Nel testo, si cercheranno di colmare queste lacune della disciplina utilizzando come ordinamento di riferimento i principi di diritto europeo in tema di

[28] Vedi infra, Capitolo 1, paragrafo 7.
[29] Capitolo 2, paragrafo 2.
[30] Capitolo 2, paragrafo 2.1.
[31] Capitolo 2, paragrafo 2.2.
[32] Capitolo 2, paragrafo 2.3.
[33] Capitolo 2, paragrafo 2.4.
[34] Capitolo 2, paragrafi 3, 4, 5, 6.

responsabilità civile, così come emergono dal confronto tra le tradizioni giuridiche degli stati, in modo che la disciplina che ne risulti sia adeguata al perseguimento delle funzioni di compensazione e di deterrenza individuate dal legislatore europeo.

Una volta che siano stati ricostruiti in maniera analitica tutti gli elementi dell'illecito civile, si potrà abbandonare il diritto sostanziale e analizzare alcuni aspetti processualistici delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, che provocano delle intersezioni specifiche con i meccanismi pubblicistici di tutela della concorrenza[35].

Viste le scarne indicazioni della Direttiva 2014/104/EU, che detta alcune norme solo in tema di trasferimento di sovrapprezzo[36] e di danno derivante da cartello[37], sarà necessario ricostruire i criteri dell'onere della prova, in modo che siano espressione del principio di ragionevolezza, che risulta a fondamento di tutti gli interventi europei in materia di giustizia civile[38]. Grande rilevanza sarà poi attribuita al tema degli ordini di esibizione[39], uno degli istituti civilistici potenzialmente più problematici per l'efficacia del *public enforcement*, e a quello, correlato, dell'uso della prova economica[40], ove si suggerirà un approccio diverso da quello consolidato nelle corti italiane in punto di standard della prova[41]. Forte impatto nel sistema del processo civile italiano ha la previsione che ha sancito l'efficacia vincolante nel giudizio civile delle decisioni finali dell'autorità amministrativa[42], per cui si approfondirà la questione dell'eventuale contrasto con l'articolo 101 della Costituzione[43].

Infine, saranno analizzati anche ulteriori istituti civilistici che compongono il livello privatistico di tutela dell'assetto concorrenziale del

[35] Capitolo 3, paragrafo 1.
[36] Capitolo 3, paragrafo 2.4.
[37] Capitolo 3, paragrafo 2.3.
[38] Capitolo 3, paragrafi 2.1., 2.2., 2.3.
[39] Capitolo 3, paragrafo 3 e ss.
[40] Capitolo 3, paragrafo 4.
[41] Capitolo 3, paragrafo 4.2.
[42] Capitolo 3, paragrafi 5., 5.1., 5.2.
[43] Capitolo 3, paragrafo 5.3.

mercato europeo[44]. Innanzitutto, si è ritenuto opportuno studiare i meccanismi di composizione alternativa delle controversie, secondo la definizione atecnica della direttiva 2014/104/EU. Anche in questo caso, lo sforzo sarà quello di valutare la compatibilità e gli eventuali attriti tra le norme fissate a livello europeo e le previgenti discipline generali italiane, dettate per regolare negoziazione assistita, ADR, mediazione, arbitrato rituale e arbitrato irrituale[45]. Infine, saranno affrontati due temi, connessi al problema più generale del rapporto tra diritto della concorrenza e diritto dei contratti[46]: si tratta, in particolare, della costruzione della categoria dei contratti di impresa[47] e del regime di invalidità dei contratti attraverso i quali si realizza la condotta anticoncorrenziale[48].

[44] Capitolo 4, paragrafo 1.
[45] Capitolo 4, paragrafi 2, 3, 4.
[46] Capitolo 4, paragrafo 5.
[47] Capitolo 4, paragrafo 5.1.
[48] Capitolo 4, paragrafo 5.2.

Capitolo 1. Evoluzione, obiettivi e istituti del diritto della concorrenza dell'Unione europea

Sommario

1. Le radici del diritto della concorrenza dell'Unione europea; **1.1.** Le prime discipline antitrust negli USA (1890-1948); **1.2.** L'affermazione di una cultura europea della concorrenza; **1.3.** Il diritto della concorrenza come ipotesi di europeizzazione delle politiche pubbliche; **2.** Obiettivi politici: l'integrazione del mercato; **2.1.** Il caso Fra.bo; **2.2.** Le importazioni parallele; **3.** Obiettivi economici; **4.** Intese restrittive della concorrenza; **4.1.** Impresa; **4.2.** Mercato; **4.3.** Accordo; **4.4.** Decisioni di associazioni di imprese; **4.5.** Pratiche concordate; **4.6.** Restrizione della concorrenza; **4.7.** Classificazione sistematica delle imprese; **4.8.** Intese nulle e intese lecite; **5.** Abuso di posizione dominante; **5.1.** La posizione dominante; **5.2.** L'abuso; **6.** Concentrazioni; **7.** Condotte anticoncorrenziali e danni privati; **7.1.** Danni derivanti da abusi di sfruttamento; **7.2.** Danni derivanti da abusi escludenti.

1. Le radici del diritto della concorrenza dell'Unione europea

La ricerca delle radici del diritto della concorrenza dell'Unione europea costituisce una operazione intellettuale di ricostruzione e sintesi particolarmente complessa, perché si svolge lungo un duplice binario. Da un lato, e su un piano concettuale, si tratta di studiare le opzioni filosofiche e politiche che risultano a fondamento della disciplina antitrust, mentre, d'altro lato e in una ottica più pragmatica, bisogna analizzare i fenomeni contingenti che rappresentano una traduzione di tali opzioni.

L'individuazione delle diverse stagioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea risponde all'esigenza di ripercorrere i principali

momenti evolutivi dell'operazione intellettuale complessivamente sottesa all'esperienza antitrust, imperniata nei cardini fondamentali rappresentati dalla teoria economica, dalla politica della concorrenza e dal diritto antitrust. Le tre discipline hanno compiti diversi, ancorché collegati secondo un movimento dialettico: la teoria economica seleziona gli effetti prodotti dalle condotte secondo i parametri di efficienza e benessere; la politica della concorrenza stabilisce quali forme di efficienza e benessere risultino meritevoli di tutela in un ordinamento giuridico e, infine, il diritto della concorrenza disciplina i presupposti giuridici in presenza dei quali sono sanzionate condotte che, alla luce dei modelli economici generali calati nel caso concreto, sembrino in grado di pregiudicare le forme di efficienza e benessere che, secondo la politica della concorrenza seguita, risultino meritevoli di tutela[1]. L'antitrust, che ha la sua fonte nella intersezione tra discipline diverse, rappresenta il calco su cui modellare l'ordinamento giuridico di riferimento in cui dovranno applicarsi le sue regole[2]. Per questa ragione, il diritto della concorrenza costituisce il metro più adatto attraverso il quale saggiare la coerenza del sistema[3]. A causa della sua natura multiforme, il diritto della concorrenza deve avvalersi di categorie dinamiche e generali che possano modularsi al variare degli obiettivi di politica economica perseguiti, che costituiscono anche un parametro rispetto al quale valutare l'efficacia e la funzionalità degli scopi della legislazione antitrust.

È stato autorevolmente sostenuto che l'esperienza antitrust costituisce autentico crocevia lungo il quale si consuma il dilemma della democrazia

[1] GHEZZI F. – OLIVIERI G., Diritto antitrust, Giappichelli, Torino, 2014, p. 45 ss.

[2] JONES C. A., Foundations of competition policy in the EU and USA: conflict, convergence and beyond, in ULLRICH H. (edited by), The evolution of European Competition Law, EE, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, p. 18, ha definito l'esperienza antitrust come riflesso del patrimonio culturale e filosofico del momento storico e del luogo geografico di riferimento.

[3] Cfr. GOBBO F., Il mercato e la tutela della concorrenza, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 24 ss, che ha definito la legislazione a tutela della concorrenza come "*uno straordinario terreno sul quale misurare la sostanziale unitarietà delle scienze sociali*".

liberale[4], che esalta l'impresa in quanto mezzo di affermazione per eccellenza della libertà degli individui, ma, al contempo, prevede norme volte a reprimere il potere privato, qualora limiti la libertà economica altrui e sia anche in grado di prevaricare con la sua forza il potere pubblico. A valle sta l'intuizione che i mercati debbano essere tutelati anche contro le restrizioni della libertà commesse dal potere privato, laddove solo una efficace repressione dei comportamenti abusivi delle imprese consente una reale affermazione e una effettiva tutela dell'autonomia privata, in modo da assicurare la libertà di accesso e di movimento nel mercato a tutti i cittadini.

In questo senso, decisiva è la relazione che si instaura, a livello europeo, tra diritto privato classico e diritto dell'impresa, perché dall'incontro e dalla successiva scompaginazione dei due settori vengono delineate le norme in materia di autonomia privata e in tema di regolazione del mercato, che contribuiscono a creare l'unione europea della concorrenza[5]. Il paradigma della concorrenza ha raggiunto, nell'Unione europea, una diffusione talmente capillare da interessare in maniera uniforme l'intero diritto privato europeo, ponendo le fondamenta di una società di diritto privato[6]. Per questa ragione, si devono ripercorrere analiticamente le tappe principali di affermazione, all'interno dell'ordinamento europeo, di questo settore del diritto, il cui destino è stato anche inevitabilmente intrecciato con le dinamiche generali dell'integrazione europea.

[4] Il riferimento specifico è a AMATO G., Il potere e l'antitrust, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 8 ss, che ha coniato l'evocativa espressione di *dilemma della democrazia liberale*.

[5] Ripercorre il movimento del diritto economico europeo GRUNDMANN S., Un diritto economico europeo in mutamento. Dall'Unione della concorrenza all'Unione finanziaria, in Contratto e impresa. Europa, 1/2016, pp. 1 ss.

[6] BÖHM F., Rule of Law in a Market Economy, in PEACOCK - WILLGERODT (edited by), Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, London, Macmillan, 1989, pp. 46 ss.

1.1. Le prime discipline antitrust negli USA (1890-1948)

La pietra miliare dell'antitrust contemporaneo è comunemente rintracciata nello *Sherman Act* del 1890[7], che rappresenta la risposta della politica ai profondi problemi conseguenti alla ristrutturazione e rigenerazione del sistema economico americano. In particolare, sul finire del XIX secolo, le grandi imprese emergenti dei settori ferroviario[8] e petrolifero ricorrono surrettiziamente all'istituto del trust, per creare un sistema di controllo combinato dei prezzi e del mercato, nel quale gli amministratori di una società attribuivano al *trustee*, rappresentante dei loro concorrenti, il diritto di votare nei propri consigli di amministrazione e viceversa[9]. A livello

---

[7] Secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina italiana, allo *Sherman Act* dovrebbero attribuirsi i natali del moderno diritto antitrust: cfr., tra tutti, BERNINI G., Un secolo di filosofia antitrust, CLUEB, Bologna, 1991, pp. 21 ss; AMATO G., Il potere e l'antitrust, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 15 ss. Sul punto, LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Giuffrè Editore, Milano, p. 14, denuncia una "*perdita di memoria storica*", che non tiene conto dell'influenza che un modello normativo della common law, risalente a precedenti leggi dell'Europa medievale e moderna, ebbe sulla prima legge antitrust statunitense.

A livello internazionale, si registra una maggiore attenzione nel rintracciare le origini antiche dell'impulso degli ordinamenti giuridici di sottoporre a controllo legale le condotte anticompetitive: KOTSIRIS L. E., An Antitrust Case in Ancient Greek Law, 22 The International Lawyer, 1988, pp. 451 ss, riferisce un discorso di Lysias relativo a un accordo sul prezzo risalente al 388 a.C., al fine di mostrare come "*the antitrust idea is as old as civilization, yet as contemporary as the human spirit*".

Senza spingersi a cercare tracce della disciplina antitrust nella culla della civiltà occidentale, bisogna sottolineare come lo *Sherman Act* affondi le sue radici in alcuni casi giudiziari inglesi e statunitensi, per cui si veda *infra* nota 11. Inoltre, negli USA, già nel 1887 alcuni Stati membri emanano discipline antitrust nazionali.

Per un'analisi approfondita della questione, si veda PERITZ R. J. R., Competition Policy in America, 1888- 1992. Hystory, Rethoric, Law, New York – Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 13 ss.

Del resto, sembra si possa convenzionalmente, pur tenendo conto dell'esistenza di precedenti esperienze antitrust, individuare nello *Sherman Act* il punto di avvio per uno studio del moderno diritto antitrust, in quanto prima espressione consapevole di una politica antitrust, applicata attraverso l'utilizzo congiunto di istituti di diritto pubblico e di diritto privato.

[8] Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1887), in cui la Corte Suprema statuisce che le imprese operanti nel settore ferroviario devono essere sottoposte alla regolazione statale in quanto "*affected with a public interest*".

[9] Cfr. HORWITZ M. J., The Transformation of American Law 1870- 1960, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 80 ss. In STIMSON F. J., Trust, Harvard Law Review, Vol. 1, N. 3, 1887, pp. 132 ss, viene tratteggiata, con linguaggio evocativo, l'immagine del trust come mostro biblico: "*American ingenuity has invented a legal machine which may swallow a hundred corporations or a hundred thousand individuals; and then, with all the corporate irresponsibility, their united power be stored, like*

federale, viene così emanato uno strumento per contrastare il potere economico privato in grado di minacciare la comunità e la indipendenza del potere politico, al fine di assicurare la libertà di commercio interstatale tra tutti gli operatori economici[10]. L'intuizione che sta a fondamento dello *Sherman Act*, che si riferisce a un *common law* ricavato da una selezione strumentalmente accurata di una serie di decisioni inglesi e statunitensi precedenti al 1890[11], ritiene meritevole di tutela per gli utenti la dinamica

a dynamo, in portable compass, and wielded by one or two men. Not even amenable to the restraints of corporation law, these "trusts" may realize the Satanic ambition, - infinite and irresponsible power free of check or conscience (…). The objects of the "trust " may be broadly stated to be, either (I) monopoly, (2) concentration of power in few hands, (3) evasion of the laws regulating corporations,-any or all of them. Of course, under monopoly we include the pooling of prices and wages, the regu lation of production, the extermination of competitors".

[10] È ancora acceso il dibattito sull'interpretazione del testo e sui reali obiettivi selezionati dall'originaria politica antitrust, tanto che WEBER WALLER S., Neo- Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust, 42 Kansas Law Review 557, 1994, p. 557 ss, mette in guardia contro i rischi di un travisamento della questione: "*any discourse about the proper meaning and interpretation of the Sherman Act today is a rhetorical exercise in favor of a normative vision about the importance and definition of competition*". BORK R. H., The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself, Maxwell Macmillan, New York, 1978, p. 61 ss. afferma che l'obiettivo fondamentale dello statuto sia la tutela del benessere del consumatore, che fa coincidere con la nozione dell'efficienza allocativa. Altri Autori rintracciano lo scopo fondamentale dello *Sherman Act* ora nella tutela della piccola impresa manifatturiera (DILORENZO T. J., The Origins of Antitrust: An Interest Group Perspective, International Review Law & Economics, 5, 1985, p. 73 ss), ora nella tutela delle istituzioni democratiche (MILLON D., The Sherman Act and the Balance of Power, Southern California Law Review, 61, 1989, p. 1219 ss). In tema, approfondito è lo studio di MAY J., Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1919, Ohio State Law Journal, 257, 1989, p. 258, volto a dimostrare come nello statuto il Congresso assembli in maniera disinvolta, perché inconsapevole, obiettivi differenti e in contrasto.

Cfr. anche ARTHUR T. C., Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act, 74 California Law Review, pp. 272 ss.

[11] È lo stesso senatore John Sherman, cui si deve il nome dello statuto, a indicare esplicitamente "*the rule of the common law which prevails in England and in this country especially declared by the supreme Court of the State of New York*" come presupposti giustificativi della disciplina e, anzi, ad affermare che "*the statute does not announce a new principle of law, but applies old and well recognized principles of the common law*" come documentato in 20 Congressional Record – Senate, p. 1167 (1889) e in 21 Congressional Record – Senate p. 2456 (1890).

Per una rapida ricognizione dei casi, si veda GELLHORN E. – KOVACIC W. E. – CALKINS S., (edited by), Antitrust Law and Economics in a nutshell, Quinta edizione, 2004, Thomson Wesr, 2004, St Paul, p. 2 ss.

Una approfondita analisi delle relazioni tra common law, economia e teoria politica al tempo dello *Sherman Act* è in HOVENKAMP H., The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, 74 Iowa Law Review, 1988, pp. 1019 ss.

della concorrenza, come l'unica in grado di garantire il diritto all'indipendenza di tutti gli utenti del mercato. Fondamentale è poi l'evoluzione della giurisprudenza statunitense immediatamente successiva al 1890, perché, al fine di dare concreta applicazione a concetti come "*restraint of trade*" e "*monopolize*", le Corti devono interpretare il dato testuale alla luce degli obiettivi che le norme perseguono, contribuendo così a orientare il diritto antitrust americano verso una direzione probabilmente non immediatamente prevista dallo *Sherman Act*. Infatti, negli anni a cavallo tra il 1890 e il 1914, l'applicazione dello *Sherman Act* dalle Corti, secondo una linea interpretativa non aderente al dato letterale, coincide con l'affermazione della *Rule of reason*[12]. Tra queste, le decisioni

[12] PERITZ R. J. R., Competition Policy in America, 1888- 1992. Hystory, Rethoric, Law, New York – Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 27 ss. ricostruisce con accuratezza il dibattito dell'epoca e individua due fazioni, e cioè quella dei *Literalists*, fautori di una rigorosa applicazione dello *Sherman Act*, e fondata su una immagine fortemente individualista della concorrenza, come ancestrale competizione tra sane, piccole imprese territorialmente circoscritte, e quella dei *Rule of Reasonists,* i quali, utilizzando la retorica della libertà, e rintracciando le origini dello statuto nei principi fondamentali del common law inglese e americano, ammettono la liceità di alcuni accordi. In maniera differente, BORK R. H., The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself, Maxwell Macmillan, New York, 1978, p. 21 ss, ripercorre le opinioni più innovative dei giudici delle Corti, individuando, però, pur nelle differenze tra gli approcci, una sorta di continuità. In particolare, in *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897)*, la maggioranza della Corte, ben rappresentata dal pensiero del giudice Peckham rintraccia nella tutela del singolo operatore economico e della piccola impresa l'obiettivo fondamentale della disciplina da applicare, ricostruisce la categoria degli accordi illegali *per se* e, infine, elabora una embrionale formula in base alla quale sottrarre al rigore delle sanzioni del diritto antitrust quei processi di integrazione tra imprese che comportino un avanzamento del livello di efficienza del mercato; nello stesso caso, il giudice White esercita la *dissenting opinion* per opporre alla logica enucleata da Peckham un approccio differente, in base al quale le Corti, poste a presidio della libertà di contrarre di tutti gli individui, devono mediare tra interessi dei consumatori e interessi dell'imprese, salvando alcune intese che, pur avendo effetti anticoncorrenziali, risultano comunque essenziali al commercio e definisce, con qualche ambiguità, per la prima volta questa tecnica di contemperamento di istanze contrapposte come una *rule of reason*, attraverso la quale individuare prezzi standard ragionevoli. Un passo in avanti nell'elaborazione di una *rule of reason* più sofisticata è compiuto grazie al giudice *Taft in United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 ss (1898)*, il quale affina la tesi secondo la quale la compenetrazione e la fusione tra attività economiche diverse, che può risultare funzionale a un miglioramento dell'efficienza nella produzione, comporti sempre una compressione della concorrenza, sicché risulta necessario distinguere tra una eliminazione della concorrenza semplicemente dannosa e una invece necessaria alla implementazione della efficienza nella produzione.

storicamente più importanti sono il caso *Standard Oil Co.*[13] e il caso *American Tobacco Co.*[14], che hanno avuto il duplice effetto di distruggere due monopoli e di orientare in modo significativo le evoluzioni successive del diritto antitrust statunitense[15]. Nelle due decisioni, la Corte Suprema elabora la cosiddetta *Rule of reason*, che si fonda su tre criteri: mentre alcune intese, individuate in base alla natura dell'oggetto, sono vietate *per se*, il giudizio di liceità/illiceità delle altre dipende, invece, dagli effetti che gli accordi hanno sul mercato (*inherenet effect*) e dagli specifici obiettivi dei partecipanti all'intesa (*evident purpose*). Di conseguenza, si afferma la tendenza, che caratterizzerà il diritto antitrust statunitense, per cui non tutti i comportamenti che eliminano la concorrenza sono sanzionabili, in quanto il conseguimento degli obiettivi di politica economica di volta in volta perseguiti suggerisce la necessità di utilizzare categorie duttili e strumentalmente modulabili dalle Corti. Tuttavia, i mutamenti nella politica economica statunitense, in seguito alla elezione del Presidente Wilson, unite alle difficoltà tecniche di individuare con rigore i criteri posti

---

[13] *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

[14] *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

[15] Nonostante le due sentenze gemelle del 1911 abbiano l'effetto di distruggere i due *trust* di Rockefeller e Duke, nell'opinione pubblica americana si diffonde l'idea che la Corte Suprema contribuisca ad affermare una politica conservatrice favorevole alle grandi imprese. PERITZ R. J. R., Competition Policy in America, 1888- 1992. Hystory, Rethoric, Law, New York – Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 59 ss., giustifica tale paradosso alla luce dei profondi mutamenti che rapidamente si producono nel contesto economico, politico e culturale dei due decenni immediatamente successive al 1911. Infatti, come reazione alle profonde crisi dovute alla Prima Guerra Mondiale e alla Grande Depressione degli anni Trenta, il fronte progressivo elabora il *New Freedom* di Wilson, che si caratterizza per una politica fortemente antimonopolistica e il rilancio della piccola e media impresa, e il *New Nationalism* di Roosevelt, fautore di un approccio fortemente regolatore del mercato, secondo le linee di un corporativismo progressivo. Di fronte a tali istanze di rinnovamento, le decisioni che sedimentano la *Rule of Reason* sono considerate il segno del conservatorismo della Corte, che appare guidata da una teoria economica tutta volta al mantenimento dello *status quo*. Per BORK R. H., The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself, Maxwell Macmillan, New York, 1978, p. 34 s, l'incomprensione profonda delle due sentenze del 1911 è imputabile, da una parte, al demagogico utilizzo dello strumento della *dissenting opinion* da parte del giudice Harlan e, dall'altra, alla contorta prosa del Giudice White, che usa l'espressione *rule of reason* con un significato differente rispetto a quello individuato nella *dissenting opinion* del caso *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), in cui il suo approccio era ancora legato molto rigidamente al dato letterale dello *Sherman Act*.

a guida delle Corti nell'applicazione della *rule of reason,* rendono necessario un nuovo intervento a livello federale[16], con l'emanazione, nel 1914, del *Clayton Antitrust Act* e del *Federal Trade Commission Act*. I due atti sono volti a limitare la discrezionalità del potere giudiziale attraverso la previsione di una lunga lista di definizioni, a reprimere la concorrenza sleale e a regolare il commercio tra gli Stati, cristallizzando il dogma della concorrenza, che costituisce un principio da tutelare attraverso la lotta all'abuso di potere economico.

Nonostante i due statuti nascano in aperta reazione all'esperienza giurisprudenziale precedente, si può comunque individuare una linea sottile di continuità tra i due momenti del diritto antitrust statunitense, perché l'insegnamento alla base della *Rule of Reason* – e cioè la tesi in base alla quale alcune pratiche economiche, particolarmente sospette, debbano essere sanzionate *per se*, mentre altre vadano valutate alla luce degli effetti prodotti sul mercato di riferimento e degli intenti dei partecipanti – viene inglobato nel tessuto normativo. Infatti, i due provvedimenti federali si inscrivono nel solco creato dal dilemma della libertà individuale[17], che produce una instabile e complessa commistione tra principi e regole individuati dalla Corte, politiche della concorrenza perseguite a livello federale e teorie economiche elaborate dalla dottrina.

Una rottura maggiore si ha con il *New Deal* di F. D. Roosevelt, che, ponendo al centro dell'azione politica il problema sociale rappresentato dalla disuguaglianza, ha delle ricadute profonde anche nell'esperienza antitrust[18]. Infatti, la nozione di libera concorrenza viene ridefinita come

[16] A livello subfederale, tra il 1911 e il 1913 c'è una forte opposizione alla regola giurisprudenziale in questione: infatti, ben venti Stati riformano la disciplina antitrust nazionale.

[17] Con l'espressione si vuole fare riferimento ad una delle colonne portanti della ideologia politica americana a cavallo tra XIX e XX secolo, che esalta le libertà individuali dei cittadini nell'ambito del mito della democrazia economica.

[18] PERITZ R. J. R., Competition Policy in America, 1888 – 1992. Hystory, Rethoric, Law, New York – Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 113 ss, individua come caratteristica fondamentale della politica della concorrenza durante il *New Deal* la tendenza all'unificazione di forze e interessi contrapposti entro un organico corpo politico, laddove, però, ricalcando la distinzione tradizionale tra i due *New Deal*s, si possono individuare un primo periodo, in cui il

concorrenza libera dal potere economico privato, tenendo conto dell'obiettivo fondamentale rappresentato dal raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale, che non è declinato solo a livello orizzontale, in ottica microeconomica, ma anche verticale, tenendo conto delle relazione tra impresa e consumatore. Al di là dei principi e delle regole specificamente applicati durante questo periodo storico, ciò che appare più importante è la maggiore consapevolezza nell'elaborazione di un metodo nell'esperienza antitrust, laddove risulta evidente che la necessaria e profonda interconessione tra teorie economiche, politiche della concorrenza e diritto applicato ha poi delle ricadute concrete nel tessuto sociale[19].

1.2. L'affermazione di una cultura europea della concorrenza

Negli USA, nei decenni a cavallo tra XIX e XX secolo, la cultura della concorrenza si è già fortemente imposta, laddove la disciplina antitrust non è solo il risultato di una consapevole politica della concorrenza, ma è concepita come un modo di vivere, quasi un credo religioso, in quanto strumento volto a proteggere, in una prospettiva improntata ad un individualismo tanto istintivo quanto esasperato, lo *small guy*[20].

L'affermazione di una cultura europea della concorrenza avviene secondo un processo scandito da un ritmo molto più lento.

Del resto, vale la pena di individuare come punto di partenza della riflessione lo stesso dato linguistico, e cioè l'utilizzo delle espressione *competition law* anziché *antitrust law*, che non è neutrale, ma costituisce un indice di un approccio più agnostico, fortemente connesso al dato empirico[21]. Infatti, il principio che si vuole tutelare è quello della concorrenzialità in funzione regolatoria, e quindi come tecnica di

soggetto debole cui indirizzare le istanze solidaristiche è rappresentato dal lavoratore, e un secondo periodo, durante il quale il consumatore è sostituito al lavoratore.

[19] Cfr. CUSHMAN B., Rethinking the New Deal Court, Virginia Law Review, Vol. 80, 1, 1994, pp. 201 ss, per uno studio approfondito sui rapporti tra *New Deal* e Corte Suprema.

[20] Cfr. HOFSTADTER R., What Happened to the Antitrust Movement?, in SULLIVAN E.T. (edited by), The Political Economy of the Sherman Act, Oxford University Press, p. 20 ss.

[21] HARDING C. – JOSHUA J., Regulating Cartels in Europe, Oxford University Press, 2010, p. 40.

efficiente organizzazione del mercato. Il *focus* non è sullo scontro tra le libertà economiche individuali, ma sul bilanciamento tra fini pubblici, a causa, a livello europeo, della lunga strumentalità del diritto della concorrenza all'obiettivo dell'integrazione dei mercati e, a livello nazionale, di una radicata cultura di governo dell'economia[22].

Infatti, nel periodo precedente alla Prima Guerra Mondiale, può dirsi, sia pure con un buon grado di approssimazione, che le economie della maggior parte dei Paesi europei siano fondate sui cartelli[23], la cui presenza non è solo giustificata, ma è addirittura incoraggiata dalle teorie economiche in auge.

Unica eccezione significativa è rappresentata dalla Gran Bretagna, il cui diritto, avendo come cardine fondamentale il principio del *free trade*, vieta, fin dal 1600[24], le unioni di imprese che abbiano per oggetto la disciplina della produzione e della concorrenza, definendo *void* e *not enforceable* ogni contratto o atto che avesse per effetto una compromissione della libertà di svolgimento di ogni specie di attività economica.

Viceversa, la Germania della prima metà del Novecento può essere definita *das Land der Kartelle*[25]. All'indomani della unificazione, la

---

[22] Cfr. AMATO G., Il potere e l'antitrust, il Mulino, Bologna, 1997, p. 54.

[23] La studio sistematico più antico del fenomeno è rappresentato da FLECHTHEIM J., Die rechtliche Organisation der Kartelle, Nabu Press, Auflage, 1923, p. 1, in cui per cartello si intende genericamente ogni restrizione imposta alla libertà di azione economica delle imprese partecipanti per diminuire la concorrenza.

In LIEFMANN R., Kartelle, Konzerne und Trusts, Ernst Heinrich Moritz, Leinen, 1927, p. 19, la definizione è differente perché un cartello è un accordo volontario o una unione volontaria tra imprese, che mantengono la propria indipendenza, al fine di affermare un dominio monopolistico del mercato, laddove l'elemento fondamentale è ravvisato proprio nell'obiettivo del controllo monopolistico. L'Autore distingue, nell'ambito della più vasta categoria delle unioni di imprese (*Zusammensclüsse von Unternehmungen*), tra *Kartelle* e *Konzerne*, laddove mentre il cartello ha come scopo la limitazione della concorrenza, il gruppo è volto al rafforzamento degli organismi produttivi. Infine, in questa concezione, il *Trust* costituisce la realizzazione del cartello, e cioè si crea nel momento in cui avviene l'eliminazione della concorrenza e la posizione di monopolio

[24] Il riferimento è alla sentenza Daray c. Allin, 1602, e alla Legge 21 Inc. 1 e 3 del 1624 Statute of monopoly, provvedimenti citati da SALANDRA V., Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi), Cedam, Padova, 1934, p. 23.

[25] In GERBER D. J., Law and Competition in Twientieth Century in Europe, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 81 ss, si legge uno studio molto approfondito sul ruolo dei cartelli in

Germania, grazie anche a un massiccio intervento statale nell'economia, conosce un periodo di intensa e rapidissima industrializzazione, che si accompagna a trasformazione profonde del sostrato sociale[26]. L'avvento repentino del processo di industrializzazione ha come conseguenza fisiologica lo sviluppo di cartelli[27], che non costituiscono soltanto ipotesi occasionali di accordi tra imprese, ma sono talmente compenetrati nell'economia tedesca da divenire figure fondamentali.

Applicando gli insegamenti dominanti della teoria economica del periodo[28], la giurisprudenza tedesca, nel caso *Saxon Wood Pulp*[29], di fatto

---

Germania, individuando come periodi di riferimento gli anni precedenti al primo conflitto mondiale, i decenni a cavallo tra le due guerre e, infine, gli anni successivi alla Seconda Guerra Mondiale, con l'inizio del processo di unificazione europea.

[26]Infatti, la rapidità nella creazione di una industria pesante, cui si connette lo sviluppo di un settore manufatturiero a supporto, modifica in maniera repentina l'assetto della società. Se in Gran Bretagna il processo di industrializzazione si protrae per centocinquant'anni, lo sviluppo di un proletariato urbano avviene lentamente, interessando diverse generazioni. In maniera del tutto opposta, la politica di creazione di uno Stato tedesco economicamente forte provoca la nascita di un proletariato urbano in venti anni, con conseguenze drammatiche in termini di condizioni di vita della popolazione.

Cfr. WARRINER B.A., Combines and Rationalisation in Germany, 1924- 1928, P. S. King & Son, London, 1931, p. 1 ss, che passa in rassegna tutte le ragioni per cui le dinamiche industriali inglese e tedesca sono radicalmente opposte.

[27] MICHELS R. K., Cartels, Combines and Trusts in Post-War Germany, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 67 ss, esamina tutti i cartelli operanti nei principali settori industriali tedeschi in Germania prima della crisi del 1929, che ammontano, secondo le stime, a circa quattrocento.

[28] GERBER D.J., Law and Competition in Twientieth Century in Europe, Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 69 ss illustra le argomentazioni favorevoli a cartelli e concentrazioni industriali, così come prospettate dalla teorie economiche riconducibili allo storicismo tedesco e al filone di pensiero legato ad una prospettiva socialista. Infatti, da un lato, il cartello è valutato alla luce delle circostanze che hanno portato alla sua creazione: i cartelli, reazione istituzionale alla sovraproduzione e all'instabilità del periodo, sono necessari ad evitare la bancarotta delle imprese, che nella prima fase del processo di industrializzazione tedesco risultano particolarmente dipendenti dal prestito finanziario, e, pertanto, sono favoriti dalle banche per evitare fallimenti e incoraggiati dal potere statale come strumento di controllo dell'economia. D'altro lato, secondo la teoria socialista, la cooperazione tra imprese permette alle stesse di non concentrarsi esclusivamente sui profitti di medio termine, ma di migliorare il trattamento riservato ai lavoratori, aumentando l'occupazione e cercando di prevenire i conflitti. Insomma, come riferisce HARDING C. – JOSHUA J., Regulating Cartels in Europe, Oxford University Press, 2010, p. 74, le uniche voci critiche rispetto alla presenza così capillare di cartelli in Germania nei primi decenni del XX secolo sono quelle del fronte cattolico, fautore degli interessi di piccole imprese più che dei lavoratori.

[29] Reichsgericht Entscheidungen, 4 februar 1897, 38 RGZ 155.

individua nei cartelli uno strumento di accresimento del benessere pubblico. In particolare, nel caso in questione, l'accordo tra imprese governa un piccolo mercato regionale, in un momento di gravissima crisi dell'industria, e il giudizio del Tribunale dell'Impero, investita della questione, rappresenta una delle più significative analisi delle ragioni per considerare leciti i comportamenti collusivi fra imprese.

Secondo le argomentazioni del Tribunale, la cooperazione tra imprese non deve essere interpretata solo come giustificata applicazione del principio di sopravvivenza, ma anche – quale regola generale – come un servizio alla collettività, dovendosi considerare che, altrimenti, tutte le imprese del mercato non si sarebbero sottratte al tracollo economico[30]. In questo senso, il comportamento delle imprese risulta giustificato sotto i due profili fondamentali rappresentati dalla tutela dell'interesse pubblico e dalla tutela della libertà di impresa[31].

A ulteriore garanzia della liceità degli accordi tra le imprese, come normale modalità di esercizio dell'autonomia privata, si afferma la tesi che contrappone al cartello, istituzione positiva da mantenere, il trust, cui le imprese avrebbero inevitabilmente fatto ricorso nel caso in cui l'ordinamento giuridico avesse optato per il divieto o la significativa limitazione dei cartelli tra imprese[32]. Il caso ha una enorme rilevanza, perché influenza tutta la successiva evoluzione giurisprudenziale[33], tanto che il dibattito sulla disciplina da applicare ai cartelli è al centro, sia nel

[30] Reichsgericht Entscheidungen, 4 februar 1897, 38 RGZ 155, par. 157.

[31] Curiosa è l'interpretazione della sentenza Saxon Wood Pulp che emerge da HARDING C. – JOSHUA J., Regulating Cartels in Europe, Oxford University Press, 2010, p. 72, ove si ritiene che la tecnica di giudizio della Corte, combinando insieme argomentazioni ispirate dalla scienza economica e tesi tratte dal dibattito politico in corso, risulterebbe comparabile ad una applicazione della *Rule of Reason*.

[32] Cfr. SCHMOLLER G., Das Verhältnis der Kartelle zum Staat, in Verhandlungen der Generalversammlung in Mannheim 1905, p. 241 ss, che utilizza l'espressione *trust* per indicare il fenomeno delle grandi imprese che esercitano diversi rami di produzione, con riferimento, esplicito anche nell'uso della terminologia, all'esperienza statunitense. In maniera differente LIEFMANN R., Kartelle, Konzerne und Trusts, Ernst Heinrich Moritz, Leinen, 1927, p. 19, per cui vedi *supra*, nota 21.

[33] Unica sentenza contraria è Reichsgerichts Entscheidungen, 15 märz 1913, 82-308.

1902 che nel 1904, delle convenzioni biennali del *Deutscher Juristentag* (Associazione dei Giuristi Tedeschi)[34].

È solo con l'inflazione galoppante del 1920-1923 che l'opinione pubblica diventa più ostile alle unioni tra imprese, cui si imputa di mantenere artificiosamente alti i prezzi delle merci[35], spingendo il Governo tedesco a emanare un provvedimento *contro l'abuso della forza economica*[36]. L'ordinanza prescrive, a pena di nullità, la forma scritta per le unioni di imprese e prevede che queste siano denunciabili esperendo un ricorso *ad hoc,* caratterizzato dalla commistione tra elementi di diritto pubblico e elementi di diritto privato, di fronte al Ministero dell'Economia per gravi motivi, tra cui è previsto anche la compromissione della libertà economica dei singoli. Con l'avvento al potere del partito nazionalsocialista, la politica di potenza del Reich si traduce, in economia, nel massiccio intervento del controllo pubblico nell'impresa, attuato attraverso la creazione di unioni forzose di imprese.

In maniera differente, la Francia, già nei primi decenni del XX secolo, è dotata di discipline che regolano l'efficacia delle intese tra imprese, essendo profondamente influenzata da un modello di regolamentazione del mercato diretto al controllo dei cartelli, e non al loro divieto, laddove l'idea di fondo è quello della necessità del mantenimento del giusto prezzo[37]. Nel 1939, viene poi disciplinato il *delit de coalition*[38]*,* che prevede

---

[34] Cfr IV Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages 676, Berlin, 1904.
La rilevanza del caso *Saxon Wood Pulp* è evidente anche dalla constatazione che questo viene commentato da Franz Böhm, padre della scuola di Friburgo, in BÖHM F., Das Reichsgericht und die Kartelle: eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG. vom 4. Febr. 1897, RGZ.38/155, in De Gruyter Oldenbourg, Berlin, p. 197 ss.

[35] Durante il periodo dell'inflazione, si afferma il fenomeno in base al quale le imprese, eliminando volontariamente la concorrenza, determinano il prezzo presente tenendo conto del deprezzamente futuro della moneta, come osservato in BRESCIANI-TURRONI C., Le vicende del marco tedesco, in Annali di Economia, Vol. 7, 1931, p. 1 ss.

[36] Ordinanza 2 novembre 1923, comunemente chiamata *Kartellverordung*, cioè ordinanza sui cartelli.

[37] SALANDRA V., Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi), Cedam, Padova, 1934, p. 29, individua nella *Loi Le Chapelier* del 14 giugno 1791, che vieta la costituzione di unioni economiche al fine di influenzare i prezzi di mercato, la più antica disciplina francese in tema di accordi fra imprese.

[38] Decreto 9 agosto 1953, articolo 59 bis.

il divieto di tutti gli accordi tra imprese, con la possibilità, tuttavia, dell'applicazione di esenzioni da parte dei giudici.
In Italia, l'ordinamento giuridico assume un atteggiamento di indifferenza rispetto al fenomeno dei cartelli tra imprese, fino al 1932, anno in cui il governo fascista emana una legge che favorisce la limitazione della concorrenza, attraverso la creazione di consorzi obbligatori o volontari[39]. Anche in questo caso, lo sviluppo economico è perseguito attraverso un intervento massiccio dello Stato nell'economia, realizzato per mezzo del controllo dirigistico delle aggregazioni industriali, che rappresentano fattori di stabilizzazione dei cicli economici.
Un mutamento significativo avviene dopo la Seconda Guerra Mondiale, per due ordini di ragioni. Sul piano delle teorie economiche, fondamentale è il contributo della scuola ordoliberale di Friburgo, a cui si aggiungono i mutamenti intervenuti nella scena politica. Infatti, gli Alleati impongono ai principali Paesi sconfitti dal conflitto mondiale, l'adozione di misure antimonopolistiche, al fine di disgregare l'eccessivo potere economico che si era accumulato prima del conflitto nell'Europa centrale. Per proteggere le imprese americane, garantendo loro l'ingresso sul continente europeo, attraverso il progressivo indebolimento di quelle tedesche, gli Stati Uniti subordinano l'emissione di aiuti al processo di integrazione europea alla previsione di discipline a tutela della concorrenza e del mercato[40]. A conferma delle pressioni statunitensi in ordine alla promozione di un diritto antitrust nei Paesi europei, si può ricordare la lettera che Franklin Delano Roosevelt, allora Presidente degli Stati Uniti d'Amerca, indirizza al Segretario di Stato, in materia di politiche della concorrenza, nel settembre del 1944[41]:

---

[39] Cfr SALANDRA V., Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi), Cedam, Padova, 1934, p. 46 ss

[40] Cfr. WELLS W.C., Antitrust and the formation of the postwar world, Columbia University Press, New York, p. xxi; GERBER D.J., Op. cit. nota 22, p. 165 ss., per una ricostruzione del peso delle argomentazioni USA affinché il processo di integrazione europea preveda la lotta ai cartelli.

[41] Letter from the President of the United States to the Secretary of State Concerning Cartel Policies, 6 September 1944. Kilgore Committee, *Mobilization Hearings*, Part 16, 2038.

> *Unfortunately, a number of foreign countries, particularly in continental Europe, do not possess such a tradition against cartels. On the contrary, cartels have received encouragement from some of these governments […]. Moreover, cartels were utilized by the Nazis as governmental instrumentalities to achieve political ends […]. Defeat of the Nazi armies will have to be followed by the eradication of these weapons of economic warfare. But more than elimination of the political activities of German cartels will be required. Cartel practices which restrict the free follow of goods in foreign commerce will have to be curbed. With international trade involved, this end can be achieved only through collaborative action by the United Nations.*

È l'alba del lungo processo di integrazione europea, che sorge anche dalla necessità di definire la regolazione economica dei settori industriali strategici del carbone e dell'acciaio, dopo lo scioglimento del cartello dell'acciaio, avvenuto nel 1939[42]. In un primo momento, si compie un tentativo di ricostruire il cartello dell'acciaio. In particolare, la Dichiarazione Schuman[43] prospetta la nascita di una organizzazione, nell'ambito di un più ampio progetto di unione politica europea, che disciplini la gestione in comune della produzione del carbone e dell'acciaio, al fine di superare la contraddizione dovuta alle differenti estensioni territoriali tra Stati e imprese, in modo da eliminare la possibilità di un conflitto mondiale[44].

La Dichiarazione Schuman non contiene nessun riferimento alla necessità di approvare una disciplina per regolare gli accordi tra le imprese e, anzi, paventa la possibilità che l'organizzazione da costituire abbia natura di cartello industriale. Tuttavia, Jean Monnet, in un documento di lavoro del giugno 1950, afferma che tra gli obiettivi della organizzazione vi è l'eliminazione delle pratiche di cartello. Il 18 aprile 1951, Belgio, Francia,

[42] Il riferimento è alla cosiddetta *Comunità dell'acciaio*, nata negli anni Venti, al fine di regolare la produzione di acciaio e il commercio del combustibile, in conseguenza delle caratteristiche peculiari dell'industria, e cioè dimensioni molto grandi delle imprese, distribuzione delle materie prime in una zona di confine fra Francia e Germania, alti costi fissi di produzione, ciclicità economica.

[43]Com'è noto, con l'espressione Dichiarazione Schuman si fa riferimento al discorso, tenuto a Parigi il 9 maggio 1950, di Robert Schuman, Ministro degli Esteri francese.

[44]Cfr. DEL MARMOL C., Les Ententes industrielles en Droit comparé, in La Revue de la Banque, Brussels, 1959, p. 35 ss.

Germania, Italia, Lussemburgo Olanda stipulano il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio[45], che agli articoli 65 e 66 prevede la prima disciplina della concorrenza europea, con il divieto di intese, concentrazioni e abuso di posizione dominante.

1.3. Il diritto della concorrenza come ipotesi di europeizzazione delle politiche pubbliche

A conclusione di questa rapida analisi delle origini del diritto della concorrenza dell'Unione europea, risulta utile affrontare il tema che riguarda l'elaborazione di una politica della concorrenza nell'Italia del dopoguerra.

Attraverso lo studio del rapporto tra Stato italiano e industria a partire dalla prima età repubblicana, si può dimostrare come le dinamiche di *governance* europea abbiano esercitato una influenza significativa nel processo di definizione della politica economica italiana[46], al fine di riconvertire la struttura produttiva e di costituire una industria competitiva sul piano internazionale[47].

Alla fine del secondo conflitto mondiale, le due principali forze politiche costituenti, e cioè il solidarismo cattolico e il marxismo ortodosso, non hanno una sensibilità incline all'approvazione di una disciplina antitrust: il mercato viene introdotto in Costituzione *per ragioni sbagliate e nel momento in cui lo si accettava formalmente, contemporaneamente si diffidava di esso*[48]. Durante i primi quindici anni dell'Italia repubblicana, a fronte di una crescente

[45] Il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, che ha come obiettivo la realizzazione di un mercato comune per il settore del carbone e dell'acciaio (articolo 2 TCECA), entra in vigore il 23 luglio 1952 per una durata di cinquanta anni, e cioè fino al 23 luglio 2002, quando la materia dei settori del carbone e dell'acciaio viene riassorbita integralmente nella disciplina del mercato unico.

[46] GIRAUDI G., Europeizzazione delle politiche pubbliche e mutamento istituzionale: la politica antitrust italiana, Rivista italiana di scienza politica, p. 22 ss definisce le dinamiche di integrazione europea e i successivi sviluppi normativi come una variabile indipendente, cioè come un vincolo esterno oggettivo nel processo di *policy making* nazionale, perché in grado di formare l'agenda politico-istituzionale.

[47] GRAZIANI A., L'economia italiana 1945 – 1960. Introduzione, il Mulino, Bologna, 1972.

[48] AMATO G., Il mercato nella Costituzione, in Quaderni Costituzionali, 1992, n. 1, p. 7 ss.

attenzione scientifica rispetto al tema della tutela del mercato[49], che testimonia un mutamento dell'ideologia imperante[50], mancano le condizioni politiche idonee. È il periodo del protezionismo liberale, laddove proprio l'espressione, volutamente ossimorica, rappresenta plasticamente un sistema industriale nel quale massicci interventi pubblici, realizzati attraverso l'utilizzo di strumenti tipici di ordinamenti dirigisti, vengono inquadrati in un sistema che vorrebbe essere imperniato su una logica liberale. La lacerazione discende direttamente dalla concezione ambigua e bifronte della libertà economica, che, da un lato, deve essere posta al riparo da interferenze pubbliche e, dall'altro, per esplicarsi, compiutamente chiede di essere sostenuta, grazie anche all'ausilio finanziario, che sostituisce la coercizione del periodo corporativo. La liberalizzazione, pur declamata, non ha un ruolo significativo nella politica economica, perché lo Stato, da una parte, attraverso l'attività monetaria e la spesa pubblica, sostiene la grande industria nello sforzo di rinnovazione tecnologica e di irrobustimento e, dall'altra, individua nell'impresa medio-piccola il beneficiario diretto dell'aiuto, come *surrogato ipocrita e scadente*[51] della politica antitrust e strumento di autoconservazione delle classi di governo.

La vicenda parlamentare dell'antitrust italiano, similmente a tutte le altre normative destinate ad incidere sul binomio Stato/industria, riflette lo scollamento del piano ideologico da quello della politica effettivamente praticata, che si realizza sfruttando le maglie larghe del Trattato di Roma.

Il quadro è destinato a mutare a causa dell'intervento comunitario sempre più massiccio. Infatti, l'emanazione della direttiva 80/723/CEE, in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le

[49] AA. VV., Il governo democratico dell'economia, De Donato, Bari, 1976.

[50] BARCELLONA P., Diritto privato e processo economico, Jovene editore, Napoli, seconda edizione, 1977, p. 278 ss, riferisce che, all'indomani dell'abbandono del corporativismo di stampo fascista come modello organizzativo volto ad eliminare il conflitto all'interno della classe operaia, si pone la scelta tra un sistema di economia controllata, pur in un quadro costituzionale profondamente mutato, oppure un ritorno ai postulati liberisti.

[51] AMATO G., Il governo dell'industria in Italia, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33.

imprese pubbliche[52], poi modificata dalla direttiva 85/413/CEE[53] e il Primo Censimento degli Aiuti di Stato nella Comunità europea (1989)[54], unite alle laboriose trattative per l'adozione di un regolamento in materia di concentrazioni economiche[55], testimoniano la misura sempre crescente delle energie che a livello comunitario si dispiegano per la creazione e la tutela del mercato concorrenziale. L'argomento comunitario, e dunque l'individuazione della concorrenza come bene da tutelare al fine di raggiungere l'obiettivo dell'integrazione europea, viene utilizzato per incidere direttamente sul processo legislativo. Vengono formate la Commissione Romani e la X Commissione del Senato[56], preposte a

[52] Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche.

[53] Direttiva 85/413/CEE della Commissione del 24 luglio 1985 che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche.

[54] Commissione delle Comunità europee, Primo Censimento degli Aiuti di Stato nella Comunità europea, 1989. I dati dello studio dimostrano l'ingente volume degli aiuti di stato in Italia, laddove si legge che *il volume totale degli aiuti (media 1981-86) nei quattro maggiori Stati membri è il seguente: Italia (28 Mrd di ECU), Repubblica federale di Germania (19 Mrd di ECU), Francia (17 Mrd di ECU) e Regno Unito (9 Mrd di ECU). Tra i piccoli Stati membri, il Belgio (4 Mrd di ECU) è lo Stato che eroga più aiuti. Tra gli Stati membri rimanenti, i Paesi Bassi (2 Mrd di ECU) occupano il primo posto, seguiti da Danimarca, Irlanda e Grecia (1 Mrd di ECU ciascuno), mentre il Lussemburgo (0,2 Mrd di ECU) è lo Stato che concede meno aiuti* (p. 9). Dopo il censimento, è pubblicato l'Inventario degli aiuti di Stato (1989). Il Governo italiano, con uno studio pubblicato dalla Banca d'Italia, contesta tali risultati, che però sono in buona sostanza confermati da un'ulteriore ricerca della Commissione (1990).

[55] L'emanazione del Regolamento del Consiglio 4064/89 del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, è preceduta da un *iter* particolarmente travagliato, a causa del contrasto che contrappone a lungo Commissione e Consiglio. In effetti, l'ordinamento delle Comunità europee non era del tutto privo di una legislazione in materia, dato che il Trattato CECA prevede all'articolo 66 una disciplina limitativa del fenomeno nell'ambito del settore del carbone e dell'acciaio. L'*impasse* viene superato anche perché nella decisione *Philip Morris* (C. di Giust., 17 novembre 1987, cause riunite C-142/84 e C-156/84, British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. contro Commissione delle Comunità europee, caso *Philip Morris*, Raccolta della giurisprudenza 1987 04487), la Commissione stabilisce che, nel vuoto normativo in materia di concentrazioni, avrebbe applicato la disciplina prevista in tema di intese, disattendendo le indicazioni formulate dalla Commissione nel *Memorandum* sulle concentrazioni del 1965, in cui è espresso un giudizio complessivamente favorevole nei confronti dei fenomeni di concentrazione, quali strumenti per aumentare la competitività delle imprese europee sul piano mondiale.

[56] Orientamento e proposte delle due Commissioni sono molto distanti: la Commissione Romani è alfiere dell'esigenza di liberalizzazione del mercato amministrativo, mentre ritiene non rilevante, a livello italiano, il tema delle concentrazioni, che deve essere governato solo dalle

delineare orientamenti e linee direttive per l'emanazione di una disciplina antitrust nazionale. Naturalmente, il dinamismo interno all'Unione non è l'unica ragione del mutamento nella politica industriale italiana e della nuova attenzione alla disciplina antitrust: alla fine degli anni Ottanta, si trasforma il governo di partito[57]. Anche l'esplosione del caso Mondadori, che coincide con la discussione della legge, rinnova il dibattito in corso, perché la legge antitrust si configura, da più parti, come mezzo per risolvere il problema concreto[58].

Il processo di globale apertuta delle frontiere non si limita a rafforzare la competizione tra i mercati, ma introduce una pressione concorrenziale sui singoli sistemi nazionali, che sono così ulteriormente attratti nell'orbita del processo di integrazione dell'Europa, che, allo stesso tempo, promuove fortemente politiche di liberalizzazione: viene così emanata la legge 287/1990[59].

2. Obiettivi politici: l'integrazione del mercato

Il diritto antitrust europeo, soprattutto agli inizi del percorso di integrazione europea, è concepito come strumentale al processo di edificazione del mercato unico[60].

---

norme poste dagli articoli 85 e 86 del Trattato, la X Commissione del Senato propende per un forte controllo delle concentrazioni.

[57] Cfr. GIOVAGNOLI A., Il partito italiano. La Democrazia Cristiana dal 1942 al 1994, Roma – Bari, Laterza, 1996, p. 285 ss.

[58] Per il dibattito su pluralismo e concorrenza nel mercato dell'informazione in Italia, vedi, tra gli altri, MELE M., La bufala digitale. Cinque punti per un dibattito dei media in Italia, Problemi dell'informazione, n. 1/2005, p. 5 ss; LERNER G., Struttura e sovrastruttura dell'informazione in Italia, il Mulino, n. 2/2006, p. 302 ss; PISATI M., Il video e il voto. Gli effetti dell'informazione politica televisiva sulle elezioni del 1996, Rivista italiana di scienza politica, n. 2/2000, p. 329 ss.

[59] Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240.

[60] Vedi PATEL K. K. – SCHWEITZER H. (edited by.), The Historical Foundations of Eu Competition Law, Oxford, Oxford University Press, 2013; PARDOLESI R., Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario, in Mercato concorrenza regole, n. 3, 2001, p. 561 ss.

L'individuazione dell'obiettivo politico dell'integrazione del mercato come scopo principale della disciplina antitrust ha importanti ricadute operative, in quanto, da una parte, osta ad una valutazione della disciplina antitrust in termini meramente di efficienza, sulla base dei criteri di analisi economica, e, dall'altra, definisce in maniera peculiare gli ambiti di applicazione della disciplina.
Si è scelto di affrontare innanzitutto il secondo tema, attraverso due questioni che permettono di ricostruire i confini del diritto antitrust, con peculiare riferimento alla necessità di distinguere la materia da quelle del diritto della libera circolazione delle merci (il caso Fra.Bo) e del diritto di proprietà intellettuale (le importazioni parallele).
Sarà invece approfondito *infra* l'argomento che attiene alla necessità di un approccio più economico al diritto della concorrenza dell'Unione.

2.1. *Il caso* Fra.Bo

Uno dei dogmi del diritto della concorrenza dell'Unione europea è l'attitudine della disciplina a servire l'obiettivo di edificazione e tutela del mercato unico. Da qui, discende un interrogativo di fondo, che attiene alla necessità di distinguere l'ambito di applicazione della disciplina della libera circolazione delle merci (articoli 34 e seguenti TFUE) da quello del diritto della concorrenza dell'Unione europea. In questo paragrafo, si cercherà di illustrare la tesi di una complementarietà funzionale delle due discipline, a partire dall'analisi del caso Fra.Bo[61].

[61] Corte di Giust., 12 luglio 2012, causa C-171/11, caso *Fra.bo*, Racc. dig., pubbl. in European Review of Contract law, 2013, 186, con commento di SHEPEL H.; cfr. PLAIA A., Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato, in Eur. dir. priv., 4.2015, 743 ss.; VAN HARTEN H. - NAUTA T., towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of goods. Comment on Fra.bo, in European Law review, 2013, 677 ss.; SHUIBHNE N., The Coherence of Eu Free Movement Law. Constitutional responsibility and the Court of Joustice, oxford, 2013; SHUIBHNE N., The treaty is coming to get you, in European Law review, 2012; VERBRUGGEN P., the Impact of Primary Eu Law on Private Law relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of goods and Services, in European review of Private Law, 2/2014, 201 ss.; BABAYEV R., Private autonomy at union level: on article 16 CFREU and free movement rights, in Common Market review, 2016, 979 ss.; SCHEPEL H., The new Approach to the new Approach: the juridification of harmonized standards in Eu Law, in Maastricht Journal, 4/2013, 521 ss.; RESENDE J.S. – BIRCH S., the

La tradizionale giurisprudenza comunitaria descrive il rapporto tra le due discipline nei termini di un dicotomico doppio binario, in base al quale l'articolo 34 TFUE dovrebbe attenere alla dimensione pubblica, mentre gli articoli 101 e 102 TFUE si applicherebbero ai privati[62].

La sentenza della Corte di Giustizia intervenuta nel caso Fra.bo rappresenta un punto di rottura significativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale precedente[63], perché ammette la possibilità di applicare ai privati il principio della libera circolazione delle merci.

La ricostruzione della fattispecie appare importante per cogliere l'esatto significato che la sentenza Fra.bo assume. In particolare, la Fra.bo, un'azienda italiana produttrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, avanza una richiesta di certificazione per i suoi prodotti alla DVGW, ente privato certificatore, cui lo Stato tedesco ha interamente delegato l'attività di normazione e di certificazione relativa alle caratteristiche tecniche delle merci commerciabili per la collocazione sul mercato dei prodotti del settore idraulico in Germania. La DVGW, che, in un primo momento, rilascia la certificazione, poi la nega a causa del mancato superamento di un nuovo test, attraverso la cui introduzione era avvenuta la elaborazione di una nuova norma tecnica. La controversia si

---

personal and substantive scope of the Eu free movement rules: the application of horizontal direct effect, consultabile presso: www.unibh.br/revistas/ecivitas Uno studio più approfondito intorno al caso è svolto in PULEIO G., L'efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci, in NAVARRETTA E. (a cura di), Effettività e Drittwirkung: idee a confronto, Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 211 ss.

[62] Corte di Giust, 11 luglio 1974, C-8/74, caso *Dassonville*, Raccolta della giurisprudenza 1974 00837; Corte di Giust., 4 aprile 1984, C-177/82 e C-178/82, caso *Van De Haar,* Raccolta della giurisprudenza 1984 01797; Corte di Giust., 27 settembre 1988, C- 65/86, caso *Bayer v. Süllhöfer*, Raccolta della giurisprudenza 1988 05249; C. Giust., 6 giugno 2002, C-159/00, caso *Sapod Audic,* Raccolta della giurisprudenza 2002 I-05031.

[63] Tuttavia, la posizione della Corte sul punto non è mai stata nel senso di una chiusura granitica, come dimostrano Corte di Giust., 22 gennaio 1981, C-58/80, caso *Dansk Supermarked,* Raccolta della giurisprudenza 1981 00181 e le statuizioni nei casi riguardanti diritti di proprietà industriale, per cui vedi Corte di giust., 8 giugno 1971, causa C-78/70, caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft v. Metro*, Raccolta della giurisprudenza 1971 00487; Corte di Giust., 22 giugno 1976, causa C-119/75, caso *Terrapin v. Terranova,* Raccolta della giurisprudenza 1976 01039; Corte di Giust., 28 aprile 1998, causa C-200/96, caso *Metronome Musik GmbH v. Music Point Hokamp GmbH*, Raccolta della giurisprudenza 1998 I-01953; Corte di giust., 8 giugno 1971, causa C-78/70, caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft v. Metro*, paragrafo 13.

sviluppa in un ambito non armonizzato, in cui opera la tecnica del mutuo riconoscimento, strumentale alla piena affermazione delle libertà fondamentali, prima fra tutte quella di libera circolazione delle merci. Il Tribunale di Colonia rigetta il ricorso della Fra.bo contro la revoca e il diniego di proroga del certificato relativo alle raccordature in rame, mentre la Corte di appello di Düsseldorf, investita della questione, sottopone alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali, e cioè: 1) se l'articolo 34 del TFUE debba essere interpretato nel senso che anche gli enti di diritto privato costituiti al fine di elaborare norme tecniche in un determinato settore, nonché di certificare i prodotti sulla scorta di norme tecniche, debbano essere sottoposti alle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci nel mercato europeo; 2) nel caso di risposta negativa a tale questione, se le norme di cui all'articolo 101 TFUE debbano essere interpretate nel senso che l'attività di un ente di diritto privato nel settore delle norme tecniche e della certificazione di prodotti sulla scorta di tali norme tecniche debba essere considerata *economica*, qualora sia detenuta dalle imprese; 3) nel caso di risposta positiva alla questione precedente, se l'articolo 101 debba essere interpretato nel senso che l'elaborazione di norme tecniche e la certificazione sulla scorta di tali norme da parte di imprese possa essere idonea a ostacolare il commercio tra gli Stati, essendo impossibile distribuire un prodotto privo di tale certificazione in uno Stato membro.

Nel corso del procedimento davanti alla Corte, particolare rilevanza hanno le Conclusioni dell'Avvocato generale[64], che usa l'espressione "*efficacia orizzontale*"[65] e sottolinea l'inesistenza di ragioni atte a escludere l'applicazione dell'intero impianto argomentativo elaborato per le altre libertà di circolazioni anche alla libera circolazione delle merci[66].

[64] Conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjack presentate il 28 marzo 2012, causa C-171/11, caso *Fra.bo*.

[65] A causa della reticenza della Corte nell'utilizzo dell'espressione efficacia orizzontale, SHEPEL H., nella nota a commento, pubblicata in European Review of Contract Law, 2013, 186, ha definito la sentenza Fra.bo *disastrously ambiguous*.

[66] Infatti, l'efficacia orizzontale è stata progressivamente affermata dalla Corte di Giustizia per la libertà di circolazione dei lavoratori, per la libertà di circolazione dei servizi e per la libertà di

Aderendo a tale tesi, la Corte di Giustizia risponde in senso positivo alla prima questione – e, dunque, ritiene non necessario affrontare il secondo e il terzo quesito, posti in subordine – dichiarando che l'articolo 34 TFUE deve essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e certificazione di un ente privato, nel caso in cui la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente, cui è di fatto attribuito il potere di regolamentare l'ingresso sul mercato nazionale dei prodotti certificati.

Il discorso della Corte risulta scandito in diversi momenti. Innanzitutto, la Corte parte dal presupposto pacifico che la DVGW sia un ente privato senza scopo di lucro, le cui attività non sono né finanziate né influenzate in modo determinante dallo Stato tedesco. Inoltre, si ammette l'esistenza, per accedere al mercato tedesco delle raccordature in rame per condutture idrauliche, di una procedura diversa da quella effettuata dalla DVGW, ma si riconosce che le difficoltà amministrative e i costi aggiuntivi da affrontare per accedervi la rendono per nulla praticabile. Pertanto, la Corte ritiene di poter affermare senza dubbio che la DVGW detenga l'effettivo potere di regolare l'accesso al mercato: è in virtù di tale potere effettivo, secondo la Corte, che si deve imporre all'ente privato certificatore il rispetto del principio di libera circolazione delle merci.

In *Fra.bo*, la Corte afferma per la prima volta che, ai fini dell'attuazione della libertà fondamentale di circolazione delle merci, non sia rilevante che

---

stabilimento di impresa. *Leading case* in materia è Corte di Giust., C-36/74, 12 dicembre 1974, caso *Walrave,* Raccolta della giurisprudenza 1974 01405.

Cfr. Corte di Giust., 14 luglio 1976, C-13/76, caso *Donà v. Mantero*, Raccolta della giurisprudenza 1976 01333; Corte di Giust., 15 dicembre 1995, C-415/93, caso *Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman,* Raccolta della giurisprudenza 1995 I-04921; Corte di Giust., 3 ottobre 2000, C-411/98, caso *Ferlini v. Centre hospitalier de Luxembourg*, Raccolta della giurisprudenza 2000 I-08081; Corte di Giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, caso *Viking Line*, Raccolta della giurisprudenza 2007 I-10779; Corte di giust, 11 dicembre 2007, C-341/05,caso *Laval*, Raccolta della giurisprudenza 2007 I-11767; Corte di Giust., 8 aprile 2008, C-346/06, caso *Rüffert*, Raccolta della giurisprudenza 2008 I-01989; Corte di Giust., 15 luglio 2010, C-271/08, caso *Commissione v. Germania,* Raccolta della giurisprudenza 2010 I-07091. Per un commento sulle argomentazioni della Corte di Giustizia, vedi NAVARRETTA E., Libertà fondamentali dell'UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici, in Rivista di diritto civile, 4/2015, p. 895 ss.

formalmente in taluni ordinamenti il potere di regolare l'accesso al mercato sia attribuito all'apparato burocratico pubblico oppure a enti e soggetti privati. Com'è prevedibile, i sostenitori della necessità di estendere ai privati il principio di libera circolazione delle merci valutano positivamente la sentenza Fra.bo[67], che è considerata come un significativo passo avanti verso il superamento della tradizionale ripartizione binaria della Corte (libertà di circolazione applicata agli attori pubblici e diritto della concorrenza applicata ai privati), non più sufficiente per descrivere il dinamismo interno all'Unione.

Altri Autori sono più cauti e definiscono il caso Fra.bo come una falsa ipotesi di efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci. Infatti, si sottolinea che la Corte abbia ritenuto applicabile l'articolo 34 TFUE ad un ente di diritto privato la cui attività di certificazione risulta assimilabile all'azione degli Stati membri. Secondo questo indirizzo interpretativo[68], la sentenza in esame si limiterebbe ad applicare l'argomentazione dell'effetto utile perseguito, in base al quale bisogna evitare che gli Stati membri possano aggirare il principio relegando ai privati le attività di certificazione e normazione dei prodotti.

Altra parte della dottrina[69] ha rintracciato l'elemento di peculiarità del caso *Fra.bo* in un aspetto differente, e cioè nella natura non economica dell'attività esercitata dall'ente privato regolatore, che rende impossibile

[67]Cfr. VAN HARTEN H. – NAUTA T., Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods. Comment on Fra.bo, in European Law Review, 2013, p. 677 ss; SHUIBHNE N., The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Joustice, Oxford, 2013; SHUIBHNE N., The Treaty is coming to get you, in European Law Review, 2012; VERBRUGGEN P., The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services, in European Review of Private Law, 2/2014, p. 201 ss; BABAYEV R., Private autonomy at Union level: on article 16 CFREU and free movement rights, in Common Market Review, 2016, p. 979 ss;

[68] Le argomentazioni principali in tal senso sono in SHEPEL H., Costitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: on the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law, in European Law Journal 2012, p. 177 ss; SNELL J., Goods and Services in EC Law, in Oxford University Press, Oxford 2002, p. 105 ss;

[69] Cfr. PLAIA A., Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato, in Europa e diritto privato, 4.2015, p.743 ss.

l'applicazione della disciplina antitrust europea. Secondo questa impostazione, il caso *Fra.bo* costituirebbe, in realtà, un illecito anticoncorrenziale formalmente non inquadrabile entro le ipotesi individuate dal diritto europeo. Infatti, un dato meramente formale, e cioè l'impossibilità di configurare l'attività dell'ente regolatore come attività economica condotta da un'associazione tra imprese[70], esclude l'applicazione delle norme in tema di diritto della concorrenza dell'Unione europea, ma la pronuncia risulterebbe sorretta dalla stessa *ratio* sostanziale, che giustifica il sindacato sulla condotta privata.

Proprio il rapporto tra libertà di circolazione delle merci e diritto della concorrenza merita, alla luce della decisione in esame, di essere approfondito con una serie di notazioni.

Dato che le libertà fondamentali sono essenziali alla realizzazione dell'obiettivo primario dell'Unione, e cioè la costruzione di un spazio di libertà, sicurezza e giustizia[71], la scelta di declinarle in senso orizzontale risulta orientato al raggiungimento di un effetto immediato, e cioè quello di allargare le maglie della competenza dell'Unione.

Più precisamente, la libera circolazione delle merci è fondante rispetto alla realizzazione di un mercato unico europeo. Il tema della efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci si incardina nel nodo problematico essenziale del rapporto tra autonomia dei privati e mercato, materia già disciplinata dal diritto della concorrenza, settore del diritto che l'intero ordinamento europeo governa profondamente, perché, fin dal

[70] A sostegno di questa tesi, si mette in evidenza come le formulazioni del quesito pregiudiziale contengano un riferimento esplicito all'articolo 101 TFUE. Il giudice nazionale chiede, infatti, alla Corte di Giustizia se l'attività di un ente certificatore possa qualificarsi come attività economica riferibile ad un'associazione di imprese, e sia pertanto soggetta al controllo di cui all'articolo 101 TFUE. Il giudice europeo applica in maniera estremamente rigorosa le norme processuali e pertanto ritiene di non dare risposta al secondo quesito, in quanto posto in subordine e assorbito dalla prima questione. Tuttavia, mi sembra si possa argomentare in maniera opposta: la Corte avrebbe potuto negare l'efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci e sanzionare comunque il comportamento dell'ente certificatore, elaborando un principio di applicazione del diritto della concorrenza europea meno rigido e svincolato dal dato formale, ma ha scelto di applicare ad un ente privato la disciplina di cui all'articolo 34 TFUE.

[71] La definizione di principi fondamentali come principi fondativi di un ordinamento giuridico è in RODOTA' S., Il tempo delle clausole generali, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, p. 708 ss.

Trattato di Roma, ha influenzato in modo considerevole le dinamiche generali dell'integrazione[72].

Innanzitutto, la Corte di Giustizia, nei casi giurisprudenziali precedentemente analizzati, ha escluso la possibilità di una efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci non per una reale differenza di valori (patrimoniali/personalistici) di questa libertà fondamentale rispetto alle altre[73], ma perché non ne ha mai avuto veramente bisogno, dato che l'ordinamento giuridico europeo tradizionalmente interviene per regolare il rapporto tra autonomia privata e mercato attraverso le norme del diritto della concorrenza. L'applicazione selettiva delle libertà fondamentali, bilanciata sui singoli scopi dell'ordinamento europeo, evidenzia la dimensione funzionale entro cui si muove la Corte di Giustizia.

L'efficacia orizzontale del principio della libera circolazione delle merci, nei termini in cui è espressa in Fra.bo, e cioè nel caso in cui la competenza normativa di soggetti privati, che hanno la capacità di incidere sull'accesso e sul funzionamento del mercato, possa inficiarne la tutela, suggerisce la possibilità di superare la rigida distinzione tra libera circolazione delle merci, riferita agli Stati, e diritto della concorrenza, applicato ai privati.

Il superamento del doppio binario su base soggettiva risulta giustificato da considerazioni differenti.

---

[72] È proprio in tema di diritto della concorrenza che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sviluppato diversi concetti chiave del diritto comunitario, come analizzato in GRUNDMANN S., Un diritto economico europeo in mutamento. Dall'Unione della concorrenza all'Unione finanziaria, in Contratto e impresa/Europa, 1/2016, p. 1 ss.

[73] Alcuni Autori hanno sostenuto che osterebbe all'efficacia orizzontale di tale libertà fondamentale la sua valenza meramente patrimoniale, laddove, invece, lo strumento della efficacia orizzontale delle libertà di circolazione sarebbe stato utilizzato dalla Corte di Giustizia al fine di rafforzare la tutela dei valori personalistici alla base delle altre libertà fondamentali dell'Unione Europea: cfr ROTH W.H., Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in AA. VV., Festschrift für Dieter Medicus, Carl Heymanns, Colonia, 1999, p. 393 ss; OLIVER P. – ROTH W. H., The internal market and the four freedoms, Common Market La Review 41, 2004, p. 407 ss; VAN DER BOGAERT S., Horizontality: The Court Attacks?, in BARNARD C. – SCOTT J. (edited by), The Law of the Single European Market, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2002, p. 134 ss.

Da una parte, è banale osservare che il mercato unico si caratterizzi per la presenza di fortissimi sperequazioni di potere economico e sociale, sicché anche i rapporti tra privati devono essere ricostruiti in termini di scontro dialettico tra forze contrapposte, in cui è necessario cercare un bilanciamento tra poteri e garanzie.

Se una parte privata detiene un potere effettivo di pregiudicare l'interesse generale, la risposta del diritto privato, chiamato ad affrontare un conflitto di interessi che di solito viene attribuito alla dimensione pubblicistica, non può che essere quella di investire il soggetto privato di obblighi a tutela dell'interesse generale, laddove comunque la gerarchia tra valori rimane fissata dal legislatore.

Corollario di questo principio è, da una parte, la possibilità di estendere anche ai privati il regime di eccezioni previsto dall'articolo 36 TFUE e, dall'altra, il superamento della interpretazione della disciplina a tutela della concorrenza come norme eccezionali. Tuttavia, risulta non corretto l'assunto secondo il quale solo gli Stati membri possano limitare la libera circolazione delle merci per fini di interesse generale, meritevoli di tutela alla luce dell'articolo 36 TFUE. Si pensi, ad esempio, ad un'associazione ambientalista: non è difficile immaginare che questa possa creare ostacoli alla libera circolazione delle merci al fine di tutela dell'ambiente, per cui sono ammesse limitazioni o restrizioni alle importazioni tra i Paesi dell'Unione[74]. Similmente, il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, in atto ormai da diversi decenni nei Paesi europei, permette di superare la dicotomia pubblico/privato anche quanto all'applicazione dell'articolo 101, comma 3, TFUE[75].

D'altro lato, e sul piano più squisitamente tecnico, la definizione degli ambiti di applicazione di libera circolazione delle merci e diritto della

[74] SNELL J., Private Parties and Free Movement of Goods and Services, in ANDENAS M. – Roth W.H. (edited by), Services and Free Movement in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 234 ss.

[75] BAQUERO CRUZ J., Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community, Hart Publishng, Oxford – Portland Oregon, 2002, pp. 105 ss.

concorrenza secondo un criterio rigidamente soggettivo era razionale in un momento storico precedente, in cui entrambi i settori del diritto erano volti a perseguire la realizzazione e la conservazione della unità del mercato.

Ma negli ultimi anni si è infranto il dogma dell'integrazione del mercato europeo come obiettivo principe del diritto della concorrenza: infatti, se l'edificazione di un mercato unico rappresenta un presupposto logico all'applicazione del diritto della concorrenza europeo, una volta che l'integrazione del mercato è raggiunta, appare necessario che la disciplina abbandoni una eterogenesi dei fini per il raggiungimento di una maggiore coerenza.

Dato che il diritto della concorrenza si è emancipato dall'obiettivo politico della integrazione del mercato unico e risulta orientato alla realizzazione dell'obiettivo economico della efficienza[76], la dicotomia tra i soggetti referenti delle due discipline non è più necessaria, perché la selezione tra le norme applicabili dovrebbe dipendere, in un approccio funzionale, dalla valutazione dell'effetto distorsivo che la condotta ha sul mercato, in quanto elemento esponenziale del conflitto di interessi[77].

Le due discipline confluiscono entro l'alveo di un *corpus normativo* diretto alla regolazione del mercato, secondo un paradigma della concorrenza che si incardina intorno all'esistenza fattuale di un concreto ed effettivo potere di mercato, comprendendo tanto le garanzie contro il potere pubblico quanto quelle contro il potere privato.

Emerge, a questo punto, il problema dell'estensione della regola *de minimis* alle ipotesi di violazione, da parte dei privati, del principio di libera circolazione delle merci. In altre parole, l'utilizzo del criterio rappresentato dal potere di mercato o, *rectius*, dal potere di regolare l'accesso al mercato

[76]Cfr. Programma della Commissione n. 99/027, Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, in cui la Commissione esprime con chiarezza l'idea dell'autonomia della politica della concorrenza dall'integrazione del mercato.

[77] In questo senso, cfr. Corte di Giust. 12 novembre 2015, C-198/14, caso *Valev Visnapuu v. Kihlakunnansyyttäjä, Suomen valtio – Tullihallitus*, Racc. dig. Gen. in cui la Corte ricostruisce gli ambiti di applicazione tra le due discipline, guardando agli effetti che la condotta dello Stato ha sul mercato.

induce gli interpreti ad applicare analogicamente la regola *de minimis*, secondo la quale devono essere tollerate le condotte poco rilevanti e scarsamente lesive del mercato concorrenziale, o, in questo caso, della libertà fondamentale di circolazione[78].

Il superamento del dualismo su base soggettiva nei criteri di ripartizione delle competenze tra diritto della concorrenza e diritto delle libertà fondamentali ha una ricaduta operativa profonda, perché provoca una manipolazione dell'istituto giuridico dell'autonomia privata[79].

Infatti, in *Fra.bo* la Corte afferma che gli obblighi discendenti dal principio di libera circolazione delle merci si applicano ai soggetti che detengono il potere di regolare l'accesso al mercato, indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata.

Il riferimento al potere di mercato effettivo quale referente logico diventa uno strumento di rappresentazione dell'atto di autonomia privata, ricostruito utilizzando come tecnica di costruzione concettuale lo schema dell'operazione economica[80]. Si esalta così la natura di realtà economica del singolo atto, in quanto tassello di un mosaico composito e complesso di traffici economici e in grado di incidere sul sistema economico complessivo, che è orientato al principio concorrenziale.

Insomma, la logica della realizzazione del mercato unico ed efficiente è inoculata nelle singole relazioni orizzontali attraverso due vie differenti[81].

---

[78] CRESPO VAN DE KOOIJ A., The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activies under The Scope of Article 34 of the Treaty of the Funcioning of the Europea Union, Legal issues of economic integration, 40, n. 4, 2013, p. 363 ss.

[79] In OLIVER P. - ROTH W. H., The Internal Market and the Four Freedoms, Common Market Law Review, 2004, p. 427, si legge che l'efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci, sia pure nel caso in cui questa venga applicata ad un ente privato regolatore, provocherebbe comunque una inaccettabile compressione dell'autonomia negoziale.

[80] Per una riflessione sulla opportunità di utilizzare la nozione di operazione economica come categoria ordinante si veda GABRIELLI E., Mercato, contratto e operazione economica, in A. M. AZZARO (a cura di), Contratto e mercato, Giappichelli editore, Torino, 2004, p. 65 ss.

[81] Cfr. NIVARRA L., Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato, Esi, Napoli, 2010, in cui l'Autore descrive l'avvenuto ribaltamento del principio della concorrenza sul principio dello scambio, che ha incistato la ratio concorrenziale già entro la singola relazione professionista/consumatore.

Nel caso di enti e soggetti che esercitino un potere di regolazione del mercato e che possano ostacolare la salvaguardia del mercato unico, l'ordinamento europeo utilizza lo strumento della efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci, mentre, nella ipotesi di illeciti atti di scambio, che compromettano l'obiettivo della efficienza del mercato, il diritto reagisce attraverso l'insieme di misure che compongono l'esperienza antitrust.

2.2. Le importazioni parallele

Per importazioni parallele si intende il fenomeno di marketing per cui l'impresa acquista prodotti sui mercati in cui questi sono in venduti a prezzi inferiori e li importa in mercati caratterizzati da una diversa domanda, rivendendoli a prezzi superiori. A tale prassi, si oppondono i detentori di esclusive territoriali, che, attraverso l'esercizio di diritti di privativa, riconosciuti e disciplinati dagli ordinamenti nazionali, cercano di realizzare compartimentazioni del mercato europeo.

La vicenda si inserisce nel quadro del problema più generale che attiene alla definizione della dialettica tra libera circolazione delle merci e diritto della concorrenza dell'Unione – settori dell'ordinamento ricostruiti, secondo l'impostazione illustrata *supra*, come unica disciplina diretta alla tutela di un mercato unico e concorrenziale –

e diritti di proprietà intellettuale nazionali[82].

[82] Per un approfondimento, si veda TOFFOLETTO A. – TOFFOLETTI L., I rapporti tra IPRS e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilaciamenti, AIDA, 1, 2014, p. 337 ss; SCUFFI M., Le interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e la disciplina antitrust: problematiche processuali e sostanziali, in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 1, 2006, p. 485 ss.; ANDERMAN S. – EZRACHIE E., Intellectual Property and Competition Law – New Frontiers, USA, Oxford University Press, 2011; MAGGIOLIO M., Intellectual Property and Antitrust – A Comparative Analysis of US and EU Law, Camberley, E. Elgar, 2011. Di recente, il tema del rapporto tra diritto industriale, con particolare riferimento al diritto d'autore, e libero mercato è stato sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia dal Tribunale Milano, sezione specializzata in Materia di Impresa - Sez. A, ordinanze ex art. 267 Tfuc 13 aprile 2012 c 28 giugno 2012, Nintendo Co. Ltd. Nintendo of America Ine. Nintendo of Europe GmbH / Pc Box s.r.l. c 9Nct s.r.l.

Il rapporto tra i due settori dell'ordinamento non può che essere conflittuale, ancorché complementare. Infatti, il diritto di proprietà intelletuale disciplina il regime giuridico di titoli volti a conferire all'impresa un monopolio di sfruttamento su prodotti, procedimenti, aspetti dei prodotti e segni distintivi. Si tratta di privative, che attribuiscono diritti esclusivi, rispetto ai quale due possono essere i momenti di contrasto con il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Innanzitutto, è endemico il conflitto tra una disciplina che attribuisce all'operatore economico uno *ius excludendi alios*, riconoscendogli una posizione di monopolio rispetto al prodotto o al procedimento protetto dal diritto, e i fondamentali principi sottesi al diritto antitrust, volta proprio a combattere il monopolio. Tuttavia, pur essendo diritto della concorrenza e principio di libera circolazione delle merci a fondamento della costituzione economica europea, non solo l'ordinamento giuridico europeo riconosce i diritti di proprietà intellettuale, ma li regola, nella consapevolezza della loro utilità allo sviluppo e alla evoluzione del mercato.

Su un altro piano, il contrasto può essere contingente: l'esercizio di diritti di privative spesso avviene attraverso elaborate strategie commerciali, che possono configurare accordi e pratiche che rientrano nelle fattispecie sanzionate dal diritto della concorrenza dell'Unione.

A questo proposito, sembra utile l'approccio dinamico configurato nel paragrafo precedente, laddove si applicheranno, in base al conflitto di interessi in gioco, o le norme in tema di libera circolazione o quelle in materia di concorrenza.

La giurisprudenza dell'Unione opera un bilanciamento degli interessi in gioco attraverso l'applicazione di alcuni criteri. Innanzitutto, si distingue tra un piano statico del diritto di proprietà intellettuale, di per sé intangibile dal diritto antitrust, e un piano dinamico, che attiene alle concrete modalità di esercizio del diritto e, in quanto tale, può ricadere tra i divieti di cui agli

articoli 101 e 102 TFUE[83]. Inoltre, si analizza l'oggetto specifico del diritto, dovendosi valutare l'esistenza di circostanze particolari e prerogative nuove, non necessariamente inerenti al diritto, le quali creino ostacoli inaccettabili alla concorrenza[84].

La vicenda delle importazioni parallele costituisce l'esempio più eclatante della dialettica descritta, perché attraverso clausole, inserite nei contratti di esclusiva, il titolare di un diritto di privativa realizza la compartimentazione del mercato europeo.

In tema, la Corte di Giustizia applica, fin dagli anni Settanta, il cosiddetto principio di esaurimento[85], poi recepito dal legislatore e codificato normativamente; oggi, dati normativi fondamentali sono l'art. 81, comma 3, della Convenzione sul brevetto comunitario del 5 dicembre 1975 (successivamente modificata dall'accordo sul brevetto comunitario del 15 dicembre 1989), l'articolo 13 del Regolamento sul marchio comunitario 40/94, l'articolo 21 del Regolamento sui disegni e i modelli comunitari 6/02 e l'art. 5 del codice della proprietà industriale (d.lgs 30/2005)[86]. Secondo il principio di esaurimento, l'esercizio, da parte del titolare di un

---

[83] Corte di Giust., 28 febbraio 1968, causa C-24/67, caso *Park Devis,* Raccolta della giurisprudenza 1968 00081; Corte di Giust., 5 ottobre 1988, causa C-53/87, causa *Renault,* Raccolta della giurisprudenza 1988 06039; Corte di Giust., 3 luglio 1974, causa C-192/73, caso *Hag I,* Raccolta della giurisprudenza 1974 00731; Corte di Giust., 22 gennaio 1981, causa C-58/80, caso *Dansk Supermaked*, Raccolta della giurisprudenza 1981 00181.

[84] Corte di Giust., 13 luglio 1966, cause riunite C-56-58/64, caso *Grundig*, Raccolta della giurisprudenza 1966 00429.

[85] Corte di Giust., 31 ottobre 1974, cause riunite C-15/74 e C-16/74, caso *Centrafarm v. Sterling Drug e Centrafarm v. Wintrhop*, Raccolta della giurisprudenza 1974 1183: *l'esercizio – da parte del titolare del brevetto – della facoltà attribuitagli dal diritto di uno Stato membro di opporsi alla importazione del prodotto brevettato e posto lecitamente in commercio in altro Stato membro dal titolare stesso del brevetto o da qualsiasi suo licenziatario, è incompatibile con le norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci nell'ambito del mercato comune, essendo irrilevante che tra lo Stato ove è avvenuta la messa in commercio e lo Stato di importazione vi siano differenze di prezzo che sancisce l'esaurimento delle facoltà esclusive attribuite al titolare di un diritto di proprietà industriale alla messa in commercio dei prodotti protetti dal titolare o con il suo consenso nel territorio dello Stato o nel territorio di uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo.*

[86] Per approfondimenti, si rinvia a MARABINI F., Abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria, Giappichelli, Torino, 2004, p. 250 ss e MARABINI F., Art. 2584, in RESCIGNO P. (a cura di), Fonti del diritto – Cod. civ., fasc.1, Giuffrè, Milano, 2010, p. 5390 ss.

brevetto, del diritto che gli conferisce la legge nazionale di vietare la commercializzazione, in questo Stato, di un prodotto brevettato e messo in commercio in un altro Stato membro dal titolare o con il suo consenso, è incompatibile con la realizzazione e la tutela del mercato unico. Il diritto di proprietà industriale si esaurisce e non può essere esercitato una volta che il prodotto protetto è messo in vendita dal titolare, o da altro operatore economico con il consenso del titolare[87], nel territorio dello Stato o nel territorio di uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo, fermo restando che compete al titolare del diritto di privativa la decisione circa il modo in cui porre in commercio il prodotto, compresa la possibilità di distribuirlo in uno Stato membro in cui la legge gli impedisce di brevettarlo[88].

Più precisamente, può dirsi che la disciplina sulla proprietà industriale riconosca al titolare del diritto la facoltà esclusiva di immettere sul territorio nazionale, della Comunità Europea e della SEE i prodotti cui esso si riferisce, ma il titolare non ha alcun potere sulla successiva circolazione del prodotto, cioè sugli atti di scambio successivi, perché la esclusiva conferita dalla legge può essere goduta una sola volta sulla stessa unità di prodotto e si esaurisce con il prezzo monopolistico ottenuto al momento dello sfruttamento.

Al fine di realizzare l'obiettivo di creazione e tutela del mercato unico e concorrenziale, il diritto della concorrenza e il principio di libera circolazione delle merci escludono che possa configurarsi in capo al titolare del diritto di proprietà industriale un potere di controllo assoluto sulla produzione e la distribuzione dei beni prodotti.

Il principio di esaurimento ha un'applicazione generale, mentre vi sono casi particolari in cui risulta più opportuno operare in maniera differente

[87] Particolarmente vivace è stato il dibattito giursiprudenziale rispetto al concetto di consenso del titolare: cfr. Corte di Giust., 9 luglio 1985, causa C-19/84, caso *Pharmon*, Raccolta della giurisprudenza 1985 02281.

[88] Corte di Giust., 14 luglio 1981, causa 187/80, caso *Merck v. Stephar*, Raccolta della giurisprudenza 1981 2063; Corte di Giust., 5 dicembre 1996, cause riunite C-267/95 e C-268/95, caso *Merch v. Primecrown e Becham v. Europharm of Worthing*, FI, Racc. 1997, IV, 222.

un bilanciamento degli interessi in gioco. Infatti, nel settore delle biotecnologie, in ragione della peculiarità del materiale biologico, consistente nella sua autoriproducibilità, il titolare del brevetto biotecnologico ha una tutela superiore rispetto a quella spettante ai titolari di privative concernenti la materia organica[89], in quanto la protezione brevettuale si estende al materiale ottenuto per riproduzione o moltiplicazione da quello brevettato in forma identica o differenziata, purchè dotato delle medesime proprietà.

Come si è osservato, il principio di esaurimento costituisce un corollario della disciplina della concorrenza dell'Unione e del principio di libera circolazione delle merci, pilastri della costituzione economica europea, orientati alla creazione e alla tutela del mercato unico e concorrenziale. Tuttavia, il problema si è posto anche su un piano globale, perché si discute della opportunità di affermare un principio universale di esaurimento internazionale volto a eliminare ogni barriera protezionistica nei confronti delle importazioni al di fuori dell'Unione, in seguito alla prima messa in commercio[90].

Sul punto, si registra un parziale contrasto tra gli organi comunitari. Da una parte, uno studio della Commissione[91] illustra i vantaggi di un eventuale passaggio da un sistema di esaurimento comunitario ad uno di esaurimento internazionale, realizzato attaverso accordi bilaterali con Paesi terzi, in modo da garantire la reciprocità della condizione: una soluzione del genere, più liberistica e conforme a concorrenza, risponderebbe all'interesse del consumatore. Di contro, le risposte della giurisprudenza europea – e sulla sua scia anche di quella italiana – risultano più protezionistiche e volte a creare una *fortezza europea* a tutela

[89] Direttiva 98/44/CE, 6 luglio 1998, recepita con D.L. 10 gennaio 2006, n. 3, art. 8, poi convertito in L. 22 febbraio 2006, n. 78.

[90]Per la accurata ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sul punto, cfr. SCUFFI M., Le interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e la disciplina antitrust: problematiche processuali e sostanziali, in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 1, 2006, p. 485 ss.

[91] Commissione CE, 9 dicembre 1999, Working Paper sull'esaurimento del diritto di marchio.

dell'industria[92], in quanto generalmente negano all'esaurimento del diritto una portata geograficamente più estesa rispetto all'ambito comunitario entro il quale solo si consuma, riconoscendo in capo al titolare la facoltà di opporsi alle reimportazioni dai paesi terzi di quello stesso prodotto.

3. Obiettivi economici

L'individuazione degli obiettivi economici del diritto della concorrenza dell'Unione europea ha necessariamente come presupposto di partenza una sintetica premessa volta a definire il concetto di efficienza. Infatti, nel corso degli ultimi sessant'anni, obiettivo fondamentale del diritto della concorrenza è quello della massimizzazione dell'efficienza[93], al fine del raggiungimento del benessere complessivo.

Con una buona dose di approssimazione, si può scorporare la nozione di efficienza, *concetto multiforme*[94]*,* in tre nozioni distinte, e in particolare – accantonando la nozione classica di efficienza – riferirsi alla efficienza allocativa (o pareto-efficienza), all'efficienza dinamica e alla efficienza distributiva.

---

[92] Corte di Giust., 10 luglio 1999, causa C-173/98, caso *Sebago,* Raccolta della giurisprudenza 1999 I-04103; Corte di Giust., 20 novembre 2001, cause riunite C-414/99 e C-416/99, caso *Davidoff-Levi Strass,* Raccolta della giurisprudenza 2001 I-08691.

[93] Così, DENOZZA F., The future of antitrust: Concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?, in Orizzonti del diritto commerciale, 2017, 1 p. 1, reperibile online: www.rivistaodc.eu , che a sua volta ricorda e cita testualmente in nota DAVIES W., The politics of Externalities: Neo-liberalism, Rising Powers and Property Rights, Network Grant, ESRC, Rising Powers Programme, 2010-2011, p. 7.

Denozza definisce ambiguo e criptico l'obiettivo della massimizzazione dell'efficienza, che, in seguito all'affermazione della scuola di Chicago, avrebbe rimpiazzato quello che, secondo l'Autore, è il naturale fine del diritto antitrust, e cioè il mantenimento della struttura competitiva del mercato. In tema, si rinvia anche a KERBER W., Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law, in DREXL J. – IDOT L. – MONÉGER J. (edited by), Economic Theory and Competition Law, Cheltentham, Edward Elgar, 2009, p. 93 ss.

[94] L'espressione traduce, in maniera libera, la citazione di efficienza come *multifaceted concept*, tratta da FOX E., The Efficiency Paradox, in PITOFSKY R. (edited by), How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis On U.S. Antitrust, 2008, p. 77 ss, in particolare p. 88.

Secondo la prima accezione della nozione, un mercato è efficiente quando si realizza un'allocazione delle risorse tale da permettere la massima soddisfazione dei bisogni umani attraverso lo scambio di beni e servizi[95]. In base alla regola di efficienza paretiana, un mercato si trova in una situazione di massima efficienza nel suo stato di equilibrio, cioè nell'ipotesi in cui, nel rispetto dei vincoli in termini di risorse e di tecnologia, ogni ulteriore scambio comporterebbe un peggioramento in termini di benessere per almeno uno degli operatori economici, pur non essendo rilevante l'entità del peggioramento[96].

Secondo la nozione di efficienza allocativa, il *focus* dell'attenzione è sullo scambio, mentre scarsa rilevanza viene attribuito al momento del processo produttivo di beni e servizi, che è invece al centro della definizione di efficienza dinamica, laddove il mercato deve avere anche la capacità di innovare. Un mercato è efficiente in senso dinamico quando è in grado di innovare, cioè di aumentare la situazione di benessere degli operatori economici attuali e potenziali[97]. In base alla teoria della efficienza dinamica, la concorrenza agisce in un contesto di incertezza, poiché gli operatori economici hanno solo la conoscenza di un fatto basilare e, sulla base delle conoscenze successivamente pervenute, tendono a sconvolgere il piano iniziale. Si delinea, quindi, la tendenza ad un equilibrio solo relativo, necessariamente limitato ai dati che l'operatore acquisisce nel corso della sua attvità economica, che, inevitabilmente svolge una funzione continua di selezione delle imprese, influenzando la loro capacità di minimizzare i costi e di innovare i prodotti e i processi produttivi.

---

[95] REITER S., voce Efficient allocation, in EATWELL J. – MILGATE M. – NEWMAN P. (edited by), The New Palgrave Dictionary of Economics, London, 1987, vol. II, p. 107 ss.

[96] PARETO V., Manuale di Economia Politica, Padova, 1906, p. 160 ss.

[97] Nel testo, per esigenze espositive e strutturali del lavoro, si è tentato una sintesi elementare di un concetto di grande complessità. I limiti della nozione di efficienza allocativa e l'emersione di una definizione dell'efficienza dinamica costituiscono uno dei temi fondamentali sviluppati da Friedrich Von Hayeck. Qui si rinvia a VON HAYECK F., Conoscenza, mercato, pianificazione – Concetti e problemi dell'economia teorica: equilibrio, capitale, concorrenza e divisione della conoscenza, il Mulino, Bologna, 1988, p. 227 ss.

Infine, la definizione di efficienza distributiva considera i trasferimenti di *surplus* dal produttore al consumatore. In questa prospettiva, il monopolio costituisce un *vulnus* alla efficienza del mercato ancora più grave, in quanto provoca trasferimenti di ricchezza di segno opposto, dai consumatori al monopolista.

Il quadro così sinteticamente individuato è particolarmente complicato: infatti, l'adozione di una delle tre nozioni di efficienza non è neutra, ma è il risultato di una opzione consapevole di teoria economica, che si traduce in scelte di politica economica, cui dovrebbero conseguire norme coerenti di diritto della concorrenza.

A ciò si aggiunge che, nel corso degli anni, emerge, nel linguaggio del legislatore europeo della concorrenza, anche il riferimento al concetto di benessere del consumatore, che risulta sfuggente e di difficile interpretazione. L'espressione può, infatti, essere utilizzata con un'accezione molto ampia, comprendendo non solo un aumento del *surplus* degli utenti finali, ma anche una maggiore libertà di scelta, affinché i consumatori possano scegliere, all'interno di un ampio catalogo di prodotti, quei beni che meglio soddisfino le relative preferenze, computando tra gli elementi rilevanti non solo il prezzo, ma anche la qualità e la varietà.

I responsabili politici dell'Unione europea fanno spesso riferimento sia agli obiettivi del benessere dei consumatori, sia anche all'efficiente allocazione delle risorse[98], ma inevitabilmente da questo uso disinvolto di concetti differenti si determinano problemi interpretativi e compromessi, come ha messo in evidenza una parte della dottrina[99].

---

[98]Ad esempio, Kroes, *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices, Speech at European consumer and competition day*, London, 15 September 2005, disponibile on-line a: http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2005.html.

[99] Per una ricostruzione del dibattito, si veda AMATO G. – DENOZZA F. – SCHWEITZER H. – NICITA A. – STALLIBRASS D., Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?, in Mercato Concorrenza Regole, 2, 2009, p. 581 ss; VAN DEN BERGH R. – GIANNACCARI A., L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza- Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?, in Mercato Concorrenza Regole, 3, 2014 p. 393 ss.

Il problema fondamentale è se il criterio di efficienza, con le sue declinazioni differenti, costituisca un parametro idoneo, e in che termini, al raggiungimento del benessere del consumatore. In altre parole e più estesamente, si pone il problema di comprendere se i *target* della disciplina a tutela dei consumatori e del diritto della concorrenza siano coincidenti.
È un quesito rilevante rispetto alla materia del *private antitrust enforcement*, disciplina bifronte, che, al tempo stesso, mira a garantire i singoli, attribuendo loro un insieme di rimedi civilistici azionabili in caso di illecito anticoncorrenziale, e a potenziare l'efficacia del diritto della concorrenza europea. La tesi qui accolta è quella che individua tutela del consumatore e diritto della concorrenza come discipline complementari, entrambe volte al raggiungimento e alla salvaguardia della struttura competitiva del mercato, sebbene, nel caso del diritto del consumatore, l'interesse generale sia realizzato attraverso il medium rappresentato dalla tutela del contraente debole. Del resto, mentre il diritto del consumatore si è sviluppato nell'ambito del diritto europeo dei contratti, il *private antitrust enforcement* nasce nell'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione europea, con una connotazione che risulta necessariamente più marcatamente regolatoria. La sintesi dialettica si può trovare a patto di chiarire chi sia il consumatore da tutelare, e cioè un operatore economico, la cui posizione di debolezza non permette di operare in modo razionale. Se il fine generale è la tutela del mercato concorrenziale, non c'è alcuno spazio per una tutela paternalistica del consumatore, con la possibilità di esclusione dal mercato di operatori economicamente inefficienti. Infatti, la nozione di economia sociale di mercato, pur ponendosi anche finalità sociali, tende a identificarsi con l'obiettivo della costruzione di un mercato concorrenziale e, nel perseguimento di queste scopi, accoglie una precisa nozione di soggetto debole.
È banale osservare come il soggetto debole per eccellenza nel diritto privato di ispirazione europea sia il consumatore[100], che rappresenta il

[100] Diversa è la figura di soggetto debole nella Costituzione repubblicana e nella legislazione di attuazione del dettato costituzionale, che individuano il soggetto debole utilizzando la nozione,

pilastro a sostegno dell'intera costruzione economica e giuridica europea[101]. L'operazione logica sottostante alla tutela del consumatore, come si è detto, è quella in base alla quale la protezione del consumatore non costituisca un fine in sé, ma risulti strumentale alla realizzazione degli obiettivi dell'efficienza allocativa e del benessere del consumatore, fondamentali per la costruzione e la tutela del mercato concorrenziale[102]. Ora, si può legittimamente dubitare che la dinamica distributiva tipica di un mercato libero e concorrenziale realizzi il principio di coesione sociale[103], e a questo si aggiunge che l'economia concorrenziale non è più dominabile dallo Stato[104], ma il diritto della concorrenza non risulta senza dubbio la sede opportuna in cui l'ordinamento giuridico europeo possa assolvere alla sua funzione redistributiva, con una ulteriore confusione dei fini che nuocerebbe alla coerenza della disciplina[105].

---

sociologica e politica prima ancora che giuridica, di forza lavoro, perché usa come referente logico il criterio costituito dal rapporto proprietario alla base del contratto. In questa prospettiva, emerge il profilo di un diritto privato funzionalmente teso a produrre cambiamenti nel sostrato materiale che è chiamato a disciplinare, nella piena consapevolezza che l'attuazione di diritti sociali dipende dal raggiungimento di un certo livello di sviluppo della società, secondo l'insegnamento di BOBBIO N., L'età dei diritti, Giappichelli editore, Torino, 1990, p. 25 ss. Si veda, in proposito, SALVI C., Capitalismo e diritto civile, il Mulino, Bologna, 2015, p. 182.

101 SALVI C., Capitalismo e diritto civile, il Mulino, Bologna, 2015, p. 184: *La tutela del consumatore fornisce al diritto europeo una ideologia, cioè una rappresentazione del libero mercato come realtà ottimale per tutti.*

102 Cfr. MAUGERI M.R., Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni Sessanta al Fiscal Compact, in Persona e Mercato – Saggi, 2014, p. 96 ss. L'Autrice descrive il passaggio da una solidarietà verticale, a fondamento degli interventi di politica economica dello Stato degli anni Sessanta e Settanta, a una solidarietà orizzontale di tipo occasionale, cui si accompagna il proliferare di interventi allocativi. Questo processo *ha consentito, attraverso la retorica della tutela del consumatore soggetto debole, di mascherare questa progressiva riduzione degli interventi in chiave di reale solidarietà. La tutela del funzionamento del mercato è stata presentata come una forma di attenzione nei confronti dei deboli* (p. 103).

103 PIKETTY T. – SAEZ E., Inequality in the long run, in The science of inequality, 23 maggio 2014, n. 344, ss, consultabile in sciencemag.org, p. 838 ss, dimostrano come in assenza di interventi del potere pubblico i redditi che provengono dalla proprietà crescono naturalmente di più di quelli che provengono dal lavoro, determinando l'aumento proporzionale della disuguaglianza.

104 Nella fine della co-estensione di diritto, politica ed economia IRTI N., Le categorie giuridiche della globalizzazione. Riv. Dir. Civ., 5, 2002, p. 625 ss., coglie l'essenza del momento storico attuale.

105 In maniera differente, BAKER J. B. – SALOP S. C., Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza, in Mercato Concorrenza Regole, 1, 2016, p. 7 ss.

4. Le intese restrittive della concorrenza

L'articolo 101, comma 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea[106], sul cui calco è modellato l'articolo 2 della legge n 287/1990, sancisce l'incompatibilità con il mercato europeo di *tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.* La sanzione, prevista dal comma successivo, per le intese vietate è la nullità di pieno diritto, anche se, ai sensi del terzo comma dell'articolo in esame, possono essere esentate dal divieto se soddisfano alcune condizioni tassativamente previste.

La norma che pone il divieto di intese restrittive della concorrenza si caratterizza per un notevole grado di complessità; pur non potendo, nel prosieguo della trattazione, esaminare in maniera dettagliata tutti gli aspetti della disciplina, è necessario e propedutico svolgere alcune considerazioni di carattere generale, dato che la figura costituisce uno dei fulcri dell'esperienza antitrust.

---

[106] Come già accennato (vedi *supra*, paragrafo 1.2), la prima norma posta a divieto delle intese restrittive della concorrenza è stato l'articolo 65 del Trattato CECA. Le successive riforme dei Trattati hanno modificato contenuto e numerazione delle disposizioni. In particolare, la disciplina delle intese anticoncorrenziali è stata posta prima dall'articolo 85 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (Trattato di Roma, TCEE, firmato il 25 marzo 1957), per poi confluire nell'articolo 81 del Trattato istitutivo della Comunità europea (Trattato di Maastricht, TCE, in vigore dal 1° novembre 1993). Particolarmente interessante è il tema relativo alla continuità dell'ordinamento giuridico comunitario e degli obiettivi che presiedono al suo funzionamento, che si è posto soprattutto in riferimento alla scadenza del Trattato Ceca, che ha provocato una modifica delle basi giuridiche, delle procedure e delle norme applicabili, pur nel contesto di un obbligo generale, in capo alla Comunità europea, prima, e all'Unione europea, poi, di assicurare il rispetto dei diritti e degli obblighi imposti dal Trattato e dalle disposizioni emanate per darvi applicazione. L'esigenza assume maggiore importanza in quanto gli effetti di una condotta anticoncorrenziale possono perdurare ben oltre la scadenza di un Trattato e sotto la vigenza di una nuova versione, come ampiamente sottolineato in Trib. I grado UE, sez. VIII, 9 dicembre 2014, causa T-92/10, caso *Ferriera Valsabbia SpA e Valsabbia Investimenti SpA contro Commissione europea*, Racc. dig. Gen., cui si rinvia anche per un'approfondita ricognizione delle principali pronunce europee in argomento.

4.1. Impresa

La ricostruzione della nozione di impresa risulta funzionale alla delineazione dell'ambito di applicazione della disciplina in esame, in quanto la attraversa trasversalmente.

Nonostante le numerose norme europee volte a disciplinare il fenomeno dell'impresa[107], manca una definizione univoca e la lacuna è sistematicamente necessitata, perché, anche negli ordinamenti nazionali, il concetto giuridico ha contorni incerti e sfumati che discendono dalla difficoltà di inquadrare un fenomeno economico naturalmente elastico e in continuo mutamento[108].

La casistica giurisprudenziale permette, pertanto, di tracciare i profili che definiscono tale fattispecie, a partire dal primo caso in materia, in cui si legge che l'impresa è *un complesso unitario di elementi personali, materiali e immateriali facenti capo a un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di uno scopo economico*[109] fino a una elaborazione più precisa della definizione come *qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*[110]. Alla luce di queste

---

[107] Cfr. TOWNLEY C., Undertakings, in AMATO G. – EHLERMANN H. (edited by), EC competition law: a critical assessment, Hart publishing, Oxford, Portland, 2007, p. 3 ss, per un'analisi completa e approfondita del concetto di impresa ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust europea. In italiano, vedi anche SPADAFORA A., La nozione di impresa nel diritto comunitario, in Giustizia civile, 90, II, p. 283 ss. e VERRUCOLI P. (a cura di), La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario, Giuffrè editore, Milano, 1977.

[108] Com'è noto, l'ordinamento giuridico italiano dà, all'articolo 2082 codice civile, la definizione di imprenditore, come *colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi*. Gli ordinamenti tedesco e francese non danno alcuna definizione di *Handelgesetzbuch* e *enterprise*, mentre estremamente generica risulta la definizione introdotta dal *Fair Trading Act* (1973) all'articolo 73, come *activities or part of the activities of a business.* La questione è stata a lungo studiata dalla dottrina. In particolare, cfr. VERRUCOLI P., La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzioni e prospettive, in VERRUCOLI P. (a cura di), La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario, Milano, 1977, p. 398 ss; CORAPI B. – DE DONNO B., La nozione di impresa nel diritto comunitario, in TIZZANO A. (a cura di), Diritto privato dell'Unione Europea, II, BESSONE M. (diretto da), Trattato di diritto privato, XXVI, Torino, 2000, p. 1491 ss.

[109] Corte di giust., 13 luglio 1962, causa C-19/61, caso *Mannesmann AG contro l'Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio,* Raccolta della giurisprudenza 1962 00675.

[110] Corte di giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, caso *Höfner e Elser vs. Macrotron GmbH*, Raccolta della giurisprudenza 1991 I-01979 , in cui si chiarisce come, ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza europea, la qualifica di impresa si riconosce a qualsiasi entità che esercita

definizioni, emergono i due criteri fondativi del concetto di impresa, e precisamente l'esercizio di un'attività economica e l'indipendenza del soggetto che opera sul mercato[111]. Rifiutata qualsiasi costruzione astratta, l'approccio è eminentemente funzionale, e volto ad impedire che le condotte di un operatore economico possano alterare il funzionamento del mercato. Risulta fondamentale il principio di economicità, e cioè che l'attività venga svolta, anche solo in astratto, secondo logiche di mercato[112], mentre non è attribuito rilievo ad aspetti quali la struttura proprietaria, la natura del soggetto proprietario, l'eventuale scopo di lucro[113].

Ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust, un primo problema riguarda la possibilità di applicare la norma di cui all'articolo 101 TFUE per regolare i rapporti tra l'impresa e i suoi ausiliari. In particolare, innanzitutto, il divieto antitrust non si applica agli accordi e alle decisioni intervenuti tra l'impresa e i soggetti che sono autorizzati ad agire per suo conto, categoria suscettibile di interpretazione ampia e che senza dubbio

---

un'attività economica, prescindendo dallo statuto giuridico e dalle modalità di funzionamento, laddove l'attività sia potenzialmente in grado di ledere alla concorrenza del mercato comune europeo. Per GUIZZI G., Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1993, I, p. 277 ss, la prospettiva funzionale *dà rilievo all'impresa per disciplinare gli effetti che l'esercizio della stessa produce nell'ambito del mercato comune* (p. 280).

111 Si tratta, naturalmente, di una semplificazione, perché il concetto di impresa nel diritto della concorrenza europeo ha subito inevitabilmente delle evoluzioni e degli oscillamenti. Infatti, non mancano sentenze che attribuiscono rilievo al dato soggettivo, e cioè ai soggetti che esercitano l'attività economica (Corte di giust., 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, caso *Consten/Grundig*, Raccolta della giurisprudenza 1966 00559), e documenti in cui, sottolineando i caratteri dell'organizzazione economica unitaria, non occasionale o effimera, si identificano nozione economica e giuridica (Commissione, 18 giugno 1969, Christiani/Nielsen, GUCE 69, L 165)

112 Così FRIGNANI A. – PARDOLESI R., La concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G. A., Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Volume settimo, p. 8 ss.

113 Per una rassegna giurisprudenziale essenziale, cfr. Corte di giust., 30 aprile 1974, causa C-155/73, caso *Sacchi*, Raccolta della giurisprudenza 1974 409; Corte di giust., 23 aprile 1991, caso *Hoefner e Elser/Macrotron*, Raccolta 1991, I, 1979; Corte di giust., 9 settembre 2003, causa C-198/01, caso *Consorzio Industrie Fiammiferi*, in Raccolta della giurisprudenza 2003, I, p. 8055; Corte di Giust., 19 febbraio 2002, C-35/99, caso *Arduino c. Soc. Riunione Adriatica Sicurtà*, in Racc., 2002, I, p. 1529, e in Foro it., 2002, IV, c.187, con nota di BASTIANON S., Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia.

è volta ad includere anche i dipendenti. Nel caso di accordi con ausiliari esterni, bisogna distinguere tra distributori, che sono imprese indipendenti, e gli agenti monomandatari, per i quali bisogna valutare la distribuzione del rischio finanziario e commerciale[114]. In una recente applicazione, la Corte estende ancora le ipotesi di imputabilità all'impresa della condotta anticoncorrenziale di un terzo indipendente, ritenendo che la responsabilità possa sussistere al verificarsi di una serie di condizioni alternative: l'operatore economico agisce in realtà sotto la direzione o il controllo dell'impresa in questione; l'impresa è a conoscenza degli obiettivi anticoncorrenziali perseguiti dai suoi concorrenti e dal prestatore e intende contribuirvi con il proprio comportamento; l'impresa può ragionevolmente prevedere l'operato anticoncorrenziale dei suoi concorrenti e del prestatore e risulta pronta ad accettarne il rischio[115]. Rispetto ai criteri elaborati, si possano avanzare alcune considerazioni. Infatti, sembra che solo nel caso di operatore economico formalmente indipendente, ma in realtà sottoposto a direzione e controllo dell'impresa, si configuri una ipotesi di responsabilità dell'impresa per fatto di terzi, mentre nelle altre ipotesi l'illecito antitrust è compiuto da impresa e operatore economico indipendente. Su un altro piano, si conferma la vocazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea, che sanziona le imprese e non le eventuali persone fisiche che abbiano materialmente posto in essere la condotta illecita: si tratta di una scelta volta a potenziare l'efficacia della disciplina, la cui applicazione non è vincolata ai criteri garantistici propri di altri settori dell'ordinamento[116].

---

[114] Cfr. Trib., 15 settembre 2005, causa T- 325/01, caso *DaimlerChrysler AG*; e vedi anche Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali,* 2010/C 130/01, p. 8 ss.

[115] Corte di giust., sez. IV 21 luglio 2016, causa C-542/14, caso SIA VM Remonts e a. contro Konkurences padome, Racc. dig. Gen., in tema di responsabilità dell'impresa per l'operato di un prestatore di servizi indipendente, commentata da BONACCORSI DI PATTI D., Diritto antitrust e responsabilità dell'impresa per il comportamento di un terzo: i criteri di imputabilità della condotta anticoncorrenziale, in Responsabilità civile e previdenza, 1, 2017, p. 124 ss.

[116] Cfr, in proposito, LIBERTINI M., Autonomia individuale e autonomia di impresa, in GITTI G. – MAUGERI M.R. – NOTARI M., I contratti per l'impresa, Il Mulino, Bologna 2012, p. 48 ss. Contrario GERARDIN D., The Eu Competition Law Fining System: A Reassessment, consultabile in www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582 (working paper October 2011), secondo

Altra questione è quella della possibilità di estendere la disciplina anticoncorrenziale agli accordi, alle decisioni e alle pratiche intervenute tra società che appartengono allo stesso gruppo o a società tra le quali sussiste un rapporto di controllo. In maniera più corretta, il problema riguarda la possibilità di considerare come un unico soggetto imprese che, pur essendo giuridicamente distinte, sono intrinsecamente collegate sotto il profilo economico, in quanto appartenenti allo stesso gruppo. Coerente con l'approccio teleologico prescelto per la nozione di impresa, la Corte ha ritenuto rilevante il principio di unità economica, che consente di considerare il gruppo come una impresa ogni volta in cui i membri risultano privi di un effettivo centro decisionale autonomo[117].

Un ultimo aspetto connesso alla nozione di impresa, atto a delimitare l'ambito di applicazione della disciplina antitrust, riguarda la successione di impresa, cioè l'imputabilità di una condotta anticoncorrenziale ad una impresa che abbia, successivamente, modificato ragione sociale, forma legale o che sia stata ceduta o incorporata. Indipendentemente dal diritto commerciale nazionale[118], la Corte ha ritenuto, ancora una volta, scriminante l'aspetto funzionale: una variazione nella forma legale non libera l'impresa dagli obblighi sorti dal comportamento anticompetitivo

---

il quale l'esclusivo focus sulle imprese minerebbe alla efficacia del diritto della concorrenza dell'Unione.

[117] La questione, incidentalmente affrontata, rappresenta in realtà uno dei problemi più discussi del diritto antitrust, per cui si veda DENOZZA F., La disciplina delle intese nei gruppi, Giuffrè editore, Milano, 1984. Un orientamento, che ha radici nella tradizione antitrust americana (341 U.S. 593, 4 june 1951, *Timken Roller Bearing Co/U.S.*), sostiene la tesi della irrilevenza della proprietà comune: infatti, la possibilità di svolgere l'attività economica attraverso enti giuridicamente distinti ha come contropartita la possibilità di vagliare alla luce dei divieti antitrust anche le intese intervenute tra società dello stesso gruppo (*intra-enterprise conspiracy doctrine*). La Corte di Giustizia non applica l'articolo 101 TFUE a contratti e accordi tra imprese che non siano dotate di effettivo potere decisionale autonomo, sposando la tesi della unità economica: Corte di Giust., 25 novembre 1971, causa C-22/71, caso *Béguelin Import/GL Import Export Sa*, Raccolta della giurisprudenza 1971 00949. Specularmente, si applica il principio di autonomia per individuare la direzione di gruppo, qualora sia imputabile ad un gruppo di impresa una condotta anticoncorrenziale: cfr. Trib. di primo grado, IV sezione, 20 marzo 2002, causa T-31/99, caso *ABB Asea Brown Boveri Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2002 II-01881.

[118] Commissione, 21 dicembre 1989, PVC, GUCE 89, L 74.

del predecessore, qualora i due soggetti rimangano identici sotto l'aspetto economico.

4.2. Il mercato

Ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust, la definizione di mercato rilevante consente di individuare sistematicamente le pressioni concorrenziali che subiscono le imprese interessate, tenendo conto tanto della sua dimensione geografica (confine territoriale) quanto di quella relativa al prodotto (confine merceologico). La corretta individuazione del mercato serve a individuare la quota di mercato delle imprese che pongono in essere l'intesa, elemento di massima rilevanza ai fini della applicazione della norma di cui all'articolo 101 TFUE.

In particolare, per la Commissione, la nozione di mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati[119]. Si tratta, pertanto, di un parametro di natura soggettiva, fondato sulle preferenze e le attitudini del consumatore, che, in virtù dei tre criteri, presenti cumulativamente, deve avvertire i prodotti come sostituibili, e quindi appartenenti allo stesso mercato. In altre parole, è richiesto, dal punto di vista della domanda, un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti che fanno parte di

[119] Commissione, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, 97/C 372/03, paragrafo 8.

uno stesso mercato[120], tenendo conto delle caratteristiche proprie dei prodotti[121], del prezzo[122], dell'uso[123] e delle preferenze dei consumatori[124]. Il confine territoriale della nozione di mercato delimita *l'area nella quale le imprese in causa forniscono od acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono*

[120] Così Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, caso *Hofmann-la roche et co*, Raccolta della giurisprudenza 1979 00461. Similmente, Corte di Giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, caso *Michelin*, Raccolta della giurisprudenza 1983 03461, che definisce il mercato del prodotto come l'insieme dei prodotti che in funzione delle loro caratteristiche sono particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e sono poco intercambiabili con altri prodotti.

[121] Le proprietà fisiche dei prodotti non sono necessariamente l'elemento scriminante. Ad esempio, in Corte di Giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, caso *Michelin*, Raccolta della giurisprudenza 1979 00461, si distinguono il mercato dei pneumatici nuovi di primo equipaggiamento da quello dei pneumatici nuovi di prima sostituzione. Similmente, Tribunale, IV sez., 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, caso *Napier-Brown*, Raccolta della giurisprudenza 2001 II-02035 che distingue tra mercato dello zucchero industriale da quello dello zucchero al dettaglio.

[122] Ad esempio, nel caso *Tetra Pak*, il prezzo di un componente – e precisamente il prezzo del confezionamento del latte – contribuisce in misura minima a determinare il prezzo complessivo del prodotto, sicché *piccole ma significative variazioni del prezzo relativo alle varie confezioni non sarebbero sufficienti per provocare slittamenti fra i vari tipi di latte ai quali essi sono associate, in quanto i vari tipi di latte non sono perfettamente intercambiabili* (cfr. Commissione, decisione Tetra Pak I, punto 32, in fine e Trib., 6 ottobre 1994, causa T-83/91, caso Tetra Pak, Raccolta della giurisprudenza 1994 II-00755, p. 796).

[123] In proposito, Commissione e Corte hanno spesso distinto, con argomentazioni varie, tra mercato primario, rappresentato dal prodotto complesso e duraturo, e mercato secondario, e cioè i pezzi di ricambio. Particolarmente difficile risulta utilizzare questo criterio in controversie che investono il settore farmaceutico. Ad esempio, nel noto caso Vitamine, si distinguono i mercati delle vitamine C ed E, nonostante siano commercializzati per scopi bio-nutritivi e antiossidanti, perché comunque gli acquirenti non sono identici (Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, caso *Hofmann-la roche et co,* Raccolta della giurisprudenza 1979 00461). Altro esempio è il caso Astra Zeneca, in cui si discute se possano appartenere allo stesso mercato un prodotto molto efficace, ma con diffusi effetti collaterali, e prodotti meno potenti, ma più facilmente tollerabili (Corte di giust., 29 luglio 2010, causa C-40/09, caso *Astra Zeneca,* Raccolta della giurisprudenza 2010 I-07505).

[124] È forse il criterio più sfuggente e di complicata applicazione. Innanzitutto, non si valuta la razionalità della scelta dei consumatori, ma si tiene conto solo del numero dei consumatori che considerano sostituibili i due prodotti. Inoltre, i consumatori possono essere divisi per gruppi e prodotti diversi possono soddisfare domande diverse, l'una più elastica, l'altra meno. Specularmente, prodotti simili, che si differenziano per qualità e prezzo, ma venduti alla stessa classe di consumatori, che li percepisce come fungibili, sono sottomercati che compongono un unico mercato di riferimento, come avviene in Comm., 29 aprile 1994, Stiching Baksteen, GUCE 94, l 131. Si veda anche Comunicazione della Commissione del mercato rilevante, par. 43.

sensibilmente diverse[125]. Secondo i parametri definiti dalla Commissione, il mercato geografico di riferimento è *una zona nella quale le condizioni oggettive di concorrenza del prodotto devono essere considerate simili per tutti gli operatori economici*[126], laddove però la struttura della domanda[127], la natura del prodotto[128], gli ostacoli tariffari o paratariffari e i costi di trasporto[129] possono dividere i mercati. Ciò che rileva è, dunque, la possibilità per il consumatore di procurarsi i prodotti presso operatori economici che si trovano in un luogo diverso del territorio.

Preme sottolineare, in conclusione, un ultimo aspetto. Il processo logico ricostruttivo del mercato rilevante dovrebbe essere un passaggio preliminare rispetto alla valutazione del comportamento abusivo. Tuttavia, la Comunicazione della Commissione finisce per indicare la possibilità di un iter inverso, che è seguito poi dalla prassi giurisprudenziale, nel senso che la delimitazione del mercato rilevante risulta funzionalmente connesso al grado di restrizione delle condotta. Infatti, dopo aver individuato come solo residuale l'analisi della concorrenza potenziale, la Commissione afferma che *questi metodi possono comunque portare a risultati diversi secondo la natura del caso in esame*: di fatto, le autorità antitrust, chiamate a giudicare dell'abusività di una intesa, non distinguono il momento della ricostruzione del mercato rilevante da quello della valutazione della restrizione della concorrenza, ma adottano un approccio dinamico, tenendo conto anche delle possibili future interazioni tra i mercati e i loro operatori[130]. In proposito, la giurisprudenza italiana

---

[125] Comunicazione, par. 8.

[126] Comunicazione, par. 44

[127] Comm., 6 ottobre 1994, Pasteur méRIEUX/Merck, ivi 94, L 309.

[128] Corte di giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40/48, 50, 54/56, 111, 113, 114/73, caso *Cooperatieve vereniging suiker unie u.a.,* Raccolta della giurisprudenza 1975 01663.

[129] Corte di giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, caso *United Brands,* Raccolta 1978 00207.

[130] Comm., 30 aprile 1991, Scottish Nuclear. Accordo sull'energia nucleare, GUCE 91, L 178. Più di recente, Corte di Giust., sez. III, 19 aprile 2012, causa C-549/10, caso *Tomra Systems*, Raccolta digitale generale; Corte di giust., sez. II, 8 dicembre 2011, causa C-386/10, caso *Chalkor*, Raccolta della giurisprudenza 2011 I-13085.

Rispetto a tale prassi applicativa, le opinioni della dottrina sono differenti. Vi è chi suggerisce che l'analisi dinamica della nozione di mercato fondamentale risulti l'unica via possibile nel caso

ritiene che, nel caso di intese anticoncorrenziali, la definizione di mercato rilevante, essendo connessa al contesto in cui si svolge il comportamento collusivo tra le imprese, non costituisca un presupposto dell'illecito, ma un momento successivo all'individuazione dell'intesa, la cui ampiezza e il cui oggetto definiscono il mercato. Sembra, però, che questo approccio, andando ben oltre l'opportunità di una ricognizione dinamica di mercato rilevante, giunga a confondere un criterio in ogni caso funzionale a stabilire l'*an* dell'illecito, con l'individuazione degli effetti e delle conseguenze dell'intesa[131].

4.3. Nozione di intesa

L'articolo 101 TFUE individua, come *species* del più vasto *genus* di intesa, le ipotesi di accordo, decisione e pratica concordata. Pur avendo scarsa rilevanza pratica la differenza tra le tre fattispecie, visto che la disciplina applicabile è identica, sul piano descrittivo è utile procedere a ricognizioni separate, che meglio consentono di cogliere sistematicamente tutti i comportamenti rilevanti ai fini della applicazione della norma in esame.

---

in cui si tratti di valutare la compatibilità di una intesa rispetto all'obiettivo politico della integrazione del mercato (per un'analisi della evoluzione degli obiettivi del diritto della concorrenza dell'Unione europea, vedi infra): in tal senso, GHEZZI F., Articolo 85. Sezione I., in MARCHETTI - UBERTAZZI, Il diritto antitrust. Estratto da Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, Padova, 1999, p. 25 ss. Altri Autori ritengono necessariamente arbitraria l'operazione di ricostruzione del mercato di riferimento: MARKOVITS S., On the arbitrariness of market definition, in Antitrust Bulletin, 2002, p. 571 ss; OSTI C., Nuovi obblighi a contrarre, Giappichelli, Torino, 2004, p. 233 ss. Infine, una parte della dottrina propone di mantenere l'approccio dinamico, ma di riferirlo non al prodotto, ma all'azione imprenditoriale. In questo senso, LIBERTINI M., Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva, in Rivista di diritto commerciale, 2003, p. 563 ss. Per una ricostruzione del dibattito, si veda SABBATINI P. L., Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante, in Mercato concorrenza regole, 2012, p. 495 ss e LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 88 ss.

131 Si veda, tra i casi più recenti, Consiglio di Stato, sez. IV, 21 giugno 2017, n. 3016; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 2014, n. 5423; Consiglio di Stato, sezione VI, 4 settembre 2014, n. 4506; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 giugno 2014, n. 3168; Consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 2011, n. 2925. Conforme, ma con argomentazioni parzialmente differente è Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837, per cui *la definizione dell'ambito merceologico,operativo e territoriale in cui si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito anticoncorrenziale risulta funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito*.

4.4. Accordo

Le norme dell'ordinamento comunitario non danno una definizione di accordo, che può essere ricostruita attraverso la significativa casistica giurisprudenziale intervenuta in materia.

Comunemente[132], per accordo si intende il concorso di volontà tra almeno due imprese economicamente indipendenti, che esprimono l'intenzione di conformare il loro comportamento sul mercato ad una condotta comune, attuando così una comune politica e perseguendo un comune obiettivo. L'accordo realizza una convergenza programmatica, elemento cardine della fattispecie, che, pur comprendendo quella di contratto[133], non coincide con questa, ben potendo avere forma, contenuto ed efficacia giuridica differenti. Infatti, giurisprudenza costante ritiene che sia indifferente, ai fini della configurazione di un accordo anticoncorrenziale, la forma prescelta dalle parti, scritta o orale[134], sicché anche un *gentlemen's*

---

[132] Cfr. CAPOBIANCO A., Agreements – Concerted Pratices (Horizontal Sides), in AMATO G. – EHLERMANN H. (edited by), EC COMPETITION LAW: A CRITICAL ASSESSMENT, Hart publishing, Oxford, Portland, 2007, p. 37 ss; FRIGNANI A. – PARDOLESI R. (a cura di), La concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G.A., Trattato di diritto dell'Unione europea, Giappichelli editore, Torino, 2006, p. 35 ss; GHEZZI F., Art. 84, Sezione I, in MARCHETTI – UBERTAZZI, Il diritto antitrust. Estratto dal Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, Padova, 1999, p. 16 ss.

[133] Corte di Giust., 11 gennaio 1990, causa C-277/87, caso *Sandoz,* Raccolta 1990 I-00045, per cui vedi anche *infra*, nota 86; per la valutazione della nozione di accordo, con peculiare riferimento alla distinizione tra accordo e pratica concordata, si veda Corte di Giust., 8 luglio 1999, causa C-51/92, caso *Hercules Chemicals NV v. Commissione*, Raccolta 1999 I-04235.

In proposito, emblematica è la vicenda sanzionata da Garante concorr. e mercato, 17 maggio 2007, n. 16835, in cui inizialmente un accordo, non formalizzato, tra sei principali gruppi imprenditoriali dà vita ad una concertazione diretta a una artificiale conservazione di equilibrio del mercato preesistente, realizzato attraverso incontri periodici volti al contingentamento della produzione, con imposizione di fermi di produzione, ripartizione della clientela, coordinamento delle politiche di prezzo, politiche di approvvigionamento e scambio di informazioni; questi comportamenti, già di per sé vietati, conducono poi ala sottoscrizione di un vero e proprio contratto illecito, finalizzato a rendere più stabile la collusione.

[134] Ad esempio, Corte di Giust., 20 giugno 1978, causa C-28/77, caso *Tepea BV contro Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza 1978 01391, ha ricostruito un accordo verbale tra le due imprese sulla base di una serie di comportamenti concludenti.

agreement rappresenta un accordo ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 TFUE[135].

Inoltre, l'accordo, pur presupponendo un incontro di volontà, e avendo quindi necessariamente struttura almeno bilaterale, può desumersi da comportamenti apparentemente unilaterali, laddove questi costituiscano indice di un comune comportamento collusivo, attivo o omissivo sul mercato[136].

La creazione di vincoli di natura economica, quali l'acquisto o lo scambio di partecipazioni di minoranza[137] oppure la costituzione o l'acquisto di imprese comuni[138], può realizzare il coordinamento del comportamento tra imprese altrimenti economicamente indipendenti.

Si è parlato di incontro di volontà: tuttavia, bisogna chiarire come non sia rilevante, ai fini di configurare un accordo, l'intrinseco convincimento e la reale volontarietà dell'impresa – soggetto, del resto, sicuramente non dotato di una volontà propria – di attenersi al comportamento coordinato, com'è evidente da una serie nutrita di decisioni e casi giurisprudenziali. Infatti, l'eventuale stato di soggezione di una impresa, che si è adeguata al

---

[135] In Corte di Giust., 29 ottobre 1980, cause riunite C-209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 218/78, caso *Heintz van Landewyck,* Raccolta della giurisprudenza 1980 03125, si legge che, nonostante la denominazione, i gentlemen's agreements prevedono espressamente *obblighi vincolanti per le parti relativamente al loro comportamento sul mercato, obblighi che le parti possono essere costrette ad osservare mediante ricorso alla procedura arbitrale in caso di mancata osservanza*. Cfr, tra gli altri, anche Tribunale, 11 marzo 1999, T-191/94, cause riunite T-189/94, T-190/94, T-191/94, caso *Tellier*, in Racc. 1999, II, p. 347 ss.

[136] Si è parlato, in proposito, di spiritualizzazione dell'accordo. In particolare, in modo emblematico, nel caso *Sandoz,* la bilateralità del consenso è dedotta da una clausola contrattuale, tacitamente accettata, recante il divieto di esportazioni, da cui si deduce che gli utilizzatori avessero continuato a inviare ordini al produttore senza sollevare controversie, allo scopo collusivo di eliminare altri distributori dalla rete commerciale (Corte di Giust., 11 gennaio 1990, causa C-277/87, *Sandoz,* Raccolta della giurisprudenza 1990 I-00045). Per un'applicazione più recente, anche in tema di condotta passiva e accordi, si veda Corte di Giust., sez. II, 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, Racc. digitale generale, punto 31: *le modalità passive di partecipazione all'infrazione, quale la presenza di un'impresa a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale senza esservisi manifestamente opposta, rappresentano una complicità idonea a far sorgere la sua responsabilità nell'ambito dell'articolo 101.*

[137] Corte di Giust., 17 novembre 1987, causa C-142/84, caso *Bat e Reynolds*, Raccolta della giurisprudenza 1987 04487; Commissione, 10 novembre 1992, caso Gilette e altri.

[138] Commissione, 21 dicembre 1992, caso Fiat/Hitachi; Commissione, 1 settembre 1990, caso GEC- Siemens/Plessey;

comportamento anticoncorrenziale per timore di rappresaglie, generalmente non è rilevante[139].

Similmente, e sempre in tema di volontarietà, non ha importanza che l'accordo fosse conosciuto, accettato o eventualmente promosso da un'autorità degli Stati membri[140], salvo che la normativa nazionale imponga l'intesa anticoncorrenziale o crei un contesto giuridico che di per sé elimini ogni possibilità di comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese[141].

Infine, l'articolo 101 TFUE si applica anche agli accordi non più in vigore, qualora continuino a produrre i loro effetti, dopo che sono stati formalmente sciolti o sospesi[142].

4.5. Decisioni di associazioni di imprese

L'espressione decisioni di associazioni di imprese va scomposta nei suoi sintagmi al fine di comprendere la fattispecie sottesa. Si tratta, innanzitutto, di illustrare quali siano gli elementi costitutivi di un'associazione di imprese. Secondo la giurisprudenza europea[143], ferma la qualifica di imprese dei membri, non è necessario che le associazioni esercitino un'attività economica propria, sfuggendo all'applicazione della norma in esame – in quanto, più in generale, sottratte alle regole della

[139] Tribunale 10 marzo 1992, causa T-9/89, caso *Hüls v. Commissione*, punto 128, Raccolta della giurisprudenza 1992 II-00499; Tribunale, 6 aprile 1995, causa T-141/89, caso *Tréfileurope Sales SARL v. Commissione,* paragrafo 58; Raccolta della giurisprudenza 1995 II-00791.

[140] Corte di Giust., 12 luglio 1979, cause riunite 32, 36, 82/78, caso *BMW Belgium v. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza 1979 02435.

[141] Si fa l'ipotesi di cartelli di creazione pubblica, nel caso in cui l'intesa si iscrive nell'ambito di una normativa nazionale che impone un comportamento anticoncorrenziale e collocando il mercato nazionale al di fuori delle condizioni di concorrenza. È quanto accertato in Corte di Giust., 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 e C-379/95, caso *Ladbroke Racing,* Raccolta della giurisprudenza 1997 I-06265.

[142] Corte di Giust., 8 luglio 1999, causa C-51/92, caso *Hercules Chemicals NV v. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-04235.

[143] Cfr, ex multis, Corte di Giust., 19 febbraio 2002, causa C-309/99, caso *Wouters*, Raccolta della giurisprudenza 2002 I-01577.

concorrenza[144] – solo gli enti che, per natura, per le norme cui sono soggette e per l'oggetto, svolgano una funzione sociale, espressione dal principio di solidarietà, o pubblici poteri. Le associazioni sono, dunque, strutture comuni, dotate, nei confronti delle imprese aderenti, di poteri di vigilanza e di tutela delle ragioni economiche, tali da influenzare le condotte sul mercato.

La figura dell'associazione sfugge, inoltre, a una particolare qualifica formale e prescinde dalla natura giuridica riconosciuta nei vari ordinamenti nazionali: a titolo meramente esemplificativo, può ricordarsi che, di recente, la Commissione ha ricompreso entro la categoria in esame tanto una organizzazione internazionale di pagamento[145] quanto un ordine professionale[146].

Similmente scevra di particolari requisiti formali risulta il concetto di decisione, comprendendo qualsiasi modalità di espressione della volontà collettiva delle imprese partecipanti alla struttura comune, qualora in grado di imporre ai membri una condotta nel mercato. Vi rientrano, quindi, anche eventuali raccomandazioni non vincolanti e più in generale qualsiasi atto che rifletta il desiderio di coordinare il comportamento sul mercato delle imprese, se dalla sottomissione ad essi derivino effetti significativi sulla concorrenza.

---

144 Tuttavia, negli ultimi anni si registra un superamento della teoria del doppio binario, che oppone la dimensione intrinsecamente privatistica della disciplina concorrenziale all'ambito di applicazione della libera circolazione delle merci, per cui vedi *infra*.

145 Il riferimento è a Comm. decisione C(2007) 6474, 19 dicembre 2007, con cui la Commissione ha sanzionato la fissazione delle commissioni interbancarie multilaterali del sistema di pagamento gestito dall'organizzazione internazionale di pagamento MasterCard che si applicano principalmente a pagamenti mediante carta bancaria transfrontaliera all'interno dello Spazio economico europeo (SEE) o della zona euro in modo standard, in quanto decisione di associazione di imprese che comporta una restrizione della concorrenza tra banche partecipanti. Sul caso, si sono espressi anche Tribunale di I grado (Trib. I grado, sez. VII, 24 maggio 2012, causa T-111/08, caso *MasterCard e a. v. Commissione,* Racc. dig. Gen.) e Corte di Giustizia (Corte di Giust., III sez., 11 settembre 2014, causa C-382/12, caso *MasterCard e a. v. Commissione*, in Racc. gen. dig.), che respingono le impugnazioni.

146 Dec., C(2010), 8 dicembre 2010, 8952 definitivo, poi impugnata, per cui si veda anche Trib. I grado, sez. IX, 10 dicembre 2014, causa T-90/11, caso *ONP e altri v. Commissione,* Racc. dig. Gen. Vedi anche Corte di Giust., IV sez., 18 luglio 2013, causa C-136/12, caso *Consiglio Nazionale dei geologi v. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Racc. gen. dig.

4.6. Pratiche concordate

La figura della pratica concordata, espressamente prevista dall'articolo 101.1 TFUE, è volta a ricomprendere tutte le forme di concertazione tra imprese, e, quindi, tutte le ipotesi di comportamenti coordinati di imprese, indipendentemente dalla possibilità di individuare un accordo, che risultino incompatibili con l'assetto concorrenziale[147]. L'estrema difficoltà di individuare i contorni della fattispecie rende necessario ripercorrere lo sforzo di sintesi ricostruttiva svolto dal giudice europeo, che ha cercato di individuare gli elementi costitutivi della figura, escludendo una mera formulazione residuale.

Com'è stato efficacemente ossevato[148], il *discrimen* fondamentale è rappresentato dal rispetto del principio di autonomia, per cui se è del tutto razionale improntare la propria condotta sul mercato in base al comportamento attuato o desunto dai contraenti, sono illecite le condotte che influenzano decisioni che dovrebbero rimanere indipendenti, in modo da sostituire all'incertezza del quadro decisionale indicazioni su come reagiranno i rivali. Si ha, anche in questa ipotesi, una convergenza di volontà, che si realizza quando il contatto diretto o indiretto tra gli operatori economici indipendenti risulta volto a informare il concorrente del comportamento che l'impresa ha deciso di tenere sul mercato, in modo da falsare le condizioni di concorrenza attraverso la reciprocità dei comportamenti[149].

---

[147] È la formulazione elaborata in Corte di Giust., 14 luglio 1972, causa C-48/69, caso *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, *leading case* in materia. Particolare rilevanza, visto anche la ricchezza e l'accuratezza delle argomentazione, ha Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, cause riunite C-40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113, 114/73, caso *Suiker Unie e altri v. Commissione,* Raccolta della giurisprudenza 1975 01663.

[148] Corte di Giust., VI sezione, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione/Anic Partecipazioni*, Racc. I-4125, punto 203.

[149] In Trib. di I grado, IV sez. ampliata, 15 marzo 2000, cause riunite T- 2 T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Raccolta della giurisprudenza 2000 II-00491, punto 1849 si legge: *A tal riguardo occorre rilevare che la nozione di pratica concordata presuppone effettivamente l'esistenza di contatti contraddistinti dalla*

È stato sottolineato che la pratica concertata costituisca l'accordo nella sua fase attuativa, pur non risolvendosi in esso[150]: appare del resto evidente la labilità del confine tra le due nozioni, che in ogni caso rientrano nel concetto di intesa, tanto che la prassi applicativa spesso riferisce di elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di una unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di accordo, in parte a quello di pratica concordata[151].

Il vero nodo problematico è costituito dalla necessità di distinguere tra parallelismo di comportamenti determinato dalla struttura del mercato e comportamento collusivo. Infatti, in un mercato connotato da assetto oligopolistico, costituisce espressione di razionalità dell'operatore economico quello di mantenere un allineamento dei prezzi, in virtù di una interdipendenza riconosciuta, dato che un eventuale comportamento aggressivo da parte di un concorrente determina una reazione degli altri, scatenando un processo circolare nel quale nessuno vince, ma tutti vedono ridursi gli utili. Al fine di valutare se un comportamento parallelo abbia una vocazione collusiva, l'autorità antitrust ricostruisce il mercato di riferimento, valutandone la struttura oligopolistica, poi analizza il comportamento delle imprese alla ricerca di eventuali *plus factors*, cioè fattori aggiuntivi (ad esempio, lo scambio di informazioni) che inducono a ritenere che la condotta dalle imprese miri a eliminare in radice ogni incertezza sulla reazione degli altri operatori economici e, perciò, l'alea derivante dal gioco concorrenziale. Secondo una prassi giurisprudenziale,

---

reciprocità (conclusioni dell'avvocato generale Darmon nella causa Pasta di legno II, citate nel precedente punto 697, paragrafi 170-175). Tale requisito è soddisfatto quando la divulgazione, effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quanto meno, accettata dal secondo.

150 FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. –UBERTAZZI L.G. (a cura di), Diritto antitrust italiano, Zanichelli, Bologna, 1993, p. 169.

151Si descrive *una infrazione multiforme alle regole della concorrenza attraverso comportamenti ad essa specifici, rientranti nelle nozioni di accordo o pratica concordata a scopo anticoncorrenziale* in Trib. I grado, IV sezione, 20 marzo 2002, causa T-28/99, caso *Sigma Tecnologie di rivestimento Srl contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2002 II-01845, par. 40.

Da ultimo, si veda Cons. st., sezione VI, 1 giugno 2016, n. 2328, che ha parlato di dati singoli da considerare quali tasselli di un mosaico, parte di un disegno unitario qualificabile come intesa.

il parallelismo dei comportamenti, che importa anche una simultaneità delle condotte, per essere sanzionata deve avere come unica spiegazione una concertazione, mentre è lecito quando, mancando un complesso di indizi seri, precisi e concordanti[152], rappresenta una risposta razionale, giustificata dalle tendenze oligopolistiche del mercato[153].

4.7. Restrizione della concorrenza

L'articolo 101.1 TFUE individua l'attitudine dell'intesa a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri quale criterio giurisdizionale volto a definire l'ambito di applicazione del divieto.

L'interpretazione di questo requisito da parte delle autorità antitrust cambia al variare della nozione di mercato unico europeo, ad esso inevitabilmente sottesa.

Agli albori del processo di integrazione europea, quando ancora appare lontana la creazione di un mercato unico, il mercato comunitario non può che essere concepito come una somma di mercati nazionali. Specularmente, il riferimento al pregiudizio al commercio intracomunitario è stato utilizzato come parametro qualitativo di natura sostanziale, in modo da orientare la disciplina europea della concorrenza ai fini dell'integrazione del mercato, obiettivo principale dell'originaria

[152] Si pone, quindi, un problema di onere della prova, per cui si rinvia a BITETTO A. L., Razionalità oligopolistica o intesa restrittiva: a chi il fardello della prova? (nota a Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1006), in Foro it., fasc. 1, 2009, p. 23 ss

[153] Particolarmente interessante è Corte di Giust., V sezione, 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, caso *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee*, Raccolta della giurisprudenza 1993 I-01307. Nella fattispecie sottostante, che riguarda il mercato della pasta, secondo la decisione della Commissione, la concertazione sarebbe stata attuata attraverso un sistema di annunci trimestrali di prezzo fatta agli utilizzatori, che, pur non essendo, in quanto tale, una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE, costituisce comunque un indice di una intesa. Tuttavia, la periodicità cadenzata di tali comportamenti, la simultaneità degli annunci e il parallelismo dei prezzi non hanno, secondo la Corte, come unica spiegazione una concertazione, ma possono costituire anche una risposta razionale in un mercato a lungo termine, risultando giustificato, in questo modo, dalle tendenze oligopolistiche del mercato e da una serie di circostanze verificatesi in certi periodi e mancando un complesso di indizi seri, precisi e concordanti.

politica della concorrenza dell'Unione europea[154]. Infatti, secondo la prima evoluzione giurisprudenziale, una intesa tra imprese, per poter pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve apparire, con sufficiente grado di probabilità, in base a un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, atta ad incidere[155] direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati[156]. In quest'ottica, le pratiche restrittive che si estendano a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per natura, l'effetto di provocare una compartimentazione dei mercati internazionali, producendo un gravissimo *vulnus* alla realizzazione di un mercato unico[157].

In tempi più recenti, è cambiato il modo di concepire il mercato europeo, divenuto, come sottolinea la stessa terminologia[158], mercato unico, da valutare nella sua globalità. Per questo motivo, la previsione ha, nella interpretazione corrente, un contenuto normativo diverso da quello orginariamente attribuito, con il passaggio da criterio qualitativo a criterio

---

154 Vedi *infra*, paragrafo 2.

155 Il termine incidere non è usato casualmente. Infatti, le versioni italiana e olandese (*Ongusting beivloeden,* cioè influenzare sfavorevolmente) della norma impongono un'accezione negativa, più neutro è il testo francese, che utilizza l'espressione *affecter*, influire. Sembra da preferire questa seconda opzione ermeneutica, laddove il pregiudizio sussista ogni volta che l'intesa incida sugli scambi e non solo quando determini una contrazione di questi. È necessario che il commercio tra gli Stati si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe realizzato in sua assenza. La soluzione interpretativa prospettata è, infatti, sistematicamente più coerente con il principio di concorrenzialità, che la norma è destinata a realizzare.

156 Corte di Giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, caso *Cementhandelaren*, Racc. 1972 977; Corte di Giust., 11 luglio 1985, causa 42/84, caso *Remia v. Commissione*, Racc. 1985 02545, punto 22; Corte di Giust., 15 dicembre 1994, causa C-250/92, caso *Gøttrup-Klim e a. Grovvareforeninger / Dansk Landbrugs Grovvareselskab,* Racc. 1994 I-05641.

157 Vedi, tra le altre, Corte di Giust., sez. V, 10 dicembre 1985, cause riunite C-240-242, 261, 262, 268 e 269/82., caso *Stichting Sigarettenindustrie v. Commissione*, Racc. 1985 03831.

158 Vedi Trattato sull'Unione europea, versione di Maastricht, Gazzetta ufficiale n. C 191 del 29 luglio 1992, Articolo G, che sostituisce l'art 3 del Trattato CEE, utilizzando l'espressione *mercato interno* al posto della precedente dizione di *mercato comune*.

meramente quantitativo, attraverso l'emersione del principio dell'incidenza sensibile[159].

A corollario del parametro in esame, la Commissione elabora la regola *de minimis*, che, nella sua formulazione attuale[160], esclude dall'ambito di applicazione del divieto le intese le cui parti detengano una quota di mercato aggregata non superiore al 10% su tutti i mercati interessati all'accordo, se si tratta di intese orizzontali, o al 15%, nel caso di intese verticali[161]. La Comunicazione prevede che il *safe harbour* non si applichi alle intese che abbiano *per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno* o che contengano *restrizioni fondamentali o elencate come tali in regolamenti di esenzione per categoria attuali o futuri della Commissione*, in quanto tali *hardcore restrictions* generalmente costituiscono delle *restrizioni per oggetto*[162].

---

[159] Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio fra gli Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (G.U.C.E. n. C 101 del 27 aprile 2004), n. 44 ss.

[160] Cfr. Commissione – Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»), 2014/C 291/01. All'elaborazione della Comunicazione, che ha sostituito la Comunicazione 2001/C 368/07, ha contribuito la consultazione pubblica indetta e l'evoluzione della giurisprudenza della Corte, in particolare Corte di Giust., sez. II, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, caso *Expedia,* Raccolta digitale generale.

[161] Tuttavia, l'orientamento espresso dalla Commi!ssione ha solo carattere presuntivo, non impedendo alle autorità antitrust di ravvisare ragioni di incompatibilità con il mercato interno per le intese sottosoglia. Per le argomenazioni, si rinvia ancora a Corte di Giust., sez. II, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, caso *Expedia*, Raccolta digitale generale. Specularmente, si possono valutare irrilevanti anche intese che superino la soglia fissata, qualora abbiano un significativo scarso impatto sul mercato, con estensione analogica. Ciò porta ad un'applicazione analogica di una norma in materia di posizioni dominanti, secondo la quale si avrà l'abuso se la condotta riguardi una fetta di mercato sostanziale.

[162] Sul punto, la *De Minimis Notice* 2014 modifica la norma di cui alla Comunicazione 2001/C 368/07, che, invece, predisponeva un elenco di intese considerate più gravi per il loro contenuto, in quanto aventi per oggetto o per effetto la fissazione di prezzi o la ripartizione rigida di mercati o di fonti di approvvigionamento. LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 135, nota 72, commentando la *Draft Notice 2013*, pubblicata in G.U.C.E., n. 368 del 22 dicembre 2001, definisce *privo di senso* attribuire una presunzione assoluta di gravità a qualsiasi intesa che abbia un oggetto restrittivo della concorrenza.

Altro requisito funzionale[163] perché si applichi il divieto è che *le intese abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.*

Come si è analizzato, il diritto della concorrenza europeo attribuisce al concetto di intesa un significato autonomo, che risulta così, anche nell'ordinamento italiano, svincolato dai tradizionali schemi civili: allo stesso modo, le due condizioni non coincidono con le nozioni di *oggetto* e *effetto* elaborate nella disciplina generale del contratto[164]. Si è detto, inoltre, che la distinzione scriminante, ai fini della individuazione dell'intesa vietata, passi attraverso la possibilità di configurare o meno un comportamento collusivo: proprio attraverso i due criteri di oggetto e effetto viene condotto tale giudizio. Infatti, le due nozioni si riferiscono alla concreta portata dell'operazione economica, laddove l'oggetto indica la potenziale attitudine dell'intesa, per sua stessa natura, a falsare i meccanismi concorrenziali, mentre l'effetto indica la distorsione concretamente attuata[165]. I requisiti sono, nella comune accezione, alternativi, per cui, al fine dell'applicazione del divieto[166], è inutile

[163] A questo proposito, la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma che i due requisiti del pregiudizio al mercato interno e della restrizione della concorrenza vadano tenuti distinti e, pertanto, dimostrati con argomentazioni differenti. In proposito, interessanti sono le considerazioni di Corte di giust., sez. III, 23 aprile 2009, causa C-425/07, caso *AEPI*, Raccolta della giurisprudenza 2009 I-03205. Si veda, inoltre, anche Corte di giust., sez VI, 8 luglio 1999, causa C-51/92, caso *Hercules*, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-04235.

[164]Articoli 1346 ss e 1372 ss., codice civile. Tuttavia, una parte della dottrina ha ricostruito, secondo le nozioni civilistiche, l'oggetto come l'insieme delle prestazioni previste dalle imprese partecipanti all'accordo e l'effetto come il complesso dei mutamenti prodotti dall'accordo sulla sfera giuridica dei partecipanti. Per la ricostruzione del dibattito e le argomentazioni contrarie, si veda LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 126 ss, il quale ricorda come la dottrina tedesca prevalente ricostruisca oggetto ed effetto rispettivamente come intento o scopo perseguito dalle parti mediante l'intesa. Non sembra si tratti di una prospettiva antitetica, a patto che si ricostruisca il concetto di intento in maniera funzionale, e quindi come obiettivo perseguito dall'intesa nel quadro economico di riferimento.

[165]Anche in questo caso, fondamentale è il ruolo della Corte di Giustizia. Tra le altre pronunce, si veda, ad esempio, Corte di Giust., sez. II, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, caso *Expedia,* Racc. dig. gen.

[166]Naturalmente, l'analisi degli effetti di una intesa con oggetto anticompetitivo è irrilevante al fine della sanzione della nullità, ma dovrà essere condotta nel giudizio necessario per accertare i danni subiti dal singolo, per cui *infra*, capitolo 2.

procedere alla valutazione degli effetti concreti di una intesa il cui oggetto risulti già anticompetitivo[167].

Il divieto si riferisce alle intese che siano in grado di produrre una restrizione della concorrenza effettiva e non a quelle che vincolano la sola libertà soggettiva di concorrenza, secondo la tradizionale impostazione delle pronunce della Corte di Giustizia[168]. Per questa ragione, l'interpretazione della norma pone i cosiddetti problemi di caratterizzazione, espressione che indica l'ambiguità di accordi che, pur non avendo natura anticompetitiva e contribuendo a razionalizzare il funzionamento del mercato, limitano la libertà di concorrenza dei partecipanti all'accordo. La risposta del diritto antitrust è, tradizionalmente, la valutazione comparativa di vantaggi e svantaggi di questi accordi rispetto al funzionamento del mercato, laddove il potenziale pregiudizio alla dinamica concorrenziale cresce in funzione del maggiore potere di mercato detenuto dai partecipanti all'intesa[169].

4.8. La classificazione sistematica delle intese

L'art. 101 T.F.U.E. individua una lunga serie di fattispecie vietate, che consistono, in particolare, nella fissazione diretta o indiretta dei prezzi di acquisto o di vendita o in altre condizioni di transazione; nel limite o nel controllo di produzione, sbocchi o sviluppo tecnologico o investimenti, nella ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; nell'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, in modo da praticare una discriminazione; nel subordinare la conclusione del contratto

[167] Tribunale di I grado, 20 marzo 2002, T-23/99, LR AF 1998, in Raccolte 2002 II 1705; Corte di Giust., sez. II, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, caso *Expedia,* Racc. dig. gen.

[168] Corte di Giust., 30 giugno 1966, causa C-56/65, caso *Société Technique Minière*, Raccolta della giurisprudenza
1966 00337.

[169] Per un'analisi approfondita delle norme che il diritto antitrust europeo ha elaborato rispetto a istituti tradizionali degli ordinamenti giuridici nazionali si veda PARDOLESI R., Intese restrittive della libertà di concorrenza, in FRIGNANI A. – PARDOLESI R. (a cura di), La Concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G. A., Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. VII, Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 47 ss.

all'accettazione di prestazioni supplementari che, in base alla loro natura o agli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti. L'elenco ha carattere meramente esemplificativo, come suggeriscono tanto il dato letterale[170] quanto il criterio sistematico[171], ed è funzionale a mettere ordine, attraverso la sintesi, tra operazioni economiche molto più complesse.

La stessa esigenza di razionalità giustifica alcune classificazioni tra le intese operate dalla dottrina, delle quali la più rilevante distingue tra intese verticali e intese orizzontali. In particolare, le intese verticali sono stipulate da imprese che operano a livelli diversi della catena di produzione e distribuzione di un bene o di un servizio, mentre le intese orizzontali intervengono tra imprese che operano allo stesso livello del mercato. Da qui, le intese verticali riguardano imprese che condividono gli acquirenti del prodotto o del servizio finale, mentre le intese orizzontali riguardano imprese che condividono tutti i potenziali acquirenti dei beni o dei servizi, incidendo, in maniera più profonda sulle dinamiche concorrenziale[172].

---

[170] Infatti, l'articolo in esame utilizza l'espressione *in particolare* per introdurre l'elenco, in modo da facilitare una interpretazione nel senso di elenco esemplificativo, conclusione avvalorata, nel testo dell'articolo 2 della legge italiana, dall'ulteriore utilizzo dell'avverbio *anche.*

[171] La storia della norma permette di interpretare l'elenco come meramente ricognitivo, dato che l'elencazione corrisponde, sostanzialmente, alla casistica progressivamente testimoniata delle esperienze giurisprudenziali in materia di intese illecite. Che l'elenco non abbia alcuna pretesa sistematica è confermato dalla prassi giurisprudenziale e dall'operato delle autorità antitrust, che, come si è messo in evidenza *supra,* accolgono una nozione molto ampia di intesa, comprensiva di tutte le condotte finalizzate a porre in essere iniziative in grado di alterare il gioco della concorrenza.

[172] Nonostante non compaia nel testo dell'articolo 101 TFUE, la distinzione è ampiamente usata nella disciplina sottostante, ove l'esempio più lampante è rappresentato dal Regolamento UE 20 aprile 2010, n. 330, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.
Ulteriori classificazioni interne alla categoria delle intese orizzontali sono proposte, tra gli altri, da FRIGNANI A. – PARDOLESI R. (a cura di), La Concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G. A., Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. VII, Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 51 ss e da LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europera, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 163 ss, cui si rinvia.

4.9. Intese nulle e intese lecite

L'articolo 101.2. TFUE sanziona con la nullità di pieno diritto le intese vietate.

Tuttavia, il dettato del secondo paragrafo dell'art. 101 TFUE va sistematicamente coordinato con il paragrafo successivo, che sancisce l'inapplicabilità del divieto alle intese che rispondono alle condizioni ivi individuate. Si tratta di una eccezione che, a partire dall'emanazione del Regolamento n. 1/2003[173], ha applicazione *ope legis*[174], prevedendo la possibilità di esonerare intese qualora queste risultino necesssarie alla realizzazione di alcuni obiettivi e non diano alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del mercato.

Quattro sono i presupposti per l'esenzione, che devono essere presenti cumulativamente, e precisamente: il miglioramento nelle condizioni di offerta; il beneficio degli utilizzatori; l'indispensabilità della clausola restrittiva; la non eliminazione assoluta della concorrenza.

Il miglioramento nelle condizioni di offerta, primo presupposto dell'esenzione, dipende dalla presenza di indici sintomatici individuati già dal legislatore, e consistenti nell'aumento della produzione o nel miglioramento della stessa, nel miglioramento della distribuzione, nella promozione del progresso tecnico o economico.

Secondo presupposto è rappresentato dalla destinazione agli "*utilizzatori di una congrua parte dell'utile che […] deriva"* dall'impresa. Problemi interpretativi sorgono dall'utilizzo del termine *utilizzatori*. Se è chiaro che la categoria

---

[173] Regolamento 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[174] Prima dell'emanazione del Regolamento 1/2003, il meccanismo di funzionamento della disciplina risultava particolarmente macchinoso, in quanto le imprese dovevano ottenere un'autorizzazione in deroga, a seguito di un provvedimento amministrativo di natura costitutiva, da parte della Commissione, organo esclusivamente competente in materia.

Si delineava così un modello complesso, dato che, a fronte di un divieto alle intese *ope legis*, era possibile, in seguito ad un procedimento individuale, ottenere un'autorizzazione con efficacia costitutiva. L'applicazione della norma secondo questo modello rendeva enorme il carico di lavoro della Commissione, che ne risultava, così, completamente paralizzata, come documentato in PACE L.F. (a cura di), Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Jovene editore, Torino, 2013, p. 3 ss.

degli utilizzatori è volutamente generica, essendo l'espressione atta a individuare eventualmente tanto i consumatori quanto le imprese finali, si discute se sia necessario che siano beneficiari direttamente i consumatori del mercato colpito dall'intesa oppure se sia sufficiente che il beneficio interessi consumatori di mercati contigui o futuri[175].

Quanto al requisito della indispensabilità, questo si declina in due sensi: infatti, da un lato, l'azione coordinata tra le imprese deve essere necessaria al raggiungimento dell'obiettivo dell'efficienza, da intendersi come miglioramento delle condizioni dell'offerta e come beneficio degli utilizzatori, e, dall'altro, l'intesa deve essere la meno restrittiva tra quelle possibili.

Infine, non può eliminarsi la concorrenza per una parte sostanziale del mercato, cioè non può essere esentata un'intesa che abbia come effetto la costituzione di un monopolio o una situazione assimilabile.

Insomma, l'articolo 101.3 TFUE impone all'interprete una necessaria e complessa ponderazione degli aspetti pro e anticoncorrenziali di una intesa[176].

5. Abuso di posizione dominante

La seconda delle condotte vietate dal diritto della concorrenza dell'Unione europea è l'abuso di posizione dominante, la cui incompatibilità con l'ordinamento europeo è sancita all'articolo 102 TFUE, che trova un corrispondente nell'ordinamento italiano all'articolo 3 delle legge antitrust[177].

---

[175] La questione è affrontata in TOFFOLETTI L., Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust, Giuffré, Milano, 2009, p. 33 e ss., che propende per la prima soluzione. Contrario, invece, LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 159 ss.

[176] L'analisi degli effetti positivi e negativi di una intesa deve svolgersi proprio in base ai criteri, e secondo le modalità di applicazione, del terzo paragrafo dell'articolo 101, mentre non trova spazio nell'ambito specifico di applicazione dell'articolo 101.1 TFUE, come sottolinea la giurisprudenza europea: Tribunale I grado UE, sez. III, 18/09/2001, n. 112.

[177] Nel silenzio del legislatore, europeo e nazionale, si applica, a livello italiano, una nozione di abuso di posizione dominante del tutto conforme all'evoluzione giurisprudenziale europea, con la sola esclusione, per ragioni evidenti, del presupposto del pregiudizio comunitario. Infatti,

L'istituto dell'abuso di posizione dominante costituisce un *unicuum* della esperienza antitrust europea, in quanto non ha diretti precedenti nella disciplina statunitense, ma risulta *molto europea nelle sue premesse* (…) *e nei suoi corollari:* infatti, a fronte del divieto di *monopolization*, sancito dalla Section 2 dello Sherman Act[178], il Trattato europeo decide di introdurre un divieto più timido, di ispirazione tedesca, che risulti meno aggressivo nei confronti delle grandi imprese presenti nel territorio europeo[179].
La fattispecie si realizza al ricorrere di diversi elementi, e cioè quando una impresa detiene una posizione dominante sul mercato di riferimento e il suo comportamento concreto costituisce uno sfruttamento abusivo di tale posizione dominante; alcuni presupposti, come le nozioni di impresa e di pregiudizio al commercio fra gli Stati membri, coincidono con gli elementi costitutivi dell'illecito di cui all'articolo 101 TFUE e pertanto non saranno analizzati.

5.1. La posizione dominante

Secondo la definizione della più risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia[180], la posizione dominante è una posizione di potenza economica

numerosi sono gli esempi in cui la giurisprudenza amministrativa e quella civile ripetono la definizione di abuso di posizione dominante, così come elaborata dalla Corte di Giustizia: tra le altre pronunce, si veda T.A.R. Perugia (Umbria), sez. I, 05 giugno 2013, n. 325.

[178] *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any pther person or persons, to monopolize any part of trade or commerce*, Section 2 dello Sherman Act.

[179] L'espressione in corsivo è usata da RICOLFI M., Antitrust, in ABRIANI N. – COTTINO G. – RICOLFI M., Diritto industriale, in COTTINO G. (diretto da), Trattato di Diritto commerciale, Cedam, Padova, 2001, p. 687. Per altri cenni storici si rinvia anche a MARCHETTI P. – UBERTAZZI L. C. (a cura di), Il diritto antitrust. Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, 1999, p. 58 ss e a LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 268 ss. Pur nella diversa prospettiva adottata, tutti gli Autori sono concordi nell'affermare che la scelta di vietare l'abuso di posizione dominante, anziché il monopolio, è più compatibile con la struttura industriale europea del Secondo Dopo Guerra, e in particolare con la presenza delle grandi imprese leader del settore, che hanno una funzione di traino dei mercati nazionali ed europeo. Dall'altro, la figura conferma il carattere sostanzialmente agnostico del diritto della concorrenza dell'Unione europea, in cui non è la struttura del mercato a essere sanzionata, ma il comportamento delle imprese a essere colpito.

[180] Corte di Giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, caso *United Brands*, Raccolta della giurisprudenza 1978 00207. Per una recente interpretazione dell'articolo 102 TFUE, si veda Corte Di Giust., sez. II, 06 ottobre 2015, causa C-500/14, caso *Ford Motor Company*, Racc. dig. Gen.

in virtù della quale l'impresa è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento, tenendo comportamenti indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori. La nozione tralaticia della posizione dominante, appena esposta, descrive il fenomeno in base al quale una impresa che abbia un potere di mercato è in grado di imporre agli altri operatori economici condizioni non concorrenziali, senza dover temere l'erosione della propria quota di mercato. Similmente, la Commissione afferma che l'impresa è in posizione dominante quando sia in grado di influenzare i parametri della concorrenza a proprio vantaggio e non si trovi a fronteggiare una pressione concorrenziale efficace[181]. Insomma, si realizza una sorta di statuto giuridico *ad hoc* dell'impresa in posizione dominante, che risulta gravata, secondo una pronuncia della Corte[182], da una *speciale responsabilità*, in quanto effettivamente in grado di minare ai meccanismi spontanei di funzionamento del mercato, grazie alla sua condizione di sostanziale indipendenza. In altri termini, è evidente che una impresa che non si trovi in posizione dominante non può tenere artificiosamente alti i prezzi dei beni e servizi prodotti, senza temere una reazione degli altri operatori economici; l'impresa in posizione dominante può, invece, incidere sulle dinamiche concorrenziali proprio in ragione del dominio del mercato, che le assicura l'indifferenza rispetto al comportamento degli altri operatori economici[183].

In quest'ottica, l'istituto in esame diventa uno strumento attraverso il quale si realizza la regolazione del mercato, secondo il parametro per cui l'impresa in posizione dominante, proprio in ragione della sua posizione di potere di mercato, è investita di una funzione, e cioè quella di assicurare

---

[181] Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dll'art. 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volti all'esclusione di concorrenti*, Bruxelles, 9 febbraio 2009 – C(2009) 864.

[182] Corte di Giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, caso *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contro Commissione delle Comunità europee*, Racc. 1983 03461.

[183] Per approfondimento sulla sostanziale indipendenza come parafrasi del concetto di dominio di mercato, cfr. LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, p. 279 ss.

la realizzazione e la tutela del mercato concorrenziale, e anzi in ciò si esplica la sua speciale responsabilità.

Operazione preliminare imprescindibile per l'accertamento di un abuso di posizione dominante è l'individuazione di un mercato rilevante, la cui perimentrazione risulta un prius logico e pratico, in relazione al quale la condotta può assumere i tratti dell'illecito anticoncorrenziale[184]. In proposito, pur non potendo, per esigenze di sintesi, analizzare in maniera compiuta tutte le difficoltà che sorgono dalla determinazione delle due coordinate, merceologiche e geografiche[185], del mercato rilevante per l'applicazione della norma di cui all'articolo 102 TFUE[186], occorre sottolineare come la individuazione del mercato rilevante sia una operazione funzionale all'individuazione, in capo all'impresa, di una posizione dominante, mentre attiene a un momento successivo la verifica della condotta e dei suoi effetti sulla concorrenzialità del mercato[187].

Anche ai fini dell'applicazione della norma di cui all'articolo 102 TFUE, si tiene conto tanto dell'estensione geografica in cui l'impresa opera, quanto dell'ambito del prodotto o del servizio di riferimento.

È escluso, evidentemente, che la posizione dominante possa riferirsi alla sola situazione di monopolio o di quasi-monopolio, perché può ricorrere anche nei mercati in cui permane un gioco concorrenziale. Comunque, la quota di mercato detenuta da una impresa costituisce un indice

---

184 Cfr, in proposito, Consiglio di Stato, sez. VI, 08/04/2014, n. 1673.

185 Cassazione civ., sez. I., 09 maggio 2016, n. 9325, secondo la quale l'esistenza di un mercato rilevante va accertato sia sotto il profilo del prodotto che sotto il profilo geografico, ed esso comprende l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro. In un'altra sentenza, la Cassazione definisce il mercato rilevante come il più piccolo contesto, comprensivo di prodotti e area geografica, nel cui ambito sono possibili restrizioni consistenti della concorrenza, tenuto conto anche delle possibilità di sostituzione (si veda Cassazione civ., sez. I, 04 giugno 2015, n. 11564).

186 Si rinvia, per una più profonda analisi dei problemi, a RICOLFI M., Antitrust, in ABRIANI N. – COTTINO G. – RICOLFI M., Diritto industriale, in COTTINO G. (diretto da), Trattato di Diritto commerciale, Cedam, Padova, 2001, p. 694 ss.

187 Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 13 aprile 2016, riferisce, invece, il mercato di riferimento all'operazione economica contestata, suscettibile di configurare un abuso di posizione dominante e in questo modo sembrano confusi i due momenti costitutivi della fattispecie.

importante, sebbene non univoco[188], per valutare la sussistenza della posizione dominante: a fronte di una stabile[189] quota di mercato molto elevata, secondo la giurisprudenza europea[190], si ha una presunzione relativa dell'esistenza di una posizione dominante, con inversione dell'onere della prova.

Al fine di valutare l'eventuale concorrenza potenziale, altri indici sono le eventuali barriere all'entrata – siano queste di natura regolamentare, tecnica o economica – e il potere negoziale degli acquirenti, cioè l'importanza commerciale dei clienti dell'impresa, che è significativa quando questi siano in grado di passare a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi nel mercato o di integrarsi verticalmente con altri soggetti, esercitando una influenza sul comportamento dell'impresa[191].

Inoltre, l'articolo 102 TFUE menziona ipotesi di posizione dominante collettiva, che ricorre quando le imprese si presentino nel mercato come un unico soggetto, laddove la correlazione non dipenda dall'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici, ma da altri fattori, tra i quali la struttura del mercato.

---

[188] Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dll'art. 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volti all'esclusione di concorrenti*, Bruxelles, 9 febbraio 2009 – C(2009) 864.

[189] Da un punto di vista qualitativo, è importante che la quota di mercato sia stabile: ad esempio, si consideri il mercato di un prodotto innovativo, in cui l'originaria quota di mercato, proprio per le caratteristiche di novità e innovazione del prodotto, può essere un segnale poco significativo. Più in generale, può dirsi che una progressiva riduzione della quota di mercato in pochi anni è indice dell'assenza della posizione dominante.

[190] Corte di giust., 23 maggio 1978, causa C-102/77, caso *Hoffmann*, Raccolta 1978 01139.

[191] Ad esempio, di recente, l'autorità antitrust italiana ha escluso ricorressero i presupposti per l'avvio di una istruttoria, per mancanza di una posizione dominante, nel caso di una operazione di concentrazione nel settore della distribuzione all'ingrosso di farmaci e parafarmaci ex art. 5, comma 1, lett. B), implicante l'acquisizione, da parte di una cooperativa di farmacisti, di quote, sia a livello regionale che a livello nazionali, inferiori al 20% a causa della presenza di altri importanti e qualificati operatori nei mercati nazionali. Si veda Garante concorr. e mercato, 25 febbraio 2015, n. 25338. Similmente, la posizione dominante è esclusa, a causa di una quota di mercato non elevata e delle caratteristiche del mercato, in Garante concorr. e merc., 18 novembre 2015, n. 25732.

5.2. L'abuso

Altro elemento costitutivo della fattispecie vietata all'articolo 102 TFUE è l'abuso, *nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare (…) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*[192]. L'abuso di posizione dominante è considerato, dalla giurisprudenza maggioritaria, una specificazione della più ampia categoria di abuso del diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce[193].

Nella definizione classica di abuso, particolare rilevanza è dato al carattere oggettivo del comportamento, che prescinde dal dato soggettivo e realizza una distorsione del mercato ricorrendo a mezzi diversi dalla normale concorrenza tra imprese. Non è, quindi, richiesta una colpevolezza soggettiva e non rileva neanche l'eventuale liceità degli atti alla luce dei vari settori degli ordinamenti investiti, perché bisogna considerare la condotta di una impresa, pur settorialmente lecita, alla luce della sua portata anticoncorrenziale[194].

Inoltre, giurisprudenza europea e dottrina maggioritaria ritengono che non debba sussistere un nesso di causalità tra posizione dominante e abuso, nel senso che non è richiesto che la condotta abusiva sia praticabile dall'impresa proprio perché in posizione dominante, ma è sufficiente,

---

[192] Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, caso *Hoffmann La Roche*, Raccolta della giurisprudenza 1979 00461. La definizione è ripresa in Cons. di Stato, sez. VI, 08 aprile 2014, n. 1673, dove si sottolinea che costituiscono abuso di posizione dominante le condotte anche solo astrattamente idoneee a incidere sulla struttura di mercato rilevante, per cui non sarebbe necessario procedere all'indagine sulla sussistenza del nesso di causalità rispretto all'effetto di esclusione del concorrente.

Tuttavia, nonostante le declamazioni teoriche, vi sono alcune pratiche vietate, tra cui, ad esempio, l'imposizione di condizioni contrattuali inique, che di per sé solo non sono astrattamente idonee a incidere sulla struttura del mercato.

[193] Così, tra le altre, Cons. di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

[194] Cfr, ancora, Cons. di Stato, sez. VI, 08 aprile 2014, n. 1673.

perché si applichi il divieto, che la condotta venga commessa da una impresa proprio nel mercato in cui si trovi in posizione dominante[195].

Data l'enorme varietà delle condotte qualificate abusive dalla giurisprudenza, risulta pressocché impossibile ricostruire in via di sintesi una fattispecie generale, mentre più utile è l'operazione di individuare diverse figure di abuso, utilizzando come strumento ermeneutico l'elenco, di carattere ricognitivo, dettato dall'articolo 102 TFUE.

In particolare, la norma menziona: a) l'imposizione di prezzi o di condizioni contrattuali inique; b) la limitazione della produzione e dell'offerta commerciale o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) la discriminazione commerciale, con pregiudizio concorrenziale per il soggetto discriminato; d) l'abbinamento artificioso dell'offerta commerciale di beni o servizi che, per loro natura o secondo gli usi, potrebbero essere venduti separatamente.

Anche grazie a questo elenco casistico, di solito si distingue tra gli abusi di sfruttamento – comprensivo di quelle fattispecie in cui l'impresa dominante riesce ad estrarre un sovraprofitto monopolistico sfruttando il proprio potere di mercato – da quelli escludenti – categoria inclusiva di tutte le condotte attraverso le quali l'impresa dominante impedisce l'entrata o la crescita nel mercato delle altre[196].

Rispetto alla disciplina, a lungo si è discusso in ordine alla possibilità o meno di individuare un regime di esenzione anche per l'abuso di posizione dominante. La giurisprudenza più risalente, tendenzialmente, considera l'abuso come una condotta anticoncorrenziale non esimibile[197]. Di contro, la giurisprudenza recente ritiene che le condotte che, sulla base dei criteri

---

[195] In maniera in parte differente, la Corte di Giustizia ritiene, nel cosiddetto caso Tetra Pack, che le caratteristiche del mercato collegato possano fare configurare un abuso da parte dell'impresa che ha una posizione dominante nel mercato principale. Cfr. Corte di Giust., 14 novembre 1996, causa C-333/94, caso *Tetra Pack*, Raccolta della giurisprudenza 1996 I-05951.

[196] Vedi *infra*, paragrafo 7.

[197] Corte di Giust., 11 aprile 1989, causa C-66/86, caso *Ahmed Saeed*, Raccolta della giurisprudenza 1989 00803, pt. 32: *Per contro, l'abuso di posizione dominante non può fruire di alcuna esenzione in nessun modo; un siffatto abuso è semplicemente vietato dal trattato e, a seconda dei casi, spetta alle autorità nazionali competenti o alla Commissione trarre le conseguenze di tale divieto nell'ambito delle loro competenze*.

sostanziali di cui all'articolo 101.3 TFUE, comportano dei miglioramenti nell'efficienza non sono qualificabili come abusivi. Naturalmente, vista le caratteristiche strutturali della fattispecie, in questo caso il giudizio di abusività di una comportamento si pone a valle dell'esame, laddove la condotta sfugge al divieto di cui all'articolo 102 TFUE ove l'impresa dimostri che i *vantaggi in termini di efficienza che possono risultare dal comportamento in questione neutralizzano i probabili effetti dannosi per la concorrenza e per gli interessi dei consumatori sui mercati interessati, che è stato o che è possibile realizzare tali vantaggi in termini di efficienza grazie a detto comportamento, che quest'ultimo è indispensabile per realizzarli e che esso non elimina una concorrenza effettiva sopprimendo la totalità o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale*[198].

6. Concentrazioni

Ultima ipotesi di illecito anticoncorrenziale[199], che sarà qui oggetto di una indagine preliminare, è quella delle concentrazioni tra imprese.

Da un punto di vista economico, una concentrazione si realizza quando due imprese, dotate originariamente di centri decisionali autonomi, vengono, attraverso un atto negoziale, unificati in un unico centro, con conseguente aumento della capacità produttiva.

Il fenomeno ha effetti ambivalenti rispetto al mercato concorrenziale, perché, a fronte dello svantaggio rappresentato dalla nascita di una impresa con una quota di mercato rappresentato dalla somma delle quote delle imprese precedenti, l'integrazione delle economie tende a ridurre i costi, permettendo di praticare prezzi più bassi e offrire quantità maggiori. Per questa ambiguità del fenomeno, e data anche la difficoltà di elaborare criteri sufficientemente precisi per valutare quando i costi prevalgano sui

[198] Corte di Giust., sez. II, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, caso *Post Danmark A/S*, pt 49, Racc. dig. Gen.

[199] Si è scelto, per ragioni di *brevitas*, di descrivere solo le condotte anticoncorrenziali che possono essere compiute da imprese, tralasciando l'analisi dell'illecito degli aiuti di Stato, vietato dagli articoli 107 TFUE.

benefici e viceversa[200], anche la risposta del diritto della concorrenza non è netta.

Anche in questo caso, l'operazione anticoncorrenziale può realizzarsi attraverso fattispecie diverse[201], quali fusione, acquisizione del controllo, costituzione di imprese comuni. L'elemento scriminante è rappresentato dalla concentrazione, sotto un unico centro direzionale, di risorse produttive già esistenti nel mercato e, prima dell'operazione, soggette a centri direzionali differenti.

L'attuale[202] disciplina delle concentrazioni è dettata, a livello europeo, dal Regolamento CE/139/2004 del 20 gennaio 2004, che subordina la validità dell'operazione alla notifica e all'autorizzazione da parte dell'autorità anticoncorrenziale, mentre a livello nazionale si applica l'articolo 5 della legge 287/1990: in particolare, è attribuito alla Commissione il potere di vietare una concentrazione nel caso in cui questa ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte sostanziale, in particolare attraverso la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante. Come chiarito nei documenti ufficiali[203], l'azione di controllo della Commissione impedisce le concentrazioni suscettibili di privare i consumatori dei benefici apportati da una concorrenza effettiva – prezzi bassi, prodotti di alta qualità, un'ampia gamma di beni e servizi, e innovazione – in seguito ad un aumento

---

[200] DENOZZA F., Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 85 ss.

[201] Le fattispecie rilevanti sono elencate dal Regolamento 139/04 e risultano anche descritte dai documenti ufficiali della Commissione, in particolare la Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni fra imprese (2008/C 95/01 del 16 aprile 2008).

[202] Tra i precedenti storici, si possono ricordare l'articolo 66 del Trattato CECA, con una disciplina specifica delle concentrazioni tra imprese carbosiderurgiche, e il Regolamento 4064/89, poi modificati dal Regolamento 1310/97.

[203] Si veda, in particolare, Commissione, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2004/C 31/03, pt. 8 e Commissione, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C 265/07, pt 10.

significativo del potere di mercato delle imprese, espressione con la quale si intende la possibilità per una o più imprese di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e servizi, diminuire l'innovazione o influenzare negativamente in altro modo i parametri di concorrenza ricavandone un vantaggio. L'esercizio di tale potere avviene in seguito a un giudizio prognostico sulla probabile evoluzione del mercato, o dei mercati interessati, in seguito al compimento dell'operazione di concentrazione per cui è richiesta l'autorizzazione.
L'autorità antitrust competente vieta, quindi, la concentrazione quando questa possa ostacolare in maniera significativa la concorrenza effettiva nel mercato comune, con peculiare riferimento alla possibilità che dall'operazione di concentrazione sorga una posizione dominante sul mercato di riferimento[204] laddove le quote di mercato derivanti dalla concentrazione sono calcolate ipotizzando che la quota di mercato congiunta detenuta dalle imprese partecipanti alla concentrazione corrisponde alla somma delle loro quote prima della concentrazione.
All'autorità antitrust è attribuito un pieno potere discrezionale rispetto alle valutazioni di carattere economico[205], che avviene attraverso

[204] Si veda, tra i procedimenti nazionali, Garante concorr. e mercato, 18 novembre 2015, n. 25732, in cui l'Autorità Antitrust esclude che dall'operazione di concentrazione possa sorgere una posizione dominante sul mercato di riferimento, a causa della quota che l'impresa verrà a detenere a seguito dell'operazione, della presenza di diversi concorrenti nel mercato e delle caratteristiche strutturali sul mercato di riferimento. In ogni caso, l'indice rimane l'ostacolo alla concorrenza effettiva, anche in seguito alla creazione o al rafforzamento della posizione dominante sul mercato, essendo del tutto irrilevante il comportamento successivo dell'impresa sorta dalla concentrazione, che al più potrà essere sanzionato ex articolo 102 TFUE, come sottolineato anche in Corte di giust., 15 febbraio 2005, causa C-13/03, caso *Tetra Laval*, Raccolta della giurisprudenza 2005 I-01113, secondo la quale pronuncia, benché il regolamento preveda il divieto delle operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante dai significativi effetti anticoncorrenziali, tali presupposti non esigono la dimostrazione di un comportamento abusivo e, dunque, illegittimo da parte dell'entità derivante dall'operazione come risultato di tale concentrazione.
[205] Tuttavia, il giudice competente non deve astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica, poiché è tenuto a verificare, oltre all'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, alla loro attendibilità e alla loro coerenza, se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa, e se sono di natura tale da corroborare le conclusioni che se

l'applicazione di criteri predeterminati, tra i quali quello ufficialmente adottato è l'indice Herfindahl-Hirschman (HHI)[206], che si calcola sommando i quadrati delle quote di mercato individuali di tutte le imprese presenti nel mercato. Il livello assoluto dello HHI rappresenta un primo indice della pressione concorrenziale nel mercato dopo la concentrazione, mentre la sua variazione (il cosiddetto *delta*) serve a quantificare la variazione del grado di concentrazione direttamente prodotta dall'operazione in esame.

Dopo il giudizio presuntivo, la Commissione valuta l'esistenza di ulteriori fattori di riduzione alla concorrenza effettiva – ad esempio, l'incremento di una quota di mercato già pari o superiore al 50%, l'esistenza di una concorrenza molto forte tra le imprese interessate[207], la tendenza delle imprese operanti sul mercato a coordinarsi tra di loro – e gli eventuali guadagni di efficienza, che l'operazione produrrebbe.

Nell'analisi costi/benefici dell'operazione, particolare rilevo è attribuito all'esame dei suoi effetti anticoncorrenziali, che possono essere coordinati o non coordinati. Nel primo caso, la concentrazione può minare alla concorrenza effettiva a causa dei comportamenti unilateralmente posti in essere dall'impresa in posizione dominante, mentre, nel secondo, la concentrazione favorisce la formaione di cartelli o di comportamenti coordinati.

---

ne traggono, come affermato in Corte di giust., 15 febbraio 2005, causa C-13/03, caso *Tetra Laval*, Raccolta della giurisprudenza 2005 I-01113UE.

[206] Si veda, ancora, Commissione, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2004/C 31/03, pt. 15, che contiene delle presunzioni in ordine alla rilevanza o irrilevanza della concentrazione in base al livello dello HHI.

[207] Maggiore sarà la concorrenza effettiva tra le imprese prima della concentrazione, maggiore saranno gli effetti sul mercato dopo l'operazione. Per questo, ad esempio, Garante concorr. e mercato, 11 maggio 2016, n. 26013, ritiene che l'acquisizione di una quota pari al 30% del capitale sociale di una società controllata da una cooperativa di consumo da parte di un'altra cooperativa di consumo, entrambe aderenti al Consorzio nazionale Coop Italia, pur costituendo una operazione di concentrazione tra imprese di cui all'art. 5 della l. n. 287 del 1990, non comporta modifiche sostanziali dell'assetto competitivo esistente nei mercati interessati, tenuto conto che tale operazione ha luogo tra società che aderiscono al medesimo sistema Coop e operano sul mercato con la medesima insegna.

Dalle definizioni fornite risulta evidente che, in ogni caso, la fattispecie della concentrazione risulta in qualche modo prodromica alle altre condotte anticoncorrenziali delle imprese, perché dalla concentrazione sorge il pericolo di costituzione o rafforzamento di una posizione dominante e quello della costituzione o rafforzamento di un cartello, con una distorsione della dinamica concorrenziale del mercato[208]: si tratta, in conclusione, di un'analisi estremamente complessa, in cui particolare rilevanza assume la funzione regolatoria del mercato attribuita alla Commissione e alle autorità antitrust nazionali.

7. Condotte anticoncorrenziali e danni privati

Nelle pagine precedenti, si è svolta una sintetica analisi delle norme europee e nazionali che definiscono le condotte di intesa anticoncorrenziale, abuso di posizione dominante e concentrazione.

Nella prassi didattica ed espositiva del diritto antitrust comunitario, le condotte anticoncorrenziali sono classificate in due grandi categorie: abusi di sfruttamento (exploitative abuses) e abusi di impedimento (exclusionary abuses). Più correttamente, una parte autorevole della dottrina, anche civilistica[209], riferisce la distinzione alla sola categoria dell'abuso di posizione dominante. Viceversa, una parte della dottrina, adottando una prospettiva economica, utilizza le due categorie per descrivere il comportamento anticoncorrenziale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica, cioè prescindendo se la condotta sia inquadrabile entro l'ambito di applicazione di cui all'articolo 101 o 102 TFUE[210]. Nella prospettiva adottata in questo lavoro di tesi, si ritiene più utile adottare tale seconda impostazione. Infatti, abusi di sfruttamento ed abusi

[208] Sottolinea la necessità di un giudizio previsionale compiuto sulla base di un'analisi della dinamica del mercato, LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 381 ss.

[209] Ex multis, LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 455 ss.

[210] PROSPETTI L. – PANI E. – TOMASI, Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, Bologna, 2009.

escludenti possono essere posti in essere tanto attraverso una intesa che attraverso un abuso di posizione dominante e, soprattutto, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della condotta[211], provocano danni privati che hanno delle caratteristiche strutturali differenti, in base alle quali va poi modellato, in una ottica funzionale, l'istituto dell'illecito civile anticoncorrenziale, *focus* di questo studio.

Lo scollamento tra qualificazione giuridica della condotta ed effetti in caso di danno privato suggerisce una ulteriore notazione, preliminare allo studio dei due tipi di danni. Come si è sottolineato[212], la materia del risarcimento del danno anticoncorrenziale si è sviluppata nell'alveo del diritto della concorrenza europea e non in quello del diritto privato, tanto che, in questo primo capitolo, si è avvertita l'esigenza di illustrare principi, istituti, categorie giuridiche e obiettivi propri del diritto antitrust europeo, al fine di collocare l'ipotesi di illecito in esame nelle sue coordinate essenziali. Tuttavia, le categorie giuridiche che sono state elaborate al fine di costruire il meccanismo pubblicistico di tutela della concorrenza si dimostrano inadatte e parziali allo studio del livello privatistico: la distinzione tra intese e abusi è utile finché si tratta di valutare i danni sociali, in un sistema che anticipa la tutela in caso di intese anticoncorrenziali, che sono vietate anche per oggetto anticoncorrenziale[213]. Ma se tutti i comportamenti illeciti, poiché vietati

---

211 E, del resto, si guardi la corrispondenza tra il primo comma dell'articolo 101 TFUE e il primo comma dell'articolo 102 TFUE.

212 Vedi supra, Capitolo 1, paragrafo 3.

213 Vedi supra, para . Non mancano i casi in cui, pur sussistendo un danno sociale, sanzionato dall'autorità amministrativa, il giudice competente esclude il danno privato. Si pensi, ad esempio a Laboratoires Juva v. Hoffmann-La Roche, Tribunal de Commerce de Paris, 26 gennaio 2007, n. RG 2003/04804, in cui il giudice nazionale manifesta perplessità rispetto alla possibilità di considerare il provvedimento della Commissione (caso *Vitamine*) come prova: *La decisione della Commissione [...] non precisa in modo specifico, per prodotto e per anno, le azioni illecite intraprese [...], né fornisce indicazioni precise sul valore del sovrapprezzo*. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in Foro it., 2007, I, 1097 chiarisce che il danno privato non è mai in re ipsa, ancor meno quando il provvedimento amministrativo accerti solo una pratica concordata.

Ribadisce la distinzione tra la tutela anticipata, tipica del sistema amministrativo, e quella ex post, atta a spostare il danno da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, Corte di Giust., 8 luglio 199, causa C-199/92, caso Hüls, in Racc. (1999), pp. I-04287, par. 165: *anche se il concetto stesso di pratica*

dal diritto antitrust, provocano un danno sociale, eventualmente compensato, però, da un aumento complessivo di efficienza tale da rendere valida la condotta, al fine del risarcimento, i danni privati vanno in ogni caso provati, ove la differenza più rilevante è quella tra abusi di sfruttamento e abusi escludenti, poiché diverso è il grado di consapevolezza delle teorie economiche. Nei prossimi paragrafi, si presenteranno alcuni esempi di abusi di sfruttamento e di abusi escludenti, in modo da delineare in via generale i problemi che pongono rispetto al danno privato risarcibile. Nel capitolo successivo, invece, si ricostruiranno, secondo la teoria analitica dell'illecito, gli elementi del risarcimento del danno anticoncorrenziale.

7.1. Danni derivanti da abusi di sfruttamento

Tipicamente, una ipotesi di abuso di sfruttamento si realizza nel caso in cui le imprese colluse o l'impresa in posizione dominante restringono artificiosamente la produzione[214]. Ciò ha un effetto diretto sui prezzi e provoca una prima tipologia di danno: l'artificiosa riduzione della quantità prodotta altera le leggi della domanda e dell'offerta e finisce per innalzare i prezzi al di sopra del livello competitivo. Ci sono ulteriori danni privati, perché la distorsione del funzionamento del mercato fa sì che alcuni potenziali acquirenti rinuncino al bene e si rivolgano altrove, con un aumento complessivo dei costi di transazione. I danni sociali sono ancora maggiori, ove i concorrenti non collusi potrebbero innalzare i prezzi, agendo all'ombra del cartello[215] e l'abuso potrebbe avere effetti anche nel periodo di tempo successivo, provocando un'alterata allocazione delle risorse. L'abuso di sfruttamento provoca danni privati in capo a diversi soggetti: i consumatori finali, nel caso in cui sia traslato a valle il

concordata presuppone una data condotta delle imprese partecipanti sul mercato, ciò non significa necessariamente che quella condotta debba produrre lo specifico effetto di restringere, impedire o distorcere la concorrenza.

[214] PROSPETTI L. – PANI E. – TOMASI, Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, Bologna, 2009, p. 1 ss; PROSPERETTI L. (a cura di), Economia e diritto antitrust, Carocci, Roma, 2006; OSTI C., Diritto della concorrenza, il Mulino, Bologna, 2007.

[215] Sul risarcimento di questo tipo di danno, vedi infra, capitolo 2, paragrafo 5.4.

sovrapprezzo[216], subiscono un danno emergente; viceversa, nel caso in cui non via sia traslazione, sono gli operatori economici collocati al di sotto della catena produttiva o distributiva rispetto alle imprese colluse o all'impresa in posizione dominante a subire danno emergente e lucro cessante; anche i soggetti fornitori delle imprese che hanno ridotto in maniera artificiosa sulla produzione avranno un danno emergente, a causa della riduzione delle vendite. I danni privati sono, di solito, molto diffusi, ma di lieve entità: ciò provoca uno scollamento, tipico dei *mass torts*, tra l'esigenza compensatoria del singolo e l'esigenza di prevenzione, che dovrebbe essere efficacemente colmato attraverso il potenziamento dei meccanismi di tutela collettiva[217].

Tra le altre ipotesi di abusi di sfruttamento, vi è anche l'imposizione di prezzi non equi, che pone questioni differenti[218]. Infatti, il controllo dell'autorità in caso di violazione del divieto di imposizione dei prezzi non equi prevede il controllo dei costi di produzione dell'impresa dominante e del livello di profitto da questa conseguito. Nel caso di prestazioni semplici, facilmente comparabili con altre offerte sul mercato, tale operazione potrebbe essere facile[219]. Anche nel caso di distribuzione commerciale, si tratta di comparare direttamente il prezzo di acquisto e il prezzo di rivendita di un certo prodotto[220]. In altri casi, potrebbe essere più difficile, visto che i costi potrebbero essere influenzati a causa di inefficienze delle imprese. Un'altra ipotesi di abuso di sfruttamento si ha nel caso di *price squeeze* o *margin squeeze*, qualora le pratiche di prezzo dell'impresa verticalmente integrata producano effetti preclusivi, nel mercato a valle, per i concorrenti di efficienza almeno pari a quelli della impresa dominante stessa.

---

216 Il problema del *passing on* sarà affrontato infra, per cui vedi capitolo 3, paragrafo 2.4.

217 Vedi infra, capitolo 2, paragrafo 5.4.

218 MELI V., Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi", Giuffrè, Milano, 1989.

219 Corte di Giust., 13 novembre 1975, causa C-26/75, caso *General Motors*, Raccolta della giurisprudenza 1975 01367.

220 Corte di Giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, caso *United Brands*, Raccolta della giurisprudenza 1978 00207.

Tra le altre condotte abusive, si possono ricordare le imposizioni di condizioni contrattuali gravose, realizzate attraverso il ricorso a clausole di esonero da garanzie previste dalla legge, a clausole di traslazione del rischio (come quelle *if and when* o *take or pay*), e le condizioni contrattuali ingiustificatamente limitative della libertà economica della impresa fornitrice.

7.2. Danni derivanti da abusi escludenti

Rispetto ai danni privati provocati da abusi escludenti sussiste minore consapevolezza, in quanto le conseguenze subite dagli operatori del mercato possono essere stilizzate attraverso una difficile astrazione operata sulla base di giochi strategici in cui ogni mossa dipende da una molteplicità di fattori specifici. Anche sul fronte del danno sociale, del resto, le conseguenze negative derivanti per la collettività da un comportamento escludente possono essere compensate dagli eventuali effetti positivi quali il comportamento di economie di scala o altri incrementi di efficienza.

Ipotesi tipica di abuso escludente è la *naked exclusion*, che è una perdita sociale netta, cioè il caso in cui l'impresa in posizione dominante o le imprese colluse abbiano come proprio scopo, e siano in gradi di realizzare effettivamente, una totale espulsione della impresa concorrente dal mercato o un totale impedimento all'ingresso. Altre ipotesi di abuso escludente sono le condotte del danneggiante volte a impedire la crescita o la diversificazione delle nicchie di mercato in cui è insediata.

Infine, la strategia delle imprese colluse o l'impresa in posizione dominante miri a disciplinare la futura azione dei concorrenti più deboli, costringendoli ad accettare un ruolo da satelliti, alleati delle strategie di mercato dei cartellisti o dell'impresa dominante.

Come si è detto in premessa, alcune condotte potrebbero non essere abusive perché creano incrementi di efficienza o economie di scala. Ciò ha delle conseguenze sul danno privato: se non tutti i comportamenti

escludenti hanno carattere abusivo non tutti i danni privati, eventualmente subiti, sono ingiusti e, quindi, risarcibili[221].

Diversi sono i vari comportamenti che possono configurare abusi escludenti.

Tra queste, si ha l'imposizione di clausole di esclusiva, attraverso la quale il danneggiante (o i danneggianti) cercano di escludere i propri concorrenti dal mercato utilizzando espliciti obblighi di contrattazione esclusiva inseriti nei contratti con la propria clientela, oppure una struttura di sconti che abbia nei fatti effetti analoghi (esclusiva di fatto).

Tipico effetto di impedimento hanno anche le pratiche leganti, cioè tutte le ipotesi di vendite abbinate in cui due o più beni (o servizi) sono venduti congiuntamente (tying; bundling; mixed bundling). Simili effetti abusivi hanno anche le clausole di prelazione, in cui il danneggiante si garantisce una priorità con riferimento a eventuali acquisti aggiuntivi o successivi del cliente, e le clausole fidelizzanti, volte a tenere ugualmente legata la clientela, ma non mediante divieti, bensì mediante incentivi economici.

Si compone di due fasi, invece, il comportamento predatorio: in un primo momento, l'impresa dominante – o le imprese colluse – abbassa i prezzi fino a costringere i propri concorrenti a uscire dal mercato; successivamente, i prezzi raggiungeranno il livello di monopolio, recuperando l'eventuale perdita sopportata inizialmente.

Altre condotte che realizzano l'effetto escludente sono, inoltre, il boicottaggio, la discriminazione, l'acquisizione di strumenti amministrativi o di fatto volti a creare barriere artificiose alla crescita dei concorrenti, i comportamenti persecutori, il rifiuto di contrarre.

In ogni caso, i danni privati provocati in seguito ad un abuso di impedimento hanno caratteristiche differenti rispetto a quelle viste per l'abuso di sfruttamento: in questa ipotesi, nelle azioni civili risarcitorie sono i concorrenti esclusi o eliminati dal mercato a confrontarsi con l'impresa in posizione dominante o con le imprese colluse, per cui il

[221] Per il criterio di imputazione della responsabilità nei due casi di abusi, si veda infra, capitolo 2, paragrafo 5.3.

petitum sarà economicamente molto rilevante e le voci di danno richieste saranno il lucro cessante o la perdita di chance.

Capitolo 2. La responsabilità civile per illecito anticoncorrenziale

Sommario

1. Premessa; **1.1.** La nascita giurisprudenziale dell'istituto; **1.2.** La diversità delle tradizioni giuridiche europee in materia di responsabilità civile; **1.3.** Gli obiettivi e le funzioni del danno antitrust; **1.4.** L'identificazione dell'interesse tutelato; **2.** Aspetti procedurali; **2.1.** L'illecito anticoncorrenziale come torto plurioffensivo; **2.2.** La tutela collettiva e il danno antitrust; **2.3.** Legittimazione passiva e responsabilità solidale; **2.4.** Prescrizione; **3.** Causalità, imputazione e selezione delle voci di danno: le lacune della direttiva e il ruolo dell'interprete; **4.** Causalità ed evento lesivo: le questioni poste dalla sentenza *Kone*; **4.1.** Le tradizioni giuridiche nazionali in materia di nesso di causalità; **4.2.** Qual è il ruolo dell'indagine eziologica nella ricostruzione della fattispecie del danno antitrust?; **4.3.** Una proposta, mutuata dall'analisi della giurisprudenza tedesca; **4.4.** La causalità materiale come criterio servente agli altri elementi dell'illecito; **5.** L'elemento soggettivo dell'illecito; **5.1.** L'elemento soggettivo nelle altre ipotesi di illecito civile di ispirazione europea; **5.2.** Il contenuto del criterio di imputazione della responsabilità nell'illecito civile anticoncorrenziale; **5.3.** *Umbrella effects*: un problema di rischio diffuso e di coerenza tra *public* e *private enforcement*; **6.** Il giudizio sulla selezione del danno risarcibile; **6.1.** Il pieno risarcimento come diritto a un risarcimento efficiente.

1. Premessa

Il capitolo esamina la disciplina del risarcimento dei danni derivanti da violazione anticoncorrenziale, quale risulta dal complesso normativo

rappresentato dalla direttiva 2014/104/UE[1], dal decreto legislativo 3/2017[2], dalla giurisprudenza europea[3] e dalle regole nazionali in tema di nesso di causalità.

Obiettivo dello studio è quello di valutare la coerenza della disciplina, e in particolare sia delle norme espressamente dettate che di quelle ricostruite attraverso il ricorso all'analogia, con gli scopi declamati dal legislatore europeo, e, dunque, l'efficacia delle regole previste rispetto al raggiungimento dei fini.

In particolare, la direttiva 2014/104/UE – così anche il DLgs 3/2017, decreto italiano di recepimento[4] –, riprendendo l'*acquis* comunitario sul punto, individua in maniera espressa due obiettivi, e cioè uniformare la materia del risarcimento del danno *antitrust* tra ordinamenti degli Stati membri e potenziare il *private enforcement*.

In questo modo, si mira ad assicurare un quadro uniforme che garantisca lo stesso livello di tutela in tutti i Paesi membri, affinché la concorrenza

---

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

[2] Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 – Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. (17G00010) (GU Serie Generale n.15 del 19-01-2017).

[3] Per cui si veda *infra*, paragrafo 1.2.

[4] Come risulta dal sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html, la quasi totalità dei Paesi europei ha recepito attualmente la direttiva, seppure attraverso interventi legislativi diversi, perché, in alcuni casi, è stato necessario intervenire modificando una disciplina già esistente, mentre in altri la normativa è dettata *ex novo*. Ad esempio, in Spagna, il 15 gennaio 2016 il Ministero della Giustizia ha pubblicato la Propuesta de Ley para la Transposicion de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de novembre de 2014 presentata dalla Commissione generale per la codificazione ed approvata con il Real Decreto-Ley 9/2017 del 26 maggio 2017. In Germania, il 14 ottobre 2016 il Governo federale ha presentato il progetto di modifica della Legge contro le limitazioni della concorrenza, approvato l'8 giugno 2017 (Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Ancora, in Austria il 24 aprile 2017 è stata adottata la Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 – KaWeRÄG 2017, mentre in Belgio è stata emanata una legge di modifica del Code de droit économique.

non sia distorta, con utilizzo strumentale dell'illecito civile, dato che anche i privati sono investiti della funzione di realizzare gli obiettivi perseguiti dalla legislazione antitrust: la materia della responsabilità extracontrattuale è, pertanto, attratta nell'orbita di una disciplina che ha lo scopo di regolare il mercato.

Pur essendo un illecito tipico, in buona parte disciplinato dal diritto europeo, non può parlarsi di una figura eurounitaria. Infatti, presupposto metodologico della direttiva è il convincimento che, sulla base dei dati economici di mercato, sia sufficiente dimostrare l'avvenuta alterazione della concorrenza per poter affermare il perfezionamento dell'illecito.

Visto il duplice scopo della disciplina, sembra opportuno declinare lo studio lungo i crinali costituiti dai diversi livelli di interrelazione.

Una prima intersezione è quella tra diritto europeo e diritto degli Stati, che pone il tema della duttilità e della coerenza dell'illecito civile, istituto che, negli ultimi anni, ha goduto di ampia fortuna nel panorama europeo[5]. Si tratta, più esplicitamente, di comprendere se l'attuale assetto normativo, che si inserisce in un ordinamento europeo privo di norme generali espresse in materia di responsabilità extracontrattuale, garantisca l'esistenza di regole uniformi nell'esercizio del diritto al risarcimento del danno nei diversi Paesi membri.

In questo senso, l'illecito in esame può costituire una sorta di banco di prova di un sistema europeo di responsabilità extracontrattuale: è necessario capire se le regole operazionali utilizzate nei vari Paesi membri

[5] Si veda, ad esempio, la disciplina della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione dello Stato per violazione del diritto europeo, quale risulta, principalmente, dalle sentenze *Francovich e Bonifaci* e *Brasserie du Pêcheur-Factortame* (rispettivamente, Corte di giust., 19 novembre 1997, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, caso *Francovich e Bonifaci contro Italia*, Raccolta della giurisprudenza 1995 I-03843 e Corte di giust., 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Germania*, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e a., cause riunite C-46/93 e C-48/93, in Raccolta della giurisprudenza 1996, p. I-1029) e le norme in tema di responsabilità del produttore, dettate dalla Direttiva del 25 luglio 1985 dalla Comunità Europea (85/374/CEE), trasposta in Italia con il resa Decreto del Presidente della Repubblica del 24 maggio 1988, n. 224 – Attuazione della direttiva CEE n. 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi dell'art. 15 della l. 16 aprile 1987, n. 183

siano tra loro analoghe, una volta che siano state spogliate delle costruzioni dogmatiche tipiche delle culture giuridiche nazionali.
L'interrelazione tra responsabilità civile nazionale e responsabilità civile europea pone una questione distinta ma correlata. Infatti, la figura dell'illecito civile risulta plasmato, a livello nazionale, sul fine della tutela dei diritti e degli interessi legittimi, in una ottica compensatoria che è propria del sistema costituzionale. L'utilizzo, da parte dell'ordinamento europeo del rimedio risarcitorio, avviene secondo una logica in parte differente, laddove il fine è garantire la piena effettività delle norme a tutela del mercato concorrenziale[6].
Bisogna comprendere in che misura la logica regolatoria possa combinarsi con la funzione compensatoria del rimedio. Questo punto è intrinsecamente connesso con la seconda intersezione, data dalla combinazione di principi e istituti giuridici e modelli di ragionamento economici. Se l'analisi delle norme del diritto civile merita sempre una valutazione dei loro effetti economici, vi sono dei settori in cui l'analisi economica degli istituti giuridici è imprescindibilmente connessa allo studio giuridico di tali fenomeni. Senza dubbio, come si è già cercato di dimostrare (vedi *supra*, capitolo 1), la disciplina della concorrenza è un settore in cui i due livelli di valutazione sono coessenziali. Si ritiene necessario, pertanto, condurre un'analisi economica della disciplina dell'illecito antitrust, al fine di valutare l'effetto deterrente della disciplina. L'impianto teorico della ricerca impone di considerare funzione compensatoria ed effetti deterrenti non come due fini confliggenti, ma come strumenti che si pongono su piani differenti. Si tratta di valutare, in altre parole, come norme poste con un fine di piena compensazione possano poi produrre effetti deterrenti significativi[7]. D'altro lato, in questo

[6] Per un'analisi delle consolidate figure di illecito, si veda *supra*, Capitolo 1.
[7] Tra queste norme, mi sembra che importanza primaria sia assunta dalla disciplina in tema di onere della prova, che, rispetto ad alcuni attori, non risulta giustificabile alla luce dell'applicazione del criterio di vicinanza, ma volta esclusivamente a rafforzare la posizione di chi agisce, in modo da aumentare l'efficacia deterrente dell'azione privata. Per ragioni di semplicità descrittiva e di coerenza logica, le norme in tema di onere della prova saranno esaminate nel capitolo 3, per cui si veda *infra*.

modo si colloca l'istituto nelle sue coordinate. Infatti, l'illecito antitrust rappresenta uno strumento di *enforcement* della disciplina della concorrenza dell'Unione europea. Per questo motivo, valutarne gli effetti economici significa cercare di comprendere la coerenza della disciplina alla luce del sistema rappresentato dal diritto della concorrenza dell'Unione.

1.1. La nascita giurisprudenziale dell'istituto

Indice normativo fondamentale in materia di *private antitrust enforcement* è la Direttiva 2014/104/UE che detta la disciplina in materia di azioni per il risarcimento del danno subito a causa di un illecito anticoncorrenziale.
La direttiva rappresenta il culmine di un processo evolutivo lungo, in cui importante è stato il ruolo della dottrina e del formante giurisprudenziale. *Leading case* in materia è il noto caso *Courage*[8], che interviene in un clima giuridico già preparato all'avvento dell'illecito civile antitrust[9]. In seguito

[8] Corte di Giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, caso *Courage*, Raccolta della giurisprudenza 2001 I-06297. Numerosi sono i commenti alla sentenza, per cui si veda, tra gli altri, VAN GERVERN W., Private enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Abend, in BASEDOW J., Private Enforcement of Ec Competition Law, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 19; MILUTINOVIĆ V., Private Enforcement. Upcoming Issues, in AMATO G.- EHLERMANN C.D. (edited by), EC competition law. A critical assessment, Oxford, Portland, Hart publishing, 2007, p. 725 ss; REICH N., The "Courage" doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? 2005, 42 C.M.L.Rev., p. 35 – 66 b.
Più in generale, sul ruolo della Corte di Giustizia come leader intellettuale nella promozione del diritto della concorrenza europea si veda GERBER D., Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford, 1998, p. 360 ss.

[9] L'istituto è disciplinato, ben prima di Courage, non solo dall'ordinamento statunitense (originariamente, sezione 7 Sheldon act; poi, sezione 4 Clayton Act), ma anche da alcune leggi degli Stati europei: ad esempio, si pensi a § 33 1998 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB e all'art. 13(2) della originaria legge spagnola per la tutela del diritto della concorrenza (LDC). Infatti, La Réparation des Conséquences Dommageables d'une Violation des Articles 85 and 86 du Traité Instituant la CEE, Série Concurrence No. 1, Brussels, 1966, rinviene, negli ordinamenti nazionali, principi comuni tali da fondare un apparato rimediale per i privati lesi dalle violazioni del diritto della concorrenza.
Il tema dell'apparato rimediale civilistico, in caso di violazione della concorrenza, è affrontato anche in European Commission, XIIIth Report on Competition Policy – 1983 (Brussels, 1984), p. 135 -136 e in Commission Notice on Co-operation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, O.J. 1993, C-39/5. Anche il Libro Bianco del 2001 affronta il tema della decentralizzazione del diritto della concorrenza. Tutti i documenti hanno un timido approccio minimalista, criticato da WESSELING R., The

alla fusione tra *Courage*, che produce birra e detiene una quota pari al 19 % del mercato inglese e Grand Met, impresa del settore alberghiero e ristorazione, la titolarità dei bar da concedere in locazione è trasferita alla IEL, società posseduta in parti uguali dalle due imprese. La IEL stipula con Crehan un contratto di locazione ventennale, ove, a fronte della possibilità di trattare il livello del canone di locazione, si prevede un obbligo di acquisto esclusivo della birra prodotta dalla Courage. Nel 1993, la Courage agisce in giudizio per ottenere il pagamento di fornitura rimaste insolute e Crehan oppone la violazione dell'articolo 85 del Trattato CEE (oggi articolo 101 TFUE) e presenta una domanda riconvenzionale per il risarcimento del danno derivante dal comportamento anticoncorrenziale. Com'è evidente dalla breve ricostruzione della fattispecie, la controversia sottostante rappresenta una ipotesi atipica di illecito antitrust, in quanto ad avanzare la domanda per il risarcimento dei danni è un soggetto parte del contratto con cui è perpetrata la violazione del diritto della concorrenza. Infatti, è proprio tale peculiarità a spingere il giudice nazionale a sospendere il giudizio per adire la Corte di Giustizia, poiché il

---

Modernisation of EC Antitrust Law, Oxford/Portland 2000, p. 198 ss e da KOMNINOS A., New Prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages, CMLR, 39, 2002, p. 447 ss.

Il principale strumento di cambiamento del diritto della concorrenza europea è rappresentato dal Libro Bianco del 1999, considerato rivoluzionario da KOMNINOS A., New Prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages, CMLR, 39, 2002, p. 447 ss; si veda anche EHLERMANN – ATANASIU (edited by), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Oxford/Portland, 2002.

In dottrina, JONES C. A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Oxford University Press, 1999 e REICH N. – MICKLITZ W. A., Europäische Verbraucherecht, 4th ed., Nomos, 2003, p. 216 ss. argomentano a favore di un sistema di private enforcement in europa. Viceversa, una parte della dottrina esclude che sia compito della Comunità europea dettare una disciplina per le azioni di risarcimento del danno provocato da una violazione della concorrenza, ritenendo che siano sufficienti le norme nazionali in tema di illecito civile, pur nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

Tra questi, TOFFOLETTO A., Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust, Milano, 1996, p. 114 ss; WAELBROECK M. – FRIGNANI A., European Competition Law, Arsdley, 1999; BASTIANON, Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust in Inghilterra e in Italia, Danno e Resp., 3, 1998, p. 1066 ss, che a pagina 1067 fa una interessante distinzione tra risarcibilità e risarcimento.

diritto inglese non consente alla parte di un accordo illecito di esperire un'azione di risarcimento dei danni nei confronti della controparte[10].
Nell'ordinanza di rimessione, si leggono due riflessioni ben rappresentative del dibattito giuridico del tempo intorno alla configurabilità di un illecito anticoncorrenziale.
Da un lato, il giudice inglese si interroga in ordine ai reali destinatari della tutela accordata dall'articolo 85 del Trattato, affermando che obiettivo della norma è quello di tutelare i terzi e non le parti dell'accordo anticoncorrenziale. Di contro, si fa un breve riferimento al diritto statunitense, che prevede la possibilità per la parte che si trovi in una situazione di inferiorità economica di intentare, nei confronti dell'altro contraente, un'azione di risarcimento per i danni provocati da un accordo anticoncorrenziale.
Per queste ragioni, il giudice nazionale sottopone alla Corte alcune questioni pregiudiziali, chiedendo se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito, contenente una clausola di esclusiva, possa far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale ("relief") nei confronti della controparte e, in caso di soluzione positiva, se la parte sia legittimata ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento della clausola contrattuale vietata ai sensi dell'art. 85.
Secondo una tecnica argomentativa già ampiamente utilizzata al fine di costruire un apparato rimediale pur in assenza di un dato normativo specifico, la Corte ricorda che i Trattati europei istituiscono un ordinamento giuridico proprio[11], i cui diritti sorgono in relazione agli

[10] La norma, presente anche in altri ordinamenti (ad esempio, paragrafo 817.2 BGB), è criticata dai commentatori. Si veda, ad esempio, ZIMMERMANN R., The law of obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition (Oxford, 1996), p. 864, che ritiene la regola, sintetizzata dal brocardo latino *in pari turpitudine*, ingiustificabile in epoca moderna, perché connotata da una spiccata attitudine moralizzatrice.
[11] È lo stesso presupposto da cui la Corte parte, nel noto caso *Francovich* (Corte di giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, caso *Francovich*), per attribuire un fondamento teorico al risarcimento dello Stato per violazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

obblighi che lo Stato impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie[12]. Le norme poste a tutela del diritto della concorrenza dell'Unione europea costituiscono delle disposizioni fondamentali per l'adempimento degli obiettivi della Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno, tanto da produrre effetti diretti nei rapporti tra singoli, cui sono riconosciuti diritti che i giudici nazionali devono tutelare[13]. Da qui, la Corte afferma la legittimazione di qualsiasi singolo a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione, laddove compito dei giudici nazionali è garantire la piena efficacia delle norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli. In linea con le tradizionali tecniche argomentative della Corte[14], in *Courage* si legge il richiamo alla necessità di assicurare l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 dell'articolo 85 del Trattato[15], che sarebbe messo in discussione se fosse

[12] Corte di Giust., 15 luglio 1964, causa C-6/64, caso *Costa*, Raccolta della giurisprudenza 1964 01141; Corte di Giust., 7 marzo 1985, causa C-32/84, caso *Van Gend & Loos*, Raccolta della giurisprudenza 1985 00779; Corte di giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, caso *Francovich,* Raccolta della giurisprudenza 1995 I-03843.

[13] In proposito, non è la prima volta che la Corte si esprime sulla possibilità che un individuo possa, in materie sottoposte alla competenza europea, chiedere i danni causati da un contratto che restringe o falsa la concorrenza di cui è parte. Nel caso *Banks*, Corte di Giust., 13 aprile 1994, causa C-128/92, caso *Banks Ltd v. British Coal Corp*, 1994, Raccolta I -1209, la Corte esclude il risarcimento del danno perché, da un lato, ritiene che le norme di cui agli articoli 65 e 66 Trattato CECA non siano direttamente applicabili ai rapporti privati e, dall'altro, afferma che la fattispecie non rientri nell'ambito di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE. Al contrario, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven, presentate il 27 ottobre 1993, sono nel senso della diretta applicabilità delle norme, come ricordato in VAN GERVERN W., Private enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Abend, in BASEDOW J., Private Enforcement of Ec Competition Law, Kluwer Law International, 2007, p. 19 ss.

[14] Corte di Giust., 28 giugno 1978, causa C-70/77, caso *Simmenthal*, Raccolta 1978 01453; Corte di Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, casi *Brasserie* e *Factortame,* Raccolta della giurisprudenza 1996 I-01029.

[15] Critica sulla reale portata del principio di effetto utile, così come enunciato in *Courage*, è MAUGERI M. R., Risarcimento del danno e diritto antitrust, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010, p. 149 ss, in particolare p. 152. Più in generale, il tema della fragilità dell'effetto utile come fondamento teorico di un nuovo rimedio risarcitorio, in base ai dettami del principio

impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

La pronuncia della Corte in *Courage* individua, nella teoria dell'effetto utile, il fondamento teorico dell'istituto e, quindi, attiene alla configurabilità del rimedio risarcitorio. Nulla si dice in ordine alle condizioni di ammissibilità del risarcimento[16] né rispetto agli effetti del risarcimento: si applica il noto principio dell'autonomia procedurale[17], in base al quale, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno designare i giudici competenti e stabilire modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, pur nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività[18].

La sentenza Courage individua nell'effetto utile del diritto della concorrenza dell'Unione europea il fondamento teorico dell'istituto, tale da riconoscere una tutela a ogni individuo[19]. Allo stesso modo, la sentenza Manfredi prevede che possano agire per il risarcimento del danno

garantista, è affrontato, rispetto all'illecito civile dello Stato, da DI MAJO A., Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Eur. e dir. priv., 1998, 1, p. 745 ss.

[16] VAN GERVERN W., Private enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Abend, in BASEDOW J., Private Enforcement of Ec Competition Law, Kluwer Law International, 2007, p. 19, ritiene si debbano applicare le condizioni di ammissibilità previste nel caso Francovich, date le similitudini tra i due rimedi in esame, che costituiscono ipotesi di illecito interfacciale, laddove l'ordinamento europeo stabilisce la configurabilità del rimedio, mentre gli effetti della responsabilità sono rimessi alla disciplina nazionale.

[17] Cfr. Considerando n. 17 Direttiva 2014/104/UE.

[18] Inoltre, altra questione pregiudiziale attiene alla possibilità di considerare compatibile con il diritto comunitario una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un soggetto di far valere i propri atti illeciti come presupposto per ottenere un risarcimento danni e, in caso di soluzione positiva, quali siano le circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione. Rispetto a questo quesito, la Corte ritiene compatibile con il diritto europeo una norma di diritto interno che vieti l'arricchimento senza giusta causa e una norma che neghi il risarcimento del danno dalla parte cui sia riconosciuta una significativa responsabilità nella violazione della concorrenza, essendo compito del giudice nazionale verificare l'eventuale inferiorità della parte che agisce per il risarcimento del danno, tale da compromettere la libertà negoziale.

[19] Nelle altre versioni della sentenza, si leggono le diciture *any individual; jedermann*; *chaque particulier*. L'Avvocato Generale Mischo si riferisce a *tutti i soggetti interessati* (Conclusioni dell'Avvocato Generale del 22 marzo 2001).

provocato da un comportamento anticoncorrenziale tutti i soggetti lesi, laddove, nella controversia sottostante, la questione della legittimazione ad agire si pone nei confronti di un soggetto estraneo all'accordo[20].
Ulteriori importanti tappe di affermazione della disciplina dell'illecito anticoncorrenziale sono costituite da due documenti di *soft law*. In particolare, nel Libro Verde del 19 febbraio 2005[21], è chiarito il futuro obiettivo della direttiva, cioè la definizione di norme dettagliate per proporre azioni di risarcimento del danno, al fine di risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e assicurare, attraverso la disincentivazione di condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia del Trattato, dato che l'assenza di tutela risulta imputabile

[20] Corte di giust., 13 luglio 2006, cause riunite C-295, 296, 297, 298/04, caso *Manfredi*, pubblicata in Resp. Civ. e prev., fascicolo 11, 2006, con nota di BASTIANON S., La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo, p. 1866. Con provvedimento finale 28 luglio 2000, n. 8546 (I377) (Bollettino 30/2000 del 14 agosto 2000), l'AGCM rileva un accordo illecito commesso da una serie di compagnie d'assicurazione coinvolte, che, attraverso uno scambio d'informazioni relativo al settore assicurativo, coordinano e fissano i premi delle assicurazioni RC auto in modo da imporre agli utenti consistenti aumenti dei premi non giustificati dalle condizioni del mercato e non eludibili dai consumatori (maggiorazione pari al 20%).
Gli attori nelle cause principali adiscono il giudice civile ordinario per ottenere la condanna di ciascuna delle compagnie di assicurazione interessata alla restituzione della maggiorazione dei premi pagata in virtù dell'intesa dichiarata illecita dall'AGCM. Il giudice nazionale competente, rilevando la violazione dell'articolo 81 trattato, in quanto l'illecito è stata commesso anche da alcune imprese appartenenti ad altri Stati membri ed operanti sul mercato italiano, chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che esso legittimi chiunque a far valere la nullità di una intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalità tra l'intesa o la pratica ed il danno. Il giudice europeo ricorda che, per giurisprudenza costante (vedi, in particolare, Corte di Giust., sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, Portelange, Racc. pag. 309, punto 10), la nullità può essere invocata da chiunque.
Inoltre, l'articolo 81 produce effetti diretti in capo ai singoli (pt. 39) e la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n.1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, laddove le modalità dei ricorsi devono essere definite dall'ordinamento giuridico interno secondo il principio di autonomia procedurale, pur nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza.
[21] Libro Verde, 19 dicembre 2005, sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, commentato da BASTIANON S., Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza, Mercato conc. Reg., 2006 p. 321 ss.

agli ostacoli giuridici e procedurali determinati dalle diversità tra le norme degli Stati membri.
D'altro lato, il Libro Bianco del 2 aprile 2008[22] individua come obiettivo principale dell'illecito in esame l'effetto deterrente per le infrazioni future e di maggior rispetto per le norme antitrust comunitarie, pur nel rispetto delle tradizioni giuridiche radicate, in materia di responsabilità civile, negli Stati europei.

1.2. La diversità delle tradizioni giuridiche europee in materia di responsabilità civile

L'illecito anticoncorrenziale costituisce una figura peculiare, le cui norme risultano dall'*aquis* comunitario, dalla direttiva 2014/104/UE e dalle leggi nazionali in tema di risarcimento del danno extracontrattuale: in altre parole, l'illecito in esame ha una natura bifronte, perché non è disciplinato in maniera completa dalla direttiva europea.
La vicenda del danno antitrust riflette pienamente il dinamismo interno attraverso il quale si afferma l'effettività del diritto dell'Unione europea.
In generale, si possono individuare due *modus operandi* dell'ordinamento giuridico europeo, che utilizza strumentalmente il rimedio civile al fine di affermare la piena effettività del diritto europeo[23]. Infatti, qualora l'Unione europea non ha competenza legislativa esclusiva nella materia, la Corte di Giustizia, attraverso lo strumento della responsabilità civile degli Stati[24], si

[22] Libro Bianco, 2 aprile 2008, in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.
[23] DI MAJO A., La 'via di fuga' nel torto aquilano, Europa e diritto privato, 4/2013, p. 791 ss.
[24] In materia di responsabilità civile dello Stato, si rinvia, ex multis a ALPA G., Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario, in Contratto e Impresa/Europa, 1999, p. 92 ss; ALPA G., La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2005; BARONE M. – PARDOLESI R., Il fatto illecito del legislatore. Nota a Francovich v. Bonifaci, Corte giust. C.E. 1911-1991 C-6/90 e C-9/90, Foro it., 1992, IV, c. 145 s.; BUSNELLI F.D., La responsabilità civile dello Stato, in Danno e responsabilità, 1999; CALZOLAIO E., L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica, Milano, 2004; CASTRONOVO C., La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario, in Europa dir. priv., 2012, 4, 945 s.; DI MAJO A., Responsabilità e danni nelle

affida al rimedio nazionale, al fine di dotare di applicazione orizzontale le norme di matrice europea e, indirettamente, allargare le sue maglie di competenza. Viceversa, nel caso – qual è quello del diritto della concorrenza – in cui l'Unione governa in maniera profonda la materia, l'intervento dell'ordinamento europeo è direttamente nel senso di regolare il rimedio.

In entrambe le ipotesi, il mutamento delle fonti provoca un deterioramento del rapporto espresso in termini di deroga e di eccezioni, che scardina il sistema della responsabilità civile nazionale[25].

L'interprete è chiamato a ricostruire gli elementi dell'illecito, ora rifacendosi alle norme fissate a livello europeo, ora, per gli aspetti che non risultino disciplinati da queste, rivolgendosi al sistema. Il problema che si pone riguarda quale sia il sistema attraverso il quale colmare le lacune di una disciplina speciale. In altri termini, si tratta di individuare una generale logica sottesa alla responsabilità extracontrattuale quale configurata nell'ordinamento dell'Unione europea. Gli interventi legislativi e gli orientamenti della Corte di Giustizia, ma anche la circolazione di modelli

---

violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Europa dir. priv., 1998; ROPPO V., Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa di finale, in Riv. Dir. priv., 2006, p. 347 ss; ROPPO V., Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo, in Corriere Giur., 2017, 3, p. 365 ss; SCODITTI E., Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria, nota a Cass. Civ. 4915/2003, in Foro it., 2003, I, p. 2015 ss; WAELBROECK D., Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law, in HEUKELS T. – McDONNEL A. (edited by), The Action for Damages in Community Law, The Hague – London – Boston, 1997, p. 311 ss. Il tema è stato approfondito in PULEIO G., La responsabilità civile dello Stato, in NAVARRETTA E. (a cura di), Codice della responsabilità, Giuffrè editore, in corso di pubblicazione.

[25]Il tema investe, più in generale, tutto il sistema della responsabilità extracontrattuale a livello nazionale, a causa del successivo affastellarsi di leggi speciali sul punto.

Secondo ALPA G., Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria, Resp. Civ. e prev., 1, 1999, p. 5 ss., superata è la dialettica tra fautori della concezione sistematica del diritto privato e fautori della concezione giusrealistica, perché *si tratta di un fenomeno in atto, irreversibile, che conduce ad un mutamento di natura strutturale dell'ordinamento interno: la responsabilità civile è un complesso di regole non più riconducibile a sistema; l'intento sistematico si riduce ormai alla individuazione del rapporto tra le regole speciali e le regole generali contenute nel codice civile e nelle leggi complementari*. Tra le principali ragioni del mutamento in atto, è individuato anche il mutato quadro delle fonti e il ruolo preponderante assunto dalla Corte di Giustizia, ove SALVI C., Diritto europeo e responsabilità civile, Resp. Civ. e prev., 1, 1999, p. 29 ss, ritiene privo di senso affrontare una riorganizzazione del diritto della responsabilità extracontrattuale a livello di Stato nazionale.

e di paradigmi differenti grazie ai contributi della migliore dottrina[26], rendono legittimo interrogarsi sull'esistenza di un quadro di riferimento europeo, in cui l'istituto dell'illecito civile svolga un ruolo fondamentale.
Punto di partenza dell'indagine non possono che essere le norme nazionali, perché il confronto tra le tradizioni giuridiche degli Stati, linfa vitale delle costruzioni giuridiche europee, è un passaggio ineludibile per la ricerca di soluzioni efficienti e comuni nel perimetro europeo.
Com'è noto, i principali studi comparatistici condotti sul punto[27] individuano due distinti nuclei problematici: la molteplicità di ricostruzioni teoriche relative alla responsabilità extracontrattuale e la irriducibilità *ad unum* dei modelli strutturali deducibili dalle principali esperienze ordinamentali europee. In particolare, le linee di continuità tra gruppi di ordinamenti si delineano intorno a quattro punti fondanti della disciplina: esistenza di una clausola generale o, viceversa, previsione di una lista

[26] Il dibattito in dottrina è molto vasto, per cui si rinvia, in prima battuta, alla pubblicazione degli atti, avvenuta in Euopa e diritto privato, 2, 1999, di un convegno tenutosi a Palermo nel dicembre 1998: VON BAR C., Tort Law: National variety and European perspective, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 327 ss.; SCHLECHTRIEM P., Delikt und Vertragsbruch im deutsvhen Recht: Problemstellunegen in den Grenzbereichen, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 341 ss; BEALE H., An Outline of Liability in Tort in English Law; or Continent Cut off by Fog, in Europa e dir. Priv., 1999, 361 ss; BELEBECQUE O., L'Évolution de la responsabilité en France, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 389 ss; CODERCH P. S. – RUIZ GARCìA J. A., Problemas de la responsabilidad civil en derecho español, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 401 ss; CASTRONOVO C., Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana, in Europa e dir. priv, 1999, 2, p. 445 ss.
Tra i contributi più recenti, CASTRONOVO C., Sentieri di responsabilità civile europea, Europa e diritto privato, 2008, p. 788 ss e SERIO M., La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione, Responsabilità civile e previdenza, 2/2014, Giuffrè, Milano, p. 327 ss.
[27] Il riferimento è, innanzitutto, a VON BAR C. (ed.), Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.), München, 2009, che ha come fine la individuazione di regole operazionali comuni nei diversi Paesi membri. In una prospettiva in parte diversa, AA. VV., Principles of European tort law, Wien, 2005, Springer, ad opera dello European Group of Tort Law, ha come obiettivo esplicito una codificazione europea.

predeterminata di illeciti[28]; elemento soggettivo della colpa[29]; antagonismo tra causalità giuridica e causalità materiale[30]; tipologie di danno risarcibile[31].

Tuttavia, a fondamento della maggior parte delle differenze tra i sistemi giuridici europei non è un diverso bilanciamento di interessi di carattere politico, sociologico o economico, ma è il diverso processo evolutivo avvenuto nelle enunciazioni o costruzioni teoriche, con cui tradizionalmente il vocabolario del legislatore e quello della dogmatica spiegano e sistemano le regole operazionali, ossia il diritto effettivamente vigente, che spesso conduce a risultati uniformi nei diversi Paesi europei[32]. Del resto, nel caso dell'illecito antitrust, alcuni elementi[33] devono essere ricostruiti attraverso il principio di autonomia procedurale, che rinvia al diritto nazionale, fermo il rispetto dei principi di equivalenza e di

[28]In VON BAR C. (ed.), Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.), München, 2009 si legge una distinzione molto complessa, che individua, ben otto gruppi di Paesi, laddove le differenze fondamentali intervengono tra sistemi fondati sull'utilizzo di una clausola generale, (Francia, Belgio, Lussemburgo, Spagna), e sistemi che prevedono una lista predeterminata di illeciti (UK, Irlanda e Paesi scandinavi). Ulteriori distinzioni intervengono a seconda che al centro si pongano i diritti violati o i doveri inattuati (Olanda); ancora, in alcuni ordinamenti, la clausola generale fa esplicito riferimento ai danni ingiusti (Italia e Grecia); infine, alcuni sistemi richiedono il concorso della lesione di un diritto assoluto e della violazione di un dovere primario di condotta (Portogallo) e, in aggiunta, contrarietà della condotta agli ordinari criteri delle azioni umane e sull'intento dannoso (Germania).

[29] CASTRONOVO C., Sentieri di responsabilità civile europea, Europa e diritto privato, 2008, p. 788 ss, afferma che in tutti i Paesi europei è in atto un progressivo movimento di disancoraggio del principio della colpa attraverso la oggettivizzazione della stessa; l'inversione dell'onere della prova, con la conseguente creazione di una presunzione di responsabilità; l'affermazione della responsabilità oggettiva, per cui il soggetto tiene un livello di attività che sia socialmente ottimo.

[30] La collisione è tra criterio materialistico o naturale, e cioè la regola della *condicio sine qua non*, nella sua evoluta versione probabilistica, e criterio fondato sulla prevedibilità dell'evento dannoso, usato dalle corti di common law.

[31] Il problema fondamentale attiene alla definizione del *pure economic loss*, di cui non esiste una nozione comune tra i diversi Paesi europei.

[32] SACCO R., Il sistema del diritto privato europeo. Le premesse per un codice europeo, in MOCCIA L. (a cura di), Il diritto privato europeo: problemi e prospettive (Atti del Convegno internazionale, Macerata 8-10 giugno 1989), Milano, 1993, 87 ss; identico sembra anche il principio che ispira la monumentale opera di VON BAR C., Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, in Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Beck, München, 1996.

[33] Il riferimento è al nesso di causalità, la cui assenza di disciplina costituisce un grave vulnus della direttiva 2014/104/UE, come sarà meglio spiegato al paragrafo 5, per cui si veda *infra*.

effettività[34]. È proprio l'intervento del principio di effettività che ha un risultato dirompente sul sistema nazionale di responsabilità civile, imponendo di ricostruire un quadro di valori a livello di ordinamento europeo.

L'effettività del diritto dell'Unione europea modella l'istituto della responsabilità civile secondo logiche diverse da quelle, tipiche dell'ordinamento nazionale[35], volte esclusivamente alla tutela dei diritti. A causa degli obblighi presi con l'adesione dei Trattati, la ricostruzione degli elementi dell'illecito deve piegarsi al rispetto del principio di effettività dell'Unione europea: la disciplina della responsabilità extracontrattuale risulta orientata all'attuazione di norme, che, oltre a fondare diritti, hanno anche un carattere e uno scopo generale, cioè la tutela del mercato concorrenziale. Emergono, così, le due anime dell'istituto dell'illecito anticoncorrenziale, volto a risarcire i singoli dei danni subiti e a potenziare la tutela del mercato concorrenziale, cui corrisponde la dialettica tra funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'illecito.

1.3. Gli obiettivi e le funzioni del danno antitrust

A chiusura del paragrafo precedente, si è accennato al tema che, fin dagli albori della disciplina, è stato il nodo problematico essenziale, effluente

---

[34] Cfr. Considerando 11 della direttiva 2014/104/UE, per cui: *In mancanza di una legislazione dell'Unione, le azioni per il risarcimento del danno sono disciplinate dalle norme e procedure nazionali degli Stati membri.* […] *Tutte le norme nazionali che disciplinano l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato da una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, comprese quelle relative ad aspetti non trattati nella presente direttiva quale la nozione di nesso causale fra la violazione e il danno, devono rispettare i principi di efficacia e di equivalenza.* […] *Qualora gli Stati membri nel loro diritto nazionale prevedano altre condizioni per il risarcimento, quali imputabilità, adeguatezza o colpevolezza, essi dovrebbero poter mantenere tali condizioni nella misura in cui siano conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai principi di efficacia e di equivalenza e alla presente direttiva.*

[35] Ciò vale in generale per tutti gli ordinamenti nazionali, perché in ognuno di essi, per responsabilità extracontrattuale si intende l'insieme di norme in base alle quali il costo del danno viene trasferito da chi lo ha subito a chi lo ha provocato. Nello stesso senso, VON BAR C. (ed.), Non-contractual liability arising out of damage caused to another, PEL Liab. Dam., München, 2009, p, 229: *It is decided whether one who has suffered a damage can on that account demand reparation (whether in money or in kind) from another with whom there may be no other connection in law than the incident of causation of damage itself.*

del ben più vigoroso dibattito in ordine alle funzioni della responsabilità extracontrattuale[36].

La direttiva 2014/104/UE[37] espressamente assegna all'istituto della responsabilità civile derivante da una violazione del diritto della concorrenza il fine di garantire la piena attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE e il corretto funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori.

Il dettato letterale del dato normativo impone di ridefinire i termini della questione: interrogarsi rispetto alla funzione deterrente della disciplina del risarcimento antitrust significa valutare l'effettiva possibilità di utilizzare il rimedio risarcitorio come strumento di regolazione del mercato.

Ciò ha una prima fondamentale conseguenza sul piano metodologico. Infatti, se valutare l'efficacia deterrente dell'illecito anticoncorrenziale significa studiare la reale capacità della responsabilità, come rimedio[38], di assolvere a una funzione di regolazione del mercato, l'intersezione tra

---

[36] Si veda, in proposito, MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010, con particolare riferimento ai contributi di NICITA A., Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica, p. 25 ss; BARCELLONA M., Funzione compensativa della responsabilità (e "private enforcement" della disciplina antitrust, p. 57 ss; MAUGERI M. R., Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie, p. 147 ss; DENOZZA F – TOFFOLETTI L., Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust, p. 193 ss; GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento, p. 215 ss.

Vista la sterminata bibliografia in tema di compatibilità, con i principi dell'ordinamento italiano, della funzione deterrente della responsabilità extracontrattuale, si rinvia a BUSNELLI F.D., Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, in Europa e dir. Priv., 2009, p. 909 ss.; DI MAJO A., La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente, Europa e diritto privato, 2/2008, p. 289 ss; Di recente, la Cassazione, Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, pubbl. in Corriere Giuridico, 2017, p. 1042, con nota di CONSOLO C., argomenta nel senso dell'apertura ulteriore verso una dimensione polifunzionale delle regole di responsabilità civile.

[37] Considerando nn. 1, 2, 3, 4, 54 e articolo 1, direttiva 2014/104/UE. Si rinvia, inoltre, al considerando n. 7 del Regolamento europeo n. 1/2003, che attribuisce alla giurisdizione civile un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

[38] Sull'opportunità di configurare la responsabilità extracontrattuale come rimedio si esprime, criticamente, DI MAJO A., Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia, Riv. dir. civ., 2005, 243 s. e in La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente, Europa e diritto privato, 2/2008, p. 289 ss.

elementi dell'illecito e modelli economici rende necessario il ricorso agli strumenti forniti dall'analisi economica del diritto.

Si cercherà ora di spiegare questa prima affermazione.

L'intuizione a fondamento dell'analisi economica dell'illecito extracontrattuale[39] individua nel costo del danno una esternalità negativa. In via di prima approssimazione[40], può dirsi che un operatore economico produce una esternalità negativa ogni volta in cui, cercando di massimizzare il proprio benessere, fa ricadere, su soggetti terzi gli effetti dannosi della propria condotta[41]. L'analisi economica riscrive la tradizionale definizione della responsabilità extracontrattuale, come sistema volto a trasferire il costo del danno da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, arricchendo tale funzione distributiva con il criterio della efficienza. In quest'ottica, la responsabilità civile è un meccanismo che impone alle imprese di internalizzare i costi sociali che derivano dalla condotta anticoncorrenziale. Accanto alla finalità principale, cioè quello di compensare la vittima del danno subito, la teoria della deterrenza

[39] L'analisi economica del sistema della responsabilità extracontrattuale non può trovare fondamento teorico nel noto teorema di Ronal Coase, secondo il quale, in assenza di costi di negoziazione, chi genera esternalità e chi le subisce contrattano tra loro fino ad una efficiente allocazione delle risorse, perché prima dell'illecito è impossibile identificare danneggiante e danneggiato.

Calabresi, per primo, individua nella responsabilità civile una questione di *policies* anziché di *principles*, affermando che questa è uno strumento per allocare, secondo criteri economici, utilità e risorse. Cfr. CALABRESI G. – MELAMED D., Property rules, liability rules, and inalienability, One view of the Cathedral, 85 Harvard Law Review, 1972, 1089 ss.

[40] Tra i testi classici sul tema, CALABRESI G., The Cost of Accidents, New Haven, Conn., 1970; POLINSKY A. M., An Introduction to Law and Economics, 2end ed., Boston, 1989, capitoli 6 e 7; POSNER R. A., Economic Analysis of Law, 6th edition, New York, capitolo 6. In italiano, riassume le questioni fondamentali della materia FREZZA G. – PARISI F., Responsabilità civile e analisi economica, Giuffrè, Milano, 2006, cui si rinvia anche per la relativa bibliografia.

[41] GRUNDMANN S., Information, party autonomy and economic agents in European contract law, 39 CML Rev., 2002, p. 269 ss definisce le esternalità come il fallimento del mercato più difficilmente governabile dal diritto. Similmente, anche DENOZZA F., Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole", in Orizzonti del diritto commerciale, 2013, 3, consultabile online presso: http://www.rivistaodc.eu/media/22402/denozza_market_failure.pdf.

generale[42] è volta alla creazione di un sistema di incentivi che inducano potenziale danneggiante e potenziale vittima ad acquisire adeguate misure di protezione, al fine di promuovere una efficiente allocazione delle risorse.

La nozione di deterrenza generale riflette, quindi, le teorie economiche che osservano il funzionamento del mercato concorrenziale: proprio per questa ragione, un'analisi economica dell'illecito anticoncorrenziale restituisce l'istituto alla sua dimensione fondamentale, risultando metodologicamente corretta.

Chiusa questa premessa, bisogna poi cercare di comprendere se sussistano spazi per uno studio degli eventuali effetti deterrenti di una disciplina che espressamente escluda la possibilità di una sovra compensazione[43].

Qui si tratta di capire se le nozioni generali di compensazione e deterrenza sottendano questioni analoghe sul piano della politica del diritto.

Anche rispetto a questo problema, la scelta, come strumento metodologico, dell'analisi economica non è neutra rispetto alla soluzione.

Il bilanciamento costi-benefici, volto a disincentivare le attività il cui valore sociale sia inferiore al rischio creato, investe il rimedio di una dimensione strumentale, che può apprezzarsi solo con un approccio razionale al problema dell'illecito.

Sul punto, spunti di riflessione utili vengono dai tradizionali paradigmi elaborati dalla politica criminale[44]. Secondo l'approccio razionale al problema penale, possono distinguersi tre momenti differenti: il processo di selezione del reato, il processo di individuazione degli obiettivi di tutela e la risposta sanzionatoria.

---

[42] CANE P., Atiyah'sAccidents, Compensation and Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 439 ss sottolinea come il fine della deterrenza generale possa essere solo complementare a quello della compensazione, che negli ordinamenti giuridici occidentali fonda il sistema della responsabilità civile.

[43] Articolo 3, Direttiva 2014/104/UE.

[44]GIUNTA F., Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientistici, in Politica del diritto, Fascicolo 2, giugno 2000, p. 265 ss.

Ora, i tre momenti operano su due piani diversi perché applicano parametri diversi. Al primo livello operano il momento di selezione del comportamento illecito – cioè il momento di definizione della fattispecie astratta – e quello di individuazione degli obiettivi di tutela, volto a individuare gli scopi in astratto dell'intervento punitivo: entrambi rispondono ad un parametro di valore.
La risposta sanzionatoria in concreto persegue, invece, un criterio di efficacia.
Nel momento in cui si accetta che l'illecito civile possa avere una dimensione strumentale, cioè possa essere uno strumento in grado di creare un sistema di incentivi attraverso i quali evitare che vengano compiute attività il cui costo totale è superiore al beneficio dell'agente, l'impianto teorico, mutuato dal diritto penale, può essere traslato e applicarsi all'illecito civile in quanto politica di repressione di un comportamento socialmente indesiderato. Giova già anticipare che, in quest'ottica, il costo totale è dato dalla somma tra danni sociali e danni privati, scontata degli eventuali guadagni di efficienza.
È abbastanza intuitivo comprendere a cosa corrispondano il primo livello, cioè il momento di ricostruzione del fatto ("*Qualunque fatto… che cagiona ad altri un danno ingiusto*") e il terzo, cioè la individuazione del contenuto della obbligazione risarcitoria, come risposta sanzionatoria in concreto ("*obbliga colui che ha commesso il danno a risarcire il danno*"). Più complessa è la determinazione dell'insieme di norme che, nel sistema generale della responsabilità civile oppure nei diversi sistemi speciali, contribuiscono a determinare gli obiettivi di tutela, cioè gli scopi in astratto della disciplina. Tra questi, e con peculiare riferimento alle ipotesi tipiche di illecito euro unitario[45], si possono collocare, innanzitutto, i principi che esplicitamente indicano gli scopi in astratto perseguiti da una determinata ipotesi di responsabilità e, in secondo luogo, le norme che, dettate per gestire il

[45] Considerando nn. 2, 3, 6, 10 Direttiva 2014/104/EU. Un altro esempio perviene dal diritto europeo: nel caso di illecito dello Stato, esplicitamente si riconosce la funzione di rendere effettivo i diritti che l'ordinamento europeo riconosce ai singoli.

rischio che il comportamento illecito venga compiuto, definiscano il livello di prevenzione necessario, individuando i criteri di imputazione della responsabilità.

La prospettiva adottata implica, quindi, il rifiuto di identificare il possibile effetto deterrente di una ipotesi di illecito civile con la funzione sanzionatoria del risarcimento, perché la funzione di deterrenza attiene agli obiettivi generali della responsabilità extracontrattuale, mentre l'alternativa compensazione/sovra compensazione riguarda la determinazione in concreto della risposta dell'ordinamento[46].

La direttiva sul danno antitrust menziona come obiettivo principale quello della compensazione dei danni, cui è informata la norma in materia di danno risarcibile, e come ulteriore obiettivo quello di *enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Il rischio, come si cercherà di dimostrare con l'analisi degli elementi dell'illecito e con lo studio dell'interazione tra livello privatistico e livello pubblicistico di tutela[47], è che non si raggiunga né l'uno né l'altro scopo.

Prima di passare finalmente alla ricostruzione e al commento degli elementi della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto della concorrenza, è necessaria una ultima annotazione.

---

[46] Un impianto teorico simile è descritto in DENOZZA F – TOFFOLETTI L., Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 193 ss. Gli Autori ripartiscono le scelte del regolatore in tre diversi gruppi, distinguendo tra scelte relative alla definizione dei comportamenti illeciti (ad esempio, grado di colpa necessario per far scattare le sanzioni); gestione del rischio, che attiene al livello di eventuali interventi preventivi, deterrenza, meccanismi che consentano la scoperta delle azioni illecite e dei loro autori; gestione delle conseguenze, ove si collocano le decisioni relative al compenso dovuto alle vittime, all'efficacia punitiva della sanzione e così via.

Le scelte compiute in uno dei tre livelli producono effetti sulle scelte che possono essere compiute negli altri due ambiti.

Deterrenza e compensazione si pongono su livelli diversi, ove il problema della deterrenza attiene alla gestione del rischio, mentre quello della compensazione delle vittime riguarda la gestione delle conseguenze. Quindi, in astratto, niente impedirebbe al legislatore di modellare l'azione di risarcimento del danno in modo da esaltarne l'efficacia deterrente. Poi, il legislatore potrebbe decidere se lasciare che le vittime ricevano solo quello che spetta loro in seguito all'esercizio di danni non concepiti in funzione della loro compensazione oppure debbano essere ristorate alternativamente, magari con l'attivazione di strumenti integrativi dell'azione di danni.

[47] Per cui vedi *infra*, Capitolo 3.

Si è cercato di mettere in luce il rapporto circolare che intercorre tra funzioni dell'istituto e approccio metodologico corretto.
Questo è vero anche in un altro senso. Infatti, se l'opportunità di una analisi economica dell'illecito in esame discende dall'aver individuato, accanto alla funzione compensatoria, anche quella di rafforzare e rendere effettive le norme europee a tutela della concorrenza, in maniera speculare può dirsi che l'approccio economico rilevante dipenderà dagli obiettivi economici che il sistema del diritto della concorrenza si è posto[48]. Ciò discende dalla peculiarità del diritto della disciplina della concorrenza europea, ove non è possibile individuare un ordine gerarchico tra gli obiettivi economici, secondo un impianto di economia costituzionale[49]. Per semplicità espositiva, questa indagine presuppone che la massimizzazione del benessere complessivo (sia pure con una correzione in senso distributivo) sia l'obiettivo unificante delle finalità economiche perseguite dal diritto della concorrenza dell'Unione.

1.4. L'identificazione dell'interesse tutelato

Ben prima dell'avvento della disciplina europea, autorevole dottrina italiana ha utilizzato proprio il danno privato derivante da restrizione della concorrenza come esempio di illecito (allora atipico) in cui particolarmente complessa risulta la determinazione dell'interesse tutelato[50]. Infatti, dalla condotta anticoncorrenziale derivano conseguenze negative che si diffondono, spesso con effetto moltiplicativo, per tutto il sistema economico, poiché la lesione di una economia individuale ha conseguenze indirette su altre economie. Per questa ragione, la citata dottrina ha sottolineato l'esigenza che il legislatore circoscrivi o, nel caso di illeciti atipici, individui criteri per delimitare l'ambito di protezione della

[48] Si tratta di un orizzonte teorico che risulta giustificato dalla evoluzione storica della disciplina, che si è sviluppata dal tronco del diritto della concorrenza europeo e non da quello del diritto privato, per cui cfr. supra, capitolo 1, paragrafo 4
[49] Si veda *supra*, Capitolo 1, paragrafo 2, ove si mostra come il quadro sia ulteriormente complicato dalla esistenza di obiettivi politici.
[50] TRIMARCHI P., Illecito (dir. priv.), Enciclopedia del diritto, XX, Annali, Giuffrè editore, Milano 1970, punto 19.

norma violata. Inoltre, la stessa dottrina ha sostenuto l'insufficienza di una teoria generale della responsabilità extracontrattuale che prescinda dai reali conflitti di interesse sottostanti alle ipotesi di illecito di volta in volta considerate.

Adesso, a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale e della Direttiva 2014/104/UE, sembra che l'attrazione della materia del danno civile anticoncorrenziale entro il sistema del diritto della concorrenza dell'Unione europea abbia come prima conseguenza proprio l'impossibilità di delimitare in maniera circoscritta l'ambito di protezione della norma violata. Infatti, dalla funzione di effettività del diritto della concorrenza, che si accompagna a quella tradizionale di compensazione del danno, discende che l'interesse giuridicamente tutelato è, in maniera generale, l'assetto concorrenziale del mercato, rispetto al quale la tutela risarcitoria riconosciuta al singolo è strumentalmente orientata. La ricostruzione, in termini così generali, dell'ambito di protezione della norma violata ha delle ricadute operative profonde, ove il problema di limitare gli interessi individuali protetti e i danni risarcibili deve essere risolto dall'interprete in sede di giudizio di causalità e di elemento soggettivo dell'illecito.

In altre parole, l'ipotesi di illecito in esame sottende a un conflitto di interessi del tutto peculiare, tale da giustificare, almeno secondo chi scrive, delle regole operazionali in parte differenti da quelle usualmente utilizzate dalle Corti italiane in materia di responsabilità extracontrattuale, come si cercherà di dimostrare *infra*[51].

2. Aspetti procedurali.

La direttiva 2014/104/UE, come si è detto, è concepita nella prospettiva della tutela, imponendo a ciascuno Stato membro di predisporre un apparato procedurale a garanzia dell'effettivo esercizio del diritto[52]. Per questa ragione, il tema del risarcimento del danno per violazione del diritto

[51] Vedi infra, paragrafi 3, 4, 5.

[52] Considerando n. 4, Direttiva 2014/104/UE.

della concorrenza richiede di essere trattato da una duplice prospettiva, poiché pone questioni che non sono proprie solo del diritto sostanziale ma anche di quello processuale[53].

Innanzitutto, si ritiene che la disciplina in esame si applichi non solo nel caso di azioni per violazione antitrust, ma anche nelle controversie in cui il comportamento anticoncorrenziale sia eccepito in chiave difensiva: infatti, tanto l'articolo 1 della direttiva 2014/104/UE quanto l'articolo 1 del decreto legislativo 3/2017, definendo l'ambito di applicazione della disciplina, utilizzano il parametro oggettivo della violazione del diritto della concorrenza. L'interpretazione ha, inoltre, ricevuto autorevole avallo dalla Cassazione, che ha ritenuto direttamente applicabile la direttiva sul danno antitrust proprio in riferimento a una controversia in cui il convenuto aveva eccepito in funzione difensiva la violazione anticoncorrenziale[54].

Inoltre, l'articolo 18 del decreto legislativo italiano disciplina l'aspetto della competenza, che viene attribuita ai tribunali per le imprese. In particolare, viene aggiunto il comma 1-*ter* all'articolo 4 del d.lgs. n. 168 del 2003, in base al quale le controversie in tema di danno antitrust sono attribuite alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, anche nell'ipotesi in cui la società convenuta abbia sede all'estero[55].

---

[53] Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO M., Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale, INT'L LIS, p. 123 ss, nota a Cass., I sez. civ., 4 giugno 2015, n. 11564, per cui vedi anche nota 53. Si rinvia anche a COMOGLI L. P., Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 2, 2017, p. 991 ss. per un'attenta disamina delle questioni processuali affrontate dal decreto legislativo italiano di recepimento. Come si illustrerà *infra*, si è scelto di affrontare nel terzo capitolo di questo lavoro lo studio delle norme procedurali che segnatamente pongono questioni di compatibilità con la tutela pubblicistica della concorrenza europea.

[54] Il riferimento è a Cass., I sez. civ., 4 giugno 2015, n. 11564, pubblicata in Foro it., I, c. 2742, con note di CASORIA M. e PARDOLESI R.; in Dir. ind., 2015, 6, p. 537, con nota di GERACI A., Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante; in INT'L LIS, con nota di DE CRISTOFARO M., Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina. Si veda anche CASORIA M., Private enforcement: il cuore del giudice oltre l'ostacolo?, in Mercato concorrenza regole, 2, agosto 2015, p. 337.

[55] La norma rappresenta, quindi, una deroga alla disciplina di cui al comma 1-bis dello stesso articolo. Prima della previsione, il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cosiddetto decreto "salva Italia")

L'attribuzione della competenza ad un giudice superspecializzato è in linea con la scelta effettuata da altri ordinamenti: infatti, nel Regno Unito, a partire dal 2002, la competenza in materia di danno anticoncorrenziale è ripartita tra la High Court e il CAT; in Spagna, la Ley Concursal 8/2003 ha istituito lo *Juzgados de lo Mercantil*; in Francia, con il Décret n. 1756/2005, a partire dal 30 dicembre 2005, sono sedici i tribunali specializzati che possono giudicare in materia di azioni civili antitrust.

L'ambito di applicazione della norma merita qualche chiarimento. Infatti, a differenza della direttiva, il decreto legislativo 3/2017 disciplina anche le azioni di classe ex articolo 140 *bis*, comma 1, lettera c, del codice del consumo, cioè le azioni di classe promosse in seguito a violazione del diritto della concorrenza. Tuttavia, l'articolo 140 *bis* del codice del consumo prevede già specifici criteri di competenza per territorio, devolvendo, in generale, le azioni di classe al tribunale ordinario del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa convenuta. Nonostante il silenzio del legislatore sul punto, risulta più coerente con la ratio della norma ritenere che anche alle azioni collettive si applichi il nuovo comma 1-*ter*, articolo 4, d.lgs 168/2003, laddove l'intenzione del legislatore sembra essere nel senso di devolvere alla competenza di un unico giudice tutte le controversie di illecito antitrust[56].

Altre norme di diritto procedurale, dettate dalla direttiva 2014/104/UE e dal d.lgs. 3/2017, riguardano legittimazione e prescrizione. Si è scelto di inserire in questo paragrafo anche lo studio delle norme del decreto italiano di recepimento in materia di azione collettiva, poiché si tratta di

attribuiva la competenza alle Sezioni specializzate in materia di Imprese dei Tribunali dei Distretti di Corte d'Appello, abrogando la competenza funzionale ex art. 33, comma 2, Legge 287/1990. Il problema del riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo e il tema della competenza funzionale delle corti d'appello era stato a lungo discusso in giurisprudenza, per cui si rinvia a Corte di Appello di Bologna, III sez. civ., 17 aprile 2012, *Aviapartner S.p.A./Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna S.p.A.*

[56] COMOGLI L. P., Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 2, 2017, p. 991 ss, in particolare p. 996 ritiene che la norma rafforzi la tendenza evolutiva delle sezioni specializzate, nel senso di sezioni *superspecializzate*.

un tema connesso a quello della legittimazione attiva, in quanto dipendono entrambi dalla natura plurioffensiva dell'illecito anticoncorrenziale.
Viceversa, si è scelto di sviluppare nel capitolo 3 l'analisi delle norme e degli istituti – onere della prova; ordine di esibizione; standard della prova; efficacia vincolante delle decisioni definitive dell'autorità nazionale a tutela della concorrenza – che provocano intersezioni specifiche con il livello pubblicistico di tutela della concorrenza.

2.1. L'illecito anticoncorrenziale come torto plurioffensivo

Come si è cercato di mettere in luce nel corso della trattazione, nel caso di danno anticoncorrenziale, le categorie civilistiche tradizionali si colorano di peculiarità strumentali alla realizzazione degli obiettivi del diritto della concorrenza dell'Unione.
Ciò è vero anche rispetto alla *legitimatio ad causam*, che, secondo la regola generale, sussiste in capo al soggetto titolare del rapporto giuridico controverso.
In questo caso, la legittimazione attiva spetta a chiunque, cioè a tutti i soggetti che abbiano subito un danno patrimoniale come conseguenza immediata e diretta dell'illecito anticoncorrenziale. Infatti, il danno antitrust è una ipotesi di torto plurioffensivo, in quanto la condotta in contrasto con il diritto anticoncorrenziale è suscettibile di ledere un'ampia platea di soggetti, riconducibili, anche per esigenze descrittive, a tre diverse categorie: gli imprenditori; l'autorità pubblica; i consumatori e gli utenti.
La prima categoria comprende, oltre all'imprenditore concorrente, anche l'imprenditore debole che abbia partecipato alla commissione dell'illecito e l'imprenditore, pur con alcune precisazioni. Infatti, dal principio elaborato dalla Corte nella sentenza *Courage*[57], poi affermato anche dal legislatore europeo, discendono precise indicazioni. Da una parte, il diritto europeo non osta che i diritti nazionali allarghino la legittimazione ad agire fino a ricomprendere anche i contraenti deboli, che abbiano aderito all'intesa restrittiva pur non dando alla stessa un contributo significativo.

[57] Vedi supra, paragrafo 1.2.

D'altro lato, il diritto europeo impone che la legittimazione all'azione sia riconosciuta in capo all'impresa che abbia negoziato in condizioni di dipendenza economica e, in ragione di tale dipendenza, sia stata complice di un illecito antitrust commesso dalla parte contrattuale più forte[58].
Quanto alla seconda categoria di possibili attori, se è razionale configurare la legittimazione ad agire in capo alle autorità pubbliche[59], con riguardo ai rapporti istituiti con le imprese che hanno perpetrato l'illecito, non sfugge il rischio di violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso di azioni *follow on*, perché, nel procedimento amministrativo, l'autorità determina l'ammontare della sanzione anche in funzione della gravità degli effetti anticoncorrenziali[60].
Rispetto alla terza categoria enucleata, il diritto europeo[61] e quello nazionale[62] riconoscono anche ai consumatori finali la legittimazione attiva, i cui contorni sono delineati in chiave di effettività della tutela giudiziale.
La scelta di attribuire la legittimazione ad agire anche a soggetti che, per definizione, si pongono a un livello diverso della catena distributiva, si

[58] Cfr. LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 466 ss. Secondo l'Autore, ulteriore corollario della disciplina in esame sarebbe il diverso trattamento tra intese verticali, in cui si può avere una dipendenza economica, e intese orizzontali, in cui non si può mai avere un rapporto di vera e propria dipendenza economica.
[59] Corte di Giust., Grande Sez., 6 novembre 2012, C-199/11, Commissione UE c. Otis NV e aa, Racc. dig. Gen.
[60] Così anche LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 466 ss.
[61] Anche in questo caso, l'*aquis* comunitario trova conferma nella direttiva.
[62] In campo nazionale, maggiori difficoltà sono sorte rispetto alla possibilità di configurare la legittimazione attiva in capo ai consumatori finali, a causa di una impostazione differente della giurisprudenza della Cassazione, che riteneva le regole della concorrenza modellate sul calco della disciplina della concorrenza sleale e, per questo motivo, improntate alla tutela dell'imprenditore. Un mutamento della giurisprudenza si ha con Cassazione civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, che interpreta la legge antitrust come legge dei soggetti del mercato. Per una più approfondita analisi della lunga evoluzione dell'ordinamento italiano sul punto, si rinvia a CASTELLI L., Disciplina antitrust e illecito civile, Giuffrè, Milano, 2012, p. 126 ss. e a FATTORI P., La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust, in PACE L. F. (a cura di), Dizionario sistematico della concorrenza e del mercato, Jovene editore, Napoli, p. 283 ss.

giustifica non solo in una ottica compensatoria[63], ma anche in chiave di deterrenza. Infatti, l'assunto di diritto civile sostanziale, in base al quale il consumatore è un operatore economico in grado di influenzare l'assetto concorrenziale del mercato, si specchia nella regola di diritto processuale civile in esame, perché il consumatore, con l'azione privata, contribuisce a rendere effettivo il diritto della concorrenza europeo e nazionale.

2.2. La tutela collettiva e il danno antitrust

Esplicitando quanto detto a conclusione del paragrafo precedente, l'esercizio dell'azione privata costituisce un meccanismo di produzione di incentivi per l'impresa a non commettere un comportamento anticoncorrenziale.

L'attore, mosso dal privato interesse ad ottenere la compensazione, esplica così una funzione socialmente rilevante[64], perché, nel caso di accoglimento dell'azione, aumenta anche la probabilità che danneggianti futuri siano obbligati al risarcimento del danno, contribuendo così alla sua traslazione temporale[65].

Come si è detto, la responsabilità antitrust è una ipotesi di illecito civile plurioffensivo, ove generalmente si registra un numero molto elevato di vittime le quali hanno subito un danno economicamente limitato. In effetti, tale fenomeno vale per lo più per gli abusi di sfruttamento, laddove, nel caso di abusi escludenti, il conflitto contrappone una impresa dominante o un gruppo di imprese legate da una intesa ad altre imprese

[63] In ogni caso, per rispettare la funzione compensatoria dell'istituto, la direttiva 2014/104/UE disciplina in maniera puntuale l'eventualità di trasferimento di sovrapprezzo, per cui si veda *infra*, paragrafo 4.

[64] Per un chiarimento terminologico rispetto alla differenza tra interesse individuale e utilità sociale nel giudizio civile, si rinvia a SCHWARTZ W. E. – TULLOCK G., The Costs of a Legal System, Journal of Legal Studies, p. 75 ss; PRIEST G., Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis, Supreme Court Economic Review, 1, 1982, p. 163 ss; SHAVELL S., Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, Journal of Legal Studies, 1982, p. 55 ss.

[65] Il tema è affrontato, in una ottica più generale, in FREZZA G. – PARISI F., Responsabilità civile e analisi economica, Giuffrè editore, 2006, p. 311.

concorrenti, che lamentano di aver subito un danno economicamente ragguardevole[66].

Nel caso di abusi di sfruttamento, si crea, dunque, una divaricazione tra il danno individuale, che è di lieve entità, e l'ammontare totale del danno, socialmente rilevante. Questo provoca uno squilibrio tra l'esigenza compensatoria individuale, che è esigua, e l'esigenza deterrente di porre incentivi alla prevenzione, che è invece importante.

L'esigenza compensatoria individuale è esigua dato che gli alti costi giudiziali scoraggiano la vittima ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno economicamente lieve. A proposito dei costi della lite, può aggiungersi che la struttura seriale del contenzioso sviluppa un conflitto tra parti abituali e parti occasionali, influendo sulla struttura della posta in gioco e sulle strategie decisionali delle parti[67].

Infatti, per le vittime del comportamento anticoncorrenziale, che rappresentano la parte occasionale del conflitto, la posta in gioco della lite equivale al valore della singola causa, mentre per le imprese che abbiano commesso il comportamento anticoncorrenziale, la posta in gioco della controversia è pari al valore di tutte le cause del contenzioso giudiziario provocato dalla condotta anticoncorrenziale.

Ciò significa che non solo il singolo danneggiato non agisce perché scoraggiato, in linea generale, dai costi dell'azione giudiziaria, ma anche che questi costi sono aumentati dalla maggiore propensione della parte abituale ad investire nella lite[68].

---

[66] Così PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, bologna, 2010, p. 61 ss.

[67] La dicitura è tipica della letteratura classica sul punto, per cui si rinvia a GALANTER M., Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change, in Law & Society, 1974, 95 ss, Traduzione It. Perché gli abbienti si avvantaggiano. Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico, in Pol. Dir., 1976, p. 307 ss.

Di recente, affronta il problema GIUSSANI A., Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica, in Resp. Civ. e prev. 2002, p. 315, cui si rinvia anche per l'approfondimento bibliografico.

[68] Un riequilibrio della posta in gioco si ha con la regola del *victus victori*, che però è insufficiente perché opera *a posteriori,* cioè a seguito della definizione della lite, e non comprende tutte le spese. Più estesamente sul punto, GIUSSANI A., Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica, in Resp. Civ. e prev.

L'unico modo per evitare l'asimmetria delle poste in gioco e, dunque, per indurre le vittime ad agire in giudizio è quello di introdurre un sistema che favorisca l'organizzazione dei danneggiati, che si presentano così come parte abituale rispetto al contenzioso seriale, in modo da realizzare delle economie processuali.

L'assenza di un sistema di regole che, attraverso l'organizzazione dei danneggiati, favorisca il superamento dell'apatia razionale delle vittime di scarsa entità conduce a risultati criticabile sia sotto il profilo della funzione compensatoria che sul piano della efficienza allocativa. Il rischio, dunque, è che, in assenza di meccanismi di ricorso collettivo, l'intero sistema del *private antitrust enforcement* sia inadatto a raggiungere tanto l'obiettivo della compensazione quanto quello della deterrenza.

In riferimento all'esperienza europea, espressione volta a comprendere tanto il sistema ordinamentale dell'Unione quanto le singole tradizioni giuridiche statali, è più opportuno riferirsi, in maniera generale, a modelli di tutela collettiva[69], laddove risulterebbe errato ricondurre tutti questi modelli entro quello tecnicamente definito come *class action.* Infatti, l'evoluzione delle tradizioni giuridiche degli ordinamenti occidentali sul punto testimonia come siano possibili, in astratto, due soluzioni: l'una, di matrice romanistica, prevede il riconoscimento della legittimazione ad agire ad enti esponenziali e ad associazioni, mentre l'altra, sviluppatasi in sistemi di *common law*, prevede la possibilità di esercitare azioni di classe.

In termini generali, può dirsi che le regole in materia di tutela collettiva siano poste in funzione del ruolo attribuito, in un determinato ordinamento, al sistema di contenzioso civile quale strumento capace di

---

2002, p. 315. Si rinvia anche a GIUSSANI A., Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, in Il Mulino, Bologna 2007, p. 115 ss e in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffré, Milano, 2008, p. 239 ss.

[69] CHIARLONI S., Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento, in BELLI C. (a cura di), Le azioni collettive in Italia, Profili teorici ed aspetti applicativi. Atti del Convegno. Roma, 16 febbraio 2007- Camera dei Deputati, Giuffrè, Milano, 2007, p. 25 ss e consultabile online in www.judicium.it, compie uno sforzo di sistematizzazione terminologica, al fine di chiarire la differenza tra azione di classe e azione collettiva.

svolgere un ruolo di regolazione e controllo. Nei sistemi ove storicamente minore è l'attività pubblica e amministrativa, il sistema di contenzioso civile non è solo uno strumento di compensazione, ma assolve anche ad una funzione di regolazione delle condotte sociali ed economiche[70], per cui risulta forte l'esigenza di strumenti processuali efficienti di tutela collettiva[71].

Altri ordinamenti, a causa della robustezza dell'apparato amministrativo, avvertono in maniera minore l'esigenza di ricorrere al processo civile per la tutela di interessi individuali, per cui il ricorso a meccanismi di tutela collettiva è più ridotto[72].

Il discorso assume delle sfumature in parti differenti in materia di danno anticoncorrenziale. Infatti, sebbene storicamente la caratteristica fondamentale del sistema europeo di tutela del diritto della concorrenza

---

[70] Ad esempio, e rivolgendo uno sguardo oltreoceano, la *class action* è un meccanismo processuale di tutela collettiva che costituisce fulcro fondamentale della disciplina del private antitrust enforcement statunitense, che, non prevedendo un'azione amministrativa obbligatoria, risulta fondato sull'iniziativa privata. In particolare, il sistema federale di *antitrust class action*, tutto imperniato sull'obiettivo della deterrenza, ha dato origini a delle distorsioni significative sotto il profilo della compensazione, per cui si rinvia a BLAIR R. D. – HERNDON J. B, Antitrust class actions – problems and prospects: introdution; ANSEL G. D., Admonishing a drunken man: class action reform, Antitrust Bullettin, 2003, p. 463 ss;; ALLEN D. M. – COUTROULIS C. S., Back to the future: toward a more rigorous analysis of antitrust class actions, in The Antitrust Bulletin, Summer 2003, p. 449 ss.

[71] In Europa, l'ordinamento austriaco attribuisce un ruolo particolarmente incisivo ai meccanismi di tutela collettiva, come si legge in AUGENHOFER S., Some questions on enforcement and individual redress – the example of Regulation (EC) n. 261/2004, GEIMER R. – SCHÜTZE R. A. – GARBER T. (ed. by), Europäische und internationale Dimension des Rechts, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, LexisNexis, p 9 ss. Significativa anche l'esperienza francese, la cui legge a tutela del consumatore prevede un'azione di classe di tipo opt-in, esperibile anche in caso di violazione del diritto della concorrenza (Legge n° 2014-344 del 17 marzo 2014 *Loi Hamon*). Nel Regno Unito, la *Subsection* 7, *Section* 47 B, del *Consumer Protection Act* del 2015 ha previsto una nuova disciplina, che attribuisce al giudice il potere di investire il *class representative* della facoltà di condurre procedimenti *opt-in* oppure *opt-out*, secondo le valutazioni del caso singolo.

[72] Il riferimento principale è all'ordinamento tedesco, in cui il modello dominante in materia di tutela collettiva è quello della Verbandlsklage, cioè l'azione delle associazioni, che supplisce alla carenza di un diritto soggettivo individuale. Si rinvia a CAPONI R., Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 2007, p. 1229 ss. e a GIUSSANI A., The "Verbandsklage" and the class action: two models for collective litigation, in STORME M. (ed. by), Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation, Anversa-Apeldoorn (NL), 2003. E.L., pp. 389-402.

sia la centralità dell'azione pubblica, tuttavia da diversi decenni è ormai in atto un processo, intrinsecamente collegato al *more economic approach* del diritto della concorrenza, di valorizzazione della funzione regolatoria attribuita al diritto privato. In questo contesto, e considerando la peculiarità del conflitto di interessi in esame, appare necessario l'utilizzo strumentale di meccanismi di tutela collettiva, come principale arma nell'arsenale del diritto antitrust europeo[73].

Proprio la diversità delle tradizioni giuridiche dei Paesi membri ha indotto l'Unione a intervenire, almeno per il momento[74], con un documento di *soft law*, e cioè la Raccomandazione 2013/396/UE[75], che pone principi in materia di meccanismi di tutela collettiva per la tutela di diritti conferiti dal diritto europeo. Rispetto alla tutela collettiva risarcitoria, la Raccomandazione tratteggia un rimedio con funzione spiccatamente compensatoria, pur ribadendo, in premessa, la necessità, nei casi di torti di

[73] Sulla reale efficienza dell'azione privata in campo antitrust, e, dunque, anche sull'opportunità del rafforzamento di tale strumento, in un contesto, qual è quello europeo, di centralità dell'azione amministrativa, LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 463 ss appare molto scettico. Tuttavia, sembra che l'Autore attribuisca in ogni caso all'azione privata un ruolo complementare, riconosca la necessità di intervenire proprio sul modello di tutela collettiva, prendendo a modello la disciplina brasiliana dell'azione civile pubblica.

[74] Nel mese di aprile 2018, è stata avanzata una Proposta di Direttiva contenente norme in materia di tutela collettiva, e, in particolare, la possibilità di esperire un'azione di classe dei consumatori da parte di organizzazioni riconosciute, titolari della legittimazione attiva. Cfr. Brussels, 11.4.2018 COM(2018) 184 final 2018/0089 (COD), Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni collettive rappresentative a tutela dei consumatori e che abroga la Direttiva 2009/22/CE.

[75] Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE). La Raccomandazione era stata preceduta dal Libro Verde del 27 novembre 2008 sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, COM(2008) 794, mentre indicazioni in materia di meccanismi di ricorso collettivo nel caso di danno antitrust erano contenute nel Libro Verde del 2005 (Libro Verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 19 dicembre 2005, 1732) e nel Libro Bianco del 2008 (Libro Bianco - in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2 aprile 2008, 165). Si segnala, inoltre, lo studio del Parlamento Europeo *Collective Redress in Antitrust* realizzato, nel 2012, da LEAR – Laboratorio di Economia, Antitrust, Regolazione e reperibile online: www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.htm.

massa, di rendere effettivo il diritto alla tutela in modo da garantire anche l'effettività dei diritti riconosciuti dall'Unione.

In questo senso, tre sono le caratteristiche peculiari su cui riflettere: l'attribuzione della legittimazione ad agire ad organizzazioni dotate di una certificazione legislativa *ad hoc*, secondo criteri individuati[76]; la costituzione della parte ricorrente secondo il principio dell'adesione (*opt-in action*)[77]; il divieto di risarcimento punitivo[78].

Rispetto al primo punto, l'attribuzione della legittimazione ad agire ad organizzazioni certificate (o, in alternativa, ad autorità pubbliche) risulta coerente con la tradizione giuridica della maggior parte dei Paesi europei[79]. Similmente, anche il divieto di risarcimento punitivo può dirsi in generale coerente con le norme nazionali ed europee in materia di illecito aquiliano, come si vedrà *infra* (paragrafo 4).

Maggiori perplessità suscita la scelta di configurare meccanismi in cui la costituzione delle parti avvenga attraverso espressa adesione. Il rischio, costantemente segnalato dagli studiosi[80] e confermato anche dalla casistica[81], è che la maggior parte degli interessati siano lasciati fuori dalla controversia. La sentenza è, infatti, vincolante solo per i membri che

[76] Raccomandazione 2013/396/UE, pt 4 – 7. In particolare, tre sono i criteri individuati dalla Commissione: l'assenza di scopo di lucro; il nesso diretto tra gli obiettivi principali dell'organizzazione e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione per i quali l'azione è esperita; le sufficienti capacità, in termini di risorse finanziarie e umane e di competenza legale, per rappresentare una molteplicità di ricorrenti agendo nel loro interesse.

[77] Raccomandazione 2013/396/UE, pt 21 – 24.

[78] Raccomandazione 2013/396/UE, pt 31.

[79] Si pensi, ad esempio, alla già citata (vedi supra, nota 72) *Verbandlsklage* tedesca, ma anche alle azioni inibitorie collettive a tutela dei consumatori esperibili ex articolo 140 bis cod. cons.

[80]ISSACHAROFF S. – MILLER G.P., Will Aggregate Litigation Come to Europe?, Vanderbilt Law Review 179, 2009, p. 203 ss.

[81] Si pensi, ad esempio, a Corte di giust., 26 maggio 2005, causa C-132/03, caso *Codacons v. Voden Medical Instruments*, Raccolta della giurisprudenza 2005 I-04167, in cui solo due consumatori aderiscono all'azione. Di questi, tra l'altro, uno era un avvocato mosso, principalmente, da un interesse professionale al nuovo strumento processuale. Si veda, in merito, Cassazione, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2320, che dichiara inammissibile il ricorso presentato dalla società farmaceutica nei confronti della sentenza della Corte di Appello di Milano, 26 agosto 2013, n. 3306.

abbiano espressamente aderito all'azione[82], laddove, al contrario, in un'azione di tipo *opt-out* il provvedimento che definisce il giudizio vincola tutti i membri della classe, salvo che abbiano comunicato alla Corte l'intenzione di esserne esclusi[83]. Naturalmente, si tratta di una soluzione più vicina e coerente con le tradizioni civilistiche degli Stati membri, ma che lascia perplessi. I timidi principi elaborati lasciano intravedere il convincimento della Commissione secondo il quale l'incentivo all'azione privata, attraverso il meccanismo di tutela collettiva, garantendo una compensazione ad un numero ampio di soggetti, esplichi di riflesso effetti deterrenti in chiave di effettività dei diritti conferiti dall'Unione. I principi comuni in materia di tutela collettiva risarcitoria sono, pertanto, elaborati attribuendo al rimedio una funzione, in prima battuta, compensatoria e non in chiave immediatamente deterrente. Tuttavia, un modello di azione di tipo *opt-out* non sarebbe stato più efficace solo dal punto di vista deterrente, ma sicuramente avrebbe assicurato l'accesso al risarcimento ad un numero maggiore di aventi diritto.

In Italia[84], il decreto legislativo 3/2017 estende l'applicazione delle disposizioni della direttiva anche alle azioni collettive risarcitorie dei consumatori, che, al momento dell'approvazione del decreto legislativo

---

[82] Secondo la definizione dello studio del Parlamento Europeo in materia di Collective Redress in Antitrust, nelle azioni collettive opt in *Victims only become parties to a collective action if they take some affirmative step to be included. Hence only those who 'opt in' are bound by the judgment (and eventually receive compensation.*

[83] Ancora, in base alle definizioni dello studio del Parlamento europeo, *All the victims become parties to the litigation automatically, unless they take an affirmative step to 'opt out' of the action. Hence, unless a victim opts out of the litigation, he or she will be bound by any judgment issued by the court, or by any settlement between the representative claimants and the defendant.*

[84] Il modello dell'azione di classe italiana è simile a quello francese, di cui alla Legge n° 2014-344 del 17 marzo 2014 (*Loi Hamon*): in entrambi i casi, si tratta di un rimedio, posto a tutela esclusiva dei consumatori, di tipo opt-in, esperibile in casi tassativamente previsti, tra cui la violazione del diritto della concorrenza. La legge è stata sottoposta all'esame della Corte Costituzionale francese da parte di 60 deputati e 60 senatori, prima della sua promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. In dubbio, erano il consenso dato dai consumatori per l'azione intrapresa in loro favore dall'associazione, l'incapacità del convenuto di identificare gli attori, la nozione di decisione finale per le azioni del gruppo riguardanti il diritto della concorrenza, la possibilità per il giudice adito di ordinare l'esecuzione provvisoria del giudizio e, infine, il carattere retroattivo delle disposizioni relative all'azione di classe. In ogni caso, le obiezioni di legittimità costituzionale sono state respinte e la legge è in vigore dal marzo 2014.

3/2017, erano disciplinate dall'articolo 140 *bis* codice del consumo[85]. Nell'aprile 2019, è stata emanata una legge di modifica della disciplina dell'azione di classe italiana, che ha sostituito l'articolo 140 bis cod. cons. con un nuovo titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile (articoli 840 bis e seguenti) [86]. La legge 31/2019[87] configura un rimedio apprezzabile sotto diversi profili. Innanzitutto, da un punto di vista

[85] Art. 1, Decreto legislativo 3/2017.

[86]Si trattava di una ipotesi di azione di classe di tipo opt-in, la cui legittimazione attiva spetta ai soli consumatori, titolari di diritti individuali omogenei. L'azione è sottoposta ad un preliminare giudizio di ammissibilità e può essere promossa solo una volta per ogni condotta anticoncorrenziale (consumazione dell'azione). La disciplina, che per alcuni punti è vicina alle indicazioni fornite dalla Commissione nella Raccomandazione , per altre se ne distacca notevolmente. Soprattutto, il rimedio è esperibile solo dai consumatori: la scelta, comprensibile se si considera la genesi dell'istituto nell'alveo della tutela del consumatore (come conferma la collocazione sistematica) non risulta, però, razionale nel caso in cui il danno derivi da violazione del diritto della concorrenza dell'Unione. Esigenze di brevitas della trattazione impongono di soffermarsi solo sulle caratteristiche fondamentali , al fine di comprendere se l'istituto di cui agli articoli 140 bis codice del consumo abbia svolto in modo efficace la duplice funzione, compensativa e deterrente, che assume nel private antitrust enforcement.
Quanto alla legittimazione ad agire, valgono le considerazioni già svolte in merito al modello di azioni di classe opt in, che, non avendo efficacia erga omnes, determina un limite all'efficacia deterrente dell'azione. Per di più, anche all'eventuale transazione l'ordinamento italiano attribuiva una struttura spiccatamente privatistica, laddove la transazione conclusa dalla parte attrice non vincolava gli aderenti, salvo dichiarazione espressa.
Non risultava convincente molto neanche il riconoscimento della legittimazione ad agire a ciascun consumatore. Da un punto di vista squisitamente tecnico, questo creava una forte incoerenza sistematica rispetto alla disciplina della legittimazione dell'azione inibitoria, che è riconosciuta alle associazioni dei consumatori. D'altro lato, il problema che si poneva era quello della reale capacità dei privati di rappresentare adeguatamente, anche sotto il profilo delle risorse finanziarie, i membri della classe. Per questo, secondo l'interpretazione da preferire, durante la fase di ammissibilità dell'azione di classe, la adeguatezza della parte attrice dovesse essere legalmente presunta e potesse essere negata solo in presenza di chiari indici di segno opposto.
Per un'analisi accurata della disciplina, si rinvia a AFFERNI G., Azione di classe e danno antitrust, Mercati Concorrenza Regole, 3, 2010, p. 491 ss e 'Opt-In'Class Actions inItaly: Why are they Failing?, in Journal of Tort Law, 2016, p. 82 ss, e a GIUSSANI A., Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, Il Mulino, Bologna, 2008; Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali, in Banca borsa tit. cred., 3, 2011, p. 37 ss.; L'azione collettiva risarcitoria nel nuovo art. 140 bis c.cons., in Rivista di diritto processuale, Cedam, Padova, 2008, p. 1227 ss; LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 466 ss; LIBERTINI M. – MAUGERI M.R., Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, NGCC, 27, 2011, I-522; SCHNELL G., Class Action Madness in Europe – a Call for more Balanced Debite, in Eur. Comp. L. R., 2007, p. 617.

[87] Legge 12 aprile 2019, n. 31, Disposizioni in materia di azione di classe. (19G00038) (GU n.92 del 18-4-2019).

sistematico, coerente risulta la scelta di collocare la nuova disciplina dell'azione di classe nel codice di procedura civile. Ciò ha ricadute pratiche significative, perché recide il vincolo funzionale di tutela esclusiva dei consumatori ed utenti, configurando la nuova azione di classe come uno strumento di tutela orizzontale a disposizione di chiunque (impresa o consumatore) sia danneggiato da un illecito di massa.

L'azione è esperibile in relazione alla tutela dei diritti individuali omogenei e avrà ad oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, cadendo, dunque, l'indicazione tassativa delle ipotesi rilevanti. Il giudizio di ammissibilità deve essere definito "entro 30 giorni dalla prima udienza" e il giudice competente a conoscere l'azione di classe è individuato nella sezione specializzata in materia di impresa del tribunale. Rimane la struttura opt-in del giudizio ma la nuova azione di classe prevede la possibilità di aderire anche a seguito della sentenza che accoglie l'azione di classe e che indica i presupposti oggettivi per l'inserimento nella classe (cfr. artt. 840-quinquies e 840-sexies c.p.c.).

Come è stato detto, l'esercizio è consentito solo in presenza di diritti individuali omogenei di consumatori o utenti, cioè nell'ipotesi in cui il danno derivi dallo stesso comportamento illecito, ove il nesso di causalità è seriale e tipizzato e la liquidazione del danno avviene secondo criteri standard. Tuttavia, nel caso di danno antitrust, può sussistere un conflitto tra i diversi membri della classe di consumatore[88]. Immaginiamo il caso di un abuso di sfruttamento su una materia prima, utilizzata per produrre i due prodotti X, in cui la materi prima subisce minori trasformazioni, e Y, più complesso. Nel caso del prodotto X, l'aumento del prezzo viene traslato sui consumatori attraverso un numero contenuto di passaggi ed è minore.

[88] In tema di conflitto di interessi tra associazioni di consumatori, si pensi al noto caso Trenord, in cui tre associazioni di consumatori (Altroconsumo, Codacons, Codici) propongono tre azioni separate per una ipotesi di danno ambientale (Corte di Appello di Milano, n. 3756/2017 pubbl. il 25/08/2017).

Per la produzione di Y, invece, l'aumento del prezzo viene traslato sui consumatori attraverso un ampio numero di passaggi e il sovraprezzo pagato è molto elevato.
L'associazione dei consumatori acquirenti del prodotto Y promuove un'azione di classe nell'interesse di tutti i consumatori (X e Y) danneggiati dal cartello. Se i convenuti non avessero un patrimonio sufficiente a risarcire tutti, potrebbe esserci un conflitto di interessi tra i diversi membri della classe, nel senso che i consumatori del primo prodotto avranno interesse a che le pretese dei consumatori del secondo prodotto non siano accolte, dimostrando che non sussiste un nesso di causalità. Il conflitto di interessi è ulteriormente complicato dal principio di consumazione della *class action,* che rischia di avere, come effetto, l'esclusione dalla tutela collettiva di un ampio numero di soggetti interessati, depotenziando anche l'efficacia deterrente dello strumento. Una soluzione al conflitto potrebbe essere rappresentata dalla formulazione di un'azione di classe complessa, composta da più sottoclassi, una per ciascun tipo di consumatori[89].
Pur in assenza di dati statistici ufficiali, non sembra che lo strumento della *class action* abbia, in Italia, per diffusione, una reale efficacia deterrente in materia di tutela della concorrenza[90].

2.3. Legittimazione passiva e responsabilità solidale

In materia di legittimazione passiva, l'aspetto più rilevante della direttiva è quello che riguarda la responsabilità solidale delle imprese che hanno partecipato ad una violazione per il danno causato. Prima di studiare la disciplina di cui all'articolo 11 della direttiva 2014/104/UE, e la sua attuazione all'articolo 9 del decreto legislativo 3/2017, sono interessanti alcuni cenni comparatistici.

---

[89] Così anche AFFERNI G., Azione di classe e danno antitrust, Mercati Concorrenza Regole, 3, 2010, p. 491 ss, il quale immagina, come ulteriore soluzione, l'ipotesi di un'azione proposta da un primo attore nell'interesse di una sola parte dei membri della classe e di una seconda azione, proposta da un secondo attore entro il termine stabilito dal Tribunale per l'adesione alla classe, che verrà poi riunita alla prima secondo il meccanismo processuale previsto dall'art. 140 bis, comma 14, cod cons.
[90] Significativa, in proposito, la sentenza del Tribunale di Napoli, sezione XII, n. 2195/2013.

Innanzitutto, giova rilevare che anche in materia di ripartizione della responsabilità il quadro offerto dai diversi Paesi europei è variegato. In estrema sintesi[91], possiamo distinguere alcuni macro gruppi: il sistema spagnolo, in cui il regime di solidarietà si contrappone all'affermazione generale della parziarietà del vincolo, salva contraria disposizione di legge; similmente, in quello francese e italiano, la parziarietà è un concetto strumentale ai fini dell'applicazione della solidarietà; nell'ordinamento tedesco vige la regola dell'indivisibilità dell'obbligo risarcitorio in ogni circostanza; infine, il gruppo rappresentato dalle tradizioni portoghese, olandese, austriaco e svizzero, in cui dall'illecito aquiliano nasce sempre un vincolo solidale.

In materia di responsabilità solidale delle imprese, in caso di illecito antitrust, particolarmente efficace, sul piano della deterrenza, è l'ordinamento federale statunitense, che prevede una responsabilità solidale di tutte le imprese coinvolte (*joint and several liability*), con esclusione del diritto di regresso (*no right to contribution*). In caso di transazione, la pretesa della vittima che ha partecipato alla transazione è ridotta in misura pari alla somma effettivamente convenuta nella transazione, anche se questa risulti inferiore alla quota di responsabilità. Ciò ha l'effetto di favorire la compensazione, visto che le imprese corresponsabili sono spinte a cercare una rapida soluzione della controversia con la transazione. Infatti, ogni volta che le singole imprese sono liberate dalla vittima dell'illecito, il costo della responsabilità attesa dalla vittima cresce in modo esponenziale: è il cosiddetto *whipshaw settlement*, il cui effetto risulta ulteriormente accresciuto dal risarcimento punitivo triplo[92].

[91] Uno studio dettagliato è svolto in TASSONE B., La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile, ESI, 2007, p. 7 ss.

[92] POLINSKY A. M. – SHAVELL S., Contribution and Claim Reduction Among Antitrust Defendants: An Economic Analysis, in Stanford Law Review, 1981, p. 450 ss. HAUSFELD, Written Testimony for the Antitrust Modernization Committee Panel, Civil Remedies: Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, Antitrust Bulletin, 2007, p. 12 ss.

Naturalmente, una disciplina siffatta, peraltro di fatto annullata dalle diverse norme presenti nei singoli Stati federali[93], risulta fortemente connotata da una funzione deterrente. Infatti, in un sistema che non prevede azione di regresso, l'impresa corresponsabile è esposta al rischio – con una percentuale più bassa rispetto ai sistemi in cui è presente il diritto di regresso – di pagare una somma talmente alta da rischiare di compromettere la continuità aziendale. Una impresa razionale, viceversa, preferisce essere esposta al rischio più alto di pagare una somma relativamente modesta. La disciplina USA presenta dei profili, a ben vedere, di *overdeterrence*, tanto che potrebbero essere sanzionate condotte dagli effetti procompetitivi[94] e anche profili di iniquità, imponendo alla singola impresa di pagare per tutte le corresponsabili.

Di segno diverso la scelta della direttiva, che prevede la responsabilità solidale delle imprese che hanno partecipato ad una violazione per il danno causato, ma riconosce all'impresa, che abbia risarcito una parte di danno superiore alla propria quota di responsabilità relativa, diritto di regresso nei confronti delle altre imprese responsabili[95].

Inoltre, anche in caso di transazione rilevante è la quota di responsabilità, poiché la pretesa della vittima si riduce in funzione di tale quota[96] (riduzione pro quota, art. 19, par. 1).

Nel caso di violazione unica e complessa, l'impresa convenuta non può eccepire di aver partecipato solo ad alcune parti della violazione, nel

---

[93] TASSONE B., La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile, ESI, 2007, attraverso un'analisi del Restatement (third) on Apportionment liability, mostra come, in generale, l'ordinamento giuridico dei singoli Stati Usa sia particolarmente variegato sotto il profilo dell'attribuzione della responsabilità in caso di illecito compiuto da più soggetti, distinguendo tra cinque modelli: joint and several liability; responsabilità parziaria; responsabilità solidale con il correttivo della riallocazione; responsabilità solidale o parziaria in dipendenza della soglia; responsabilità solidale o parziaria in dipendenza del tipo di danno.

[94] ANGLAND J., Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, in Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law), 2008, p. 2369 ss; CAVANAGH E. D., Contribution, Claim Reduction, and Individual Treble Damages Responsibility: Which Path to Reform of Antitrust Remedies?, in Vanderbilt Law Review, 1987, p. 1277.

[95] Articolo 11, par. 5, direttiva 2014/104/UE.

[96] La riduzione pro quota è disciplinata ai paragrafi 2 – 4 dell'articolo 11 della direttiva 2014/104/UE.

tentativo di ridurre o escludere la propria responsabilità solidale per tutto il danno causato dalla violazione[97].

La direttiva non impone i criteri in base al quale i giudici ordinari devono individuare la quota di responsabilità delle imprese, limitandosi ad indicare la necessità di declinare gli eventuali criteri del fatturato, della quota di mercato o del ruolo nel cartello in modo da garantire i principi di effettività e di equivalenza.

L'articolo 9 del decreto legislativo n. 3/17 non detta specifiche disposizioni in merito, limitandosi a rinviare alla disciplina comune in materia di azione di regresso di cui all'articolo 2055 c.c.

La dottrina più sensibile alle peculiarità dell'illecito in esame[98] interpreta la norma italiana in modo che ben si adatti alle peculiarità dell'illecito anticoncorrenziale, ritenendo che il riferimento alla *gravità della rispettiva colpa* e all'*entità delle conseguenze* debba agganciarsi al criterio economicamente valutabile della quota di mercato al momento in cui è avvenuto l'illecito anticoncorrenziale.

Questa interpretazione può essere condivisa solo in parte. Infatti, senza dubbio la valutazione della quota di mercato rappresenta un indice che assume grande rilevanza nell'accertamento di una violazione del diritto della concorrenza. Ma ciò non può significare un'attribuzione della quota di responsabilità in via puramente presuntiva, che prescinde in qualsiasi modo dall'accertamento delle reali condotte poste in atto dalle imprese: del resto, è lo stesso articolo 11 della direttiva ad ammettere che anche una piccola e media impresa[99] possa avere un ruolo significativo nell'intesa.

---

[97]Del resto, nel caso di azioni *follow on*, l'accertamento dell'autorità garante della concorrenza è vincolante per il giudice ordinario, oltre che sotto il profilo della natura della violazione, anche sotto il profilo della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale.

[98]AFFERNI G., Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale, Nuove leggi civili commentate, 2018, 1, p. 171 ss.

[99] La definizione della piccola e media impresa è data dalla Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 36). Naturalmente, non si vuole dire che la quota di mercato sia un indice che definisce la PMI, ma si vuole mettere in evidenza che anche imprese che hanno un peso economico minore possono dare un contributo attivo importante alle intese e questo influenza la loro responsabilità nell'illecito.

Compatibile con il diritto della concorrenza dell'Unione è anche il criterio, posto in subordine all'articolo 2055 c.c. (*nel dubbio le singole colpe si presumono uguali*, comma 3°), dell'uguaglianza delle responsabilità, come ha stabilito il giudice europeo[100].

Infine, la direttiva introduce una disciplina favorevole per proteggere dalla responsabilità solidale le piccole e medie imprese, che risultano responsabili solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti in presenza di alcuni presupposti. Infatti, è richiesto che la quota nel mercato rilevante della PMI sia inferiore al 5 % per tutta la durata della violazione e che l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. Tuttavia, nel caso in cui la condotta della PMI risulti particolarmente grave, poiché questa abbia svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o costretto altre imprese a parteciparvi o in caso di recidiva, il particolare trattamento di favore non trova applicazione.

Ulteriore deroga alla disciplina della responsabilità solidale è prevista per le imprese che partecipano a programmi di clemenza, per cui si veda *infra* (capitolo 3, paragrafo 1.3).

2.4. Prescrizione

In base al principio di autonomia procedurale, la direttiva[101] rimette agli Stati membri il compito di fissare il termine di prescrizione per l'illecito anticoncorrenziale[102]. Tuttavia, al fine di assicurare il rispetto del principio di effettività del risarcimento, la direttiva impone che il termine di

[100] Corte di Giust., Quarta Sezione, 10 aprile 2014, cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, caso *Commissione / Siemens Österreich e a. et Siemens Transmission & Distribution e a. / Commission*, Raccolta digitale generale.

[101] Ciò era stato già previsto in Corte di giust., 13 luglio 2006, cause riunite C-295, 296, 297, 298/04, caso Manfredi, pubblicata in Resp. Civ. e prev., fascicolo 11, 2006, con nota di BASTIANON S., La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo, p. 1866.

[102] Per uno studio comparativo sulle differenti discipline in tema di prescrizione in Europea, ZIMMERMANN R., Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge, 2002, p. 76 ss.

prescrizione sia almeno quinquennale. Inoltre, questo non può decorrere prima che sia cessata la violazione e prima che il danneggiato abbia conosciuto o si possa presumere che abbia conosciuto tre elementi: l'esistenza della violazione, il danno ingiusto causato e l'identità dell'autore della violazione[103] .

È attribuita agli Stati una facoltà generale di introdurre un termine di prescrizione assoluto e di applicazione generale dal momento della violazione[104].

Il termine di prescrizione è sospeso dal momento dell'avvio del procedimento amministrativo ad almeno un anno dopo il passaggio in giudicato della decisione che ha accertato la violazione o che il procedimento si è concluso. In questo modo, si attribuisce al danneggiato un lasso di tempo durante il quale attendere l'eventuale decisione di condanna e decidere se far valere il proprio diritto al risarcimento del danno.

Infine, il termine rimane sospeso in pendenza di un procedimento di composizione consensuale delle controversie.

Il legislatore italiano ha attuato le disposizioni in materia di prescrizione in maniera piuttosto conservativa, coerentemente all'evoluzione giurisprudenziale sul punto[105]. Infatti, il termine di prescrizione è quinquennale e non è previsto alcun termine decennale di applicazione generale.

Tuttavia, la necessità di rispettare i dettami del legislatore europeo ha imposto l'adozione di alcune norme difformi rispetto al regime previgente. Innanzitutto, il termine di prescrizione non inizia a decorrere sino a quando la violazione non sia cessata. Inoltre, nel caso di procedimento di

[103] Articolo 10, paragrafo 2, Direttiva 2014/104/EU.

[104] Considerando n. 36, Direttiva 2014/104/EU.

[105] Tuttavia, Cassazione civ., sez. III, 3 aprile 2013, n. 8110, si è espressa sulla possibilità di assoggettare a prescrizione decennale il risarcimento del danno anticoncorrenziale, che la sentenza citata considera una ipotesi di responsabilità precontrattuale.

un'autorità amministrativa, il termine di prescrizione è sospeso sino a un anno dopo il passaggio in giudicato della sentenza[106].

3. Causalità, imputazione e selezione delle voci di danno: le lacune della Direttiva e il ruolo dell'interprete

Il focus della Direttiva 2014/104/UE è, senza dubbio, sugli aspetti processualistici delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, ove minor attenzione è rivolta agli elementi della causalità, dell'imputazione e della selezione delle voci del danno. Con maggior precisione, si può preliminarmente ricordare che il legislatore europeo, trascurando del tutto di disciplinare l'elemento soggettivo dell'illecito[107], rimette agli ordinamenti nazionali il compito di regolare il nesso di causalità, pur nel rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza[108], mentre fornisce indicazioni di maggior peso in tema di individuazione delle voci del danno[109].

Spetta, dunque, all'interprete cercare di ricostruire i tre elementi dell'illecito: in questo lavoro, com'è stato già più volte osservato, si cerca di colmare le lacune della disciplina utilizzando come ordinamento di riferimento i principi del diritto europeo in tema di responsabilità civile, come elaborati dal confronto con le tradizioni giuridiche degli Stati[110]. Il

[106] La giurisprudenza italiana aveva chiarito che, in caso di violazione del diritto antitrust, il diritto di pretendere il risarcimento del danno si prescriveva in cinque anni, dato che la responsabilità dell'autore è extracontrattuale, la prescrizione iniziava a decorrere dal momento in cui la vittima è in grado di far valere il proprio diritto, avendo conosciuto o avendo dovuto conoscere con ordinaria diligenza l'esistenza della violazione e il fatto che essa gli aveva causato un danno ingiusto. Inoltre, il giudizio ordinario era considerato indipendente dal procedimento amministrativo e dall'eventuale successivo giudizio amministrativo. Cfr. Cassazione civile, sez. III, 02 febbraio 2007, n. 2305.

[107] La dottrina ha attribuito significati diversi al silenzio del legislatore sul punto, come si vedrà infra, paragrafi 5.1. e 5.2.

[108] Direttiva 2014/104/UE, considerando 11.

[109] Direttiva 2014/104/EU, articoli 3 e 17.

[110] Giova, tra l'altro, ricordare come i principali studi comparatistici condotti sul punto abbiano utilizzato proprio questi tre elementi come criteri fondamentali per raggruppare i diversi Stati europei: VON BAR C. (ed.), Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.), München, 2009, che ha come fine la individuazione di regole operazionali comuni nei diversi Paesi membri. In una prospettiva in parte diversa, AA. VV., Principles of

fine è quello di restituire un micro-sistema, una ipotesi particolare di illecito, che risulti coerente con gli obiettivi che l'ordinamento, in un dato momento storico, ha riconosciuto al macro-sistema in cui è inserito, e cioè con il diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Causalità, criteri di imputazione e giudizio sulla selezione delle voci di danno risarcibile rappresentano, secondo la teoria analitica dell'illecito, una triade fondamentale per determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria: nel caso peculiare di azioni civili per il risarcimento del danno anticoncorrenziale, i tre elementi vanno ricostruiti in modo da rispettare il principio di effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Come è stato già sottolineato, qui è la peculiarità dell'illecito in esame. Infatti, si registra uno scollamento tra il tradizionale target civilistico (effettività dei diritti, e quindi effettività dei rimedi volti a garantirli) e quello del diritto europeo (effettività di un settore dell'ordinamento, il diritto antitrust europeo, volto a realizzare un assetto economico concorrenziale), tanto che l'interesse giuridicamente tutelato è proprio l'assetto concorrenziale del mercato[111].

Ora, la coerenza della disciplina di questo caso di illecito civile, cioè la reale attitudine al raggiungimento degli obiettivi del sistema di riferimento, dipende proprio dal collegamento funzionale tra i tre elementi dell'illecito indicati.

Sul punto, il testo propone un modello linguistico-concettuale in base al quale il nesso di causalità, come momento di definizione della fattispecie, viene ricostruito in maniera neutra, in quanto problema squisitamente tecnico e, per così dire, obiettivo, attraverso il quale realizzare una comunicazione tra fattispecie e disciplina. Il giudizio di causalità ha una funzione servente, nel senso che anticipa la valutazione dell'elemento soggettivo, che va ricostruito in funzione della gravità della violazione, cui è sottesa la quantità e della qualità di rischio che la condotta introduce nel

European tort law, Wien, 2005, Springer, ad opera dello European Group on Tort Law, ha come obiettivo esplicito una codificazione europea.

[111] Vedi *supra*, paragrafo 1.4.

sistema e che la norma violata tendeva ad evitare. Infine, il giudizio sul contenuto dell'obbligazione risarcitoria, che deve portare, secondo i dettami della disciplina, ad una piena compensazione: nel testo, si cercherà di illustrare come il risarcimento, per essere pieno, debba anche essere efficiente.

4. Causalità ed evento lesivo: le questioni poste dalla sentenza *Kone*

La Direttiva 2014/104/UE non disciplina il nesso di causalità, che è rimesso alle norme nazionali in materia, pur nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. E il principio di effettività è proprio al centro del noto caso Kone[112], in cui la Corte di Giustizia affronta per la prima volta il tema della risarcibilità dei prezzi di protezione (*umbrella effects*). La pronuncia in esame riguarda una intesa tra le imprese austriache operanti nel settore della installazione e manutenzione degli ascensori, che era stata accertata e sanzionata sia dalla Commissione[113] che dalle autorità giudiziarie nazionali[114]. La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte attiene alla responsabilità dei partecipanti al cartello per i danni subiti da soggetti acquirenti da un operatore del mercato che, pur essendo estraneo all'illecito, abbia allineato il prezzo dei suoi prodotti a quello fissato dai cartellisti. Nel caso di specie, in particolare, l'intesa aveva dimensioni talmente vaste da falsare il mercato e influenzare l'evoluzione dei prezzi: infatti, anche i concorrenti estranei alla intesa avevano potuto beneficiare di tale prezzo di mercato sovraconcorrenziale, ove naturalmente il prezzo di mercato è uno dei principali elementi che un operatore economico razionale considera nella determinazione del prezzo al quale offrire il proprio prodotto o servizio.

---

[112] Corte di giust., 5 giugno 2014, causa C-557/12, caso *Kone*, Racc. dig. Gen.

[113] Comm. UE, 21 febbraio 2007, in GU 2008, c 75, 19.

[114] Katerllgericht, ordinanza 14 dicembre 2007, confermata con sentenza dall'Oberster Gerichtshof, 8 ottobre 2008.

Il quesito sottoposto alla Corte riguarda la compatibilità con l'articolo 101 TFUE, di cui deve garantirsi la effettività, con una norma nazionale[115] che subordina il risarcimento del danno alla prova della sussistenza di un sufficiente nesso di causalità nonché del nesso di illiceità, cioè la violazione di una norma di legge di tutela.
Secondo i giudici nazionali di primo grado, qualora un operatore economico estraneo all'intesa benefici dell'effetto del prezzo di protezione, non sussisterebbe un sufficiente nesso di causalità tra il fatto illecito e il danno, in quanto danno indiretto, susseguente ad una decisione autonoma che un soggetto terzo all'intesa avrebbe assunto sulla base di proprie considerazioni personali. Sarebbe anche escluso il nesso di illiceità, in quanto la norma violata dall'autore del danno non risulta volta alla tutela degli interessi del soggetto leso. Investita della questione, la Corte di Giustizia ritiene che

la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza.

La Corte sottolinea che, ai fini della determinazione del prezzo del prodotto, ogni impresa utilizza il prezzo di mercato come riferimento. Per questa ragione, se l'intesa ha dimensioni tali da falsare il mercato, i partecipanti all'intesa non possono trascurare che tra i vari effetti della condotta vi sia proprio quello dei prezzi di protezione.
La sentenza è stata salutata con favore da una parte della dottrina italiana[116], che ha vagliato l'operatività dei principi espressi con le norme

[115] Nella questione sottostante, l'articolo 1311 ABGB.
[116] Si veda, in particolare, CASTELLI L. Commento a Corte di giustizia, sez.V, 5 giugno 2014, n. C-557/12 - Pres. Danwitz- Avv. gen. Kokott- Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und

nazionali in tema di nesso di causalità. Si cercherà ora di ripercorrere brevemente questa tesi, in base alla quale la risarcibilità del danno subito a seguito degli *umbrella effects* non deve essere rimesso a considerazioni di opportunità, ove impone, piuttosto, di verificare la sussistenza di un rapporto causale.

Il dato normativo essenziale è rintracciato nell'articolo 1223 c.c., in quanto richiamato dall'art. 2056 c.c., e si afferma, inoltre, che le difficoltà deriverebbero dal fatto volontario del terzo, che potrebbe interrompere il nesso di causa. Per questo, non sarebbe sufficiente accertare la sussistenza, sul piano materiale, di un legame causale tra condotta anticoncorrenziale e danno, ma occorre stabilire se l'azione posteriore del terzo venditore sia stata in grado di interrompere questo nesso. Inoltre, ricordando la dottrina in tema di scopo della norma violata, si rinviene nell'interesse generale alla tutela della concorrenza lo scopo della disciplina anticoncorrenziale. Per questo, viene dilatata la protezione della norma antitrust fino a tutelare qualsiasi operatore che possa vantare un interesse al carattere competitivo del mercato[117]. Infine, si dà ingresso alla tesi secondo la quale un danno è indiretto o mediato se nel suo processo causale si sia inserito l'atto cosciente e volontario di un terzo che sarebbe stato in grado di evitare il danno. Tuttavia, a tale regola è affiancata una eccezione in presenza di tre circostanze concomitanti: in assenza del primo fatto illecito, il danno si sarebbe verificato con probabilità maggiori; il danno è realizzazione di quel rischio che la norma violata mirava a scongiurare o ridurre; non vi è sproporzione fra atto illecito ed evento dannoso. I tre presupposti opererebbero nel caso di prezzi di protezione, laddove in assenza dell'intesa non si può ritenere che l'acquirente sarebbe stato egualmente esposto al rischio di vedersi aumentare il prezzo dal proprio venditore[118];

Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH c. ÖBB Infrastruktur AG, Il Corriere Giuridico, 11/2014, p. 1331 ss.

[117] LOMBARDI C., E piovve anche sotto l'ombrello – La Corte di giustizia riconosce il diritto al risarcimento del danno per *umbrella pricing*, disponibile online in: www.osservatorioantitrust.eu.

[118] Infatti, nella fattispecie sottostante al caso *Kone*, gli attori avevano stipulato un contratto con un operatore economico che, non essendo in possesso di una quota rilevante di mercato, ha potuto farlo proprio sfruttando "l'ombrello" dell'intesa.

il danno può dirsi proprio realizzazione di quel rischio che la norma che vieta i cartelli mira ad evitare, ovvero la lesione al carattere competitivo del mercato; non può dirsi che lo sfruttamento dell'ombrello sia conseguenza anormale dell'illecito, essendo al contrario un evento assolutamente prevedibile.

Tale tesi, che ricostruisce l'operatività della sentenza Kone nell'ordinamento giuridico italiano, sembra suscettibile di diverse obiezioni, non tanto rispetto alla conclusione finale, quanto in punto di argomentazione, ove non risultano distinti con abbastanza nettezza tre momenti, che, pur essendo connessi intrinsecamente, impongono valutazioni differenti: si tratta, evidentemente, della causalità materiale, del criterio di imputazione e della selezione del danno risarcibile. Infatti, da un lato, pur richiamando la norma posta a governo del contenuto dell'obbligazione risarcitoria (articolo 1223 c.c.), si afferma che l'indagine riguarda la individuazione del fatto in quanto fonte di responsabilità[119]; d'altro lato, una volta che si ammette (nella prospettiva adottata in questo testo, correttamente, come si cercherà di spiegare) la sussistenza del nesso di causalità materiale, si svolgono considerazioni che attengono al requisito soggettivo.

Si cercherà, pertanto, di proporre un quadro differente, tenendo anche conto della possibilità di scovare, nel *mare magnum* delle ricostruzioni dottrinali in materia, principi europei comuni in tema di nesso di causalità.

[119] Una indagine sul punto è svolta da BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss, il quale afferma che *una volta acquisito culturalmente che all'art. 1223 non compete un ruolo specifico in sede di costruzione della responsabilità, non c'è ragione per la quale questa distinzione debba continuare a vivere come categoria autonoma nel diritto civile*. Anche i testi classici sul tema pongono, sebbene in maniera meno incisiva, la questione, ove, per esempio, SALVI C., La responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2005, p. 223 ss, esordisce in tema di nesso di causalità ricordando come sia dubbio che l'art. 1223 c.c. *attenga effettivamente al nesso causale, o non piuttosto alla determinazione del quantum del risarcimento*.

4.1. Le tradizioni giuridiche nazionali in materia di nesso di causalità

È l'Avvocato generale Kokott, nelle Opinioni Generali al caso *Kone*, a riferirsi più volte alle tradizioni comuni degli Stati, sottolineando come queste dimostrino, una volta che siano state depurate dalle diverse concezioni dottrinali, regole operative omogenee[120].

L'affermazione è in parte corretta, in parte merita di essere rovesciata.

Innanzitutto, nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, si registra uno sfasamento tra l'operato del legislatore, che risulta spesso laconico in tema di causalità, e quello della dottrina, particolarmente feconda sul punto[121].

Soprattutto, com'è stato rivelato da numerosi studi comparatistici[122], la maggior parte degli ordinamenti europei conosce la suddivisione del nesso di causalità in due distinti giudizi: si pensi, ad esempio, alla distinzione tra *haftungsbegründende Kausalität* e *haftungsausfüllende Kausalität*[123], tra *causation in fact* e *remoteness of damage* (o *causation in law*)[124], tra causalità materiale e

[120] Corte di Giust., caso C-557/12, Kone [2014] CMLR 5, Opinioni dell'Avvocato Generale Kokott, 30 gennaio January 2014, para 35.

[121] Lo notano, con riferimento all'ordinamento italiano, TRIMARCHI P., Causalità e danno, Giuffrè, Milano, 1967; REALMONTE F., Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, Giuffrè, 1967; ALPA G., La responsabilità civile, Utet giuridica, 2018, p. 199 ; in Francia, si veda QUéZEL-AMBRUNAZ C., Essai sur la causalité, Dalloz, 2010 p. 201 ss; una indagine sul fronte europeo è svolta da WINIGER B. – KOZIOL H. – KOCH B.A. – ZIMMERMAN R. (ed. by), Digest of European Tort Law, I, Essential Cases on Natural Causation, Vienna – New York, 2007, p. 89 ss

[122] SPER J. (ed. by), Unification of Tort Law: Causation, Kluwer Law International, The Hague, London – Boston, 1996; VON BAR C., Tort Law: National variety and European perspective, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 327 ss. In lingua italiana, si rinvia a INFANTINO M., La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato, Stämpfli Editore SA Berna, ESI Napoli, 2012, p. 29 ss, da consultare anche per una bibliografia più completa.

[123] FREITAG R., Illegality and Adequate Causation as Preconditions to Torts Liability under sec. 823 par. I of the German Civil Code, in HEIDERHOFF B. – ZMIJ G. (ed. by), Tort law in Poland, Grtmany and Europe, München, 2009, 1, p. 6 ss; WINIGER B. – KOZIOL H. – KOCH B.A. – ZIMMERMAN R. (ed. by), Digest of European Tort Law, I, Essential Cases on Natural Causation, Vienna – New York, 2007, p. 7 ss; WEBER H., Der Kausalitätbeweis im Zivilprozeß, Tübingen, 1997, p. 116 ss.

[124] BUCKLEY R.A., The Law of Negligence, Londra, 2° ed., 2005, p. 61 ss.

causalità giuridica[125], tra *lien entre le fait du defendeur et le dommage initial* e il *lien entre le dommage initial et ses conséquences ultérieures*[126].

Con una buona dose di generalizzazione, può dirsi che nei Paesi di *civil law*, vi sono due teorie ricostruttive della duplicità del nesso causale. Secondo un primo filone, la causalità materiale governa i momenti della condotta e dell'evento, mentre la causalità giuridica provvede ad imputare le conseguenze dannose lamentate dall'attore; secondo un'altra concezione, più vicina ai sistemi di *common law*, la causalità materiale è la *condicio sine qua non* del pregiudizio e il secondo giudizio determina se la condizione necessaria merita anche l'attributo giuridico di causa[127]. Si tengano per buone queste indicazioni parziali, rinviando ai paragrafi successivi una trattazione più esaustiva della questione. Per il momento, l'approccio di diritto comparato è ancor più utile per un'altra questione, che è in qualche misura preliminare rispetto al tema dei due momenti del giudizio causale. Si è detto, infatti, che, secondo le Opinioni elaborate dall'Avvocato Generale Kokott, le regole operazionali elaborate e applicate nei diversi Paesi europei sono abbastanza omogenee, una volta che siano state messe da parte le costruzioni dottrinali. Questo è vero se si considera esclusivamente il piano rappresentato dai modelli linguistico-concettuali di costruzione della causalità, così come declamati nei giudizi nazionali. Se, però, si distoglie lo sguardo dalle tecniche argomentative, per rivolgerlo alle prassi operative, si noteranno differenze rilevanti, che dipendono non dalla sola ricostruzione del nesso causale, quanto,

---

125 GORLA G., Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenza, in Riv. Dir. Comm., 1951, p. 405 ss; REALMONTE F., Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, Giuffrè, 1967; FRANZONI M., Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità, Resp. Civ. prev., 2006, p. 12 ss;

126 QUéZEL-AMBRUNAZ C., Essai sur la causalité, Dalloz, 2010, p. 11ss: *duex liens de causalité existent en responsabilité civile: l'un entre le fait dommageable et le dommage, l'autre entre le fait dommageable et l'obligation de réparation.*

127 Il riferimento è, ancora, a VON BAR C., Tort Law: National variety and European perspective, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 327 ss. Di recente, il tema è stato affrontato anche da INFANTINO M., La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comporato, Stämpfli Editore SA Berna, ESI Napoli, 2012, p. 29 ss.

piuttosto, dalla influenza che le varie flessioni dell'elemento soggettivo hanno sull'indagine causale.

In altre parole, sembra che, almeno in prospettiva europea, uno dei problemi più *tormentati*[128] del diritto civile non sia la costruzione del nesso causale, quanto piuttosto il rapporto che intercorre tra l'indagine eziologica del danno e il tema dei criteri di imputazione dell'illecito. Lo conferma, in prima battuta, una rapida rassegna delle regole operative nazionali. Infatti, negli ordinamenti tedesco (§ 823 del *Burgerliches Gesetzbuch*) e italiano, tendenzialmente si ritiene che l'indagine causale sia una fase teoreticamente posteriore rispetto alla verifica dell'elemento soggettivo[129]. Nel *tort of negligence*, la stessa analisi assume rilevanza solo una volta affrontata la questione del duty. Gli articoli 1382 e 1383 del codice civile francese prevedono un'analisi contemporanea in ordine all'esistenza e alla certezza del danno, e alla possibilità di imputarlo a chi ha commesso il fatto.

Lo confermano, anche, i *Principles of European Tort Law (PETL)*, che, dopo aver individuato al paragrafo 3:101 la *condicio sine qua non* come criterio generale di ricostruzione della causalità e aver previsto ai paragrafi seguenti altri criteri in funzione alle possibili combinazioni pratiche, definisce, al paragrafo 3:201, l'ambito della responsabilità:

> Quando una attività è causa del danno ai sensi della sezione 1 di questo capo, se e entro che limiti il danno possa essere attribuito ad una persona dipende da fattori quali: a) la prevedibilità del danno da parte di persona ragionevole al momento dello svolgimento dell'attività, tenendo in considerazione in particolare la contiguità nel tempo o nello spazio tra l'attività dannosa e le sue conseguenze, ovvero l'entità del danno in relazione alle normali conseguenze di tale attività b) la natura e il valore dell'interesse protetto (art.2:102); c) la fonte della responsabilità (art.1:101); d) i limiti dei rischi ordinari della vita; e) lo scopo di protezione della norma violata.

[128] PONZANELLI G., L'Europa e la responsabilità civile, Nota a Francovich v. Bonifaci, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, Foro it., 1992, IV, c. 150 s.

[129] Cfr., *ex multis*, Cassazione, Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581.

La questione del rapporto funzionale tra i diversi requisiti del giudizio di responsabilità è, evidentemente, esorbitante rispetto all'oggetto della tesi. Tuttavia, il caso del danno anticoncorrenziale fornisce un buon angolo visuale per analizzare, sia pure parzialmente, il tema, proprio a causa del duplice obiettivo dell'illecito in esame, compensazione e deterrenza: si può impostare la questione partendo da una riflessione sulle diverse funzioni che devono svolgere i due elementi del giudizio.

4.2. Qual è il ruolo dell'indagine eziologica nel giudizio sulla responsabilità da danno antitrust?

Come si è più volte sottolineato, alle azioni per il risarcimento del danno anticoncorrenziale l'ordinamento giuridico europeo attribuisce una funzione, almeno sul piano delle dichiarazioni, doppia: compensare il danno subito dai privati e tutelare l'effettività del diritto della concorrenza europea. Ora, rispetto al profilo relativo alla compensazione, non sorgono problemi particolari, ove, evidentemente, in tutti i sistemi nazionali, al giudizio di responsabilità spetta il compito di spostare il danno da chi lo ha subito a chi lo ha provocato.

La funzione deterrente sposta l'ottica dal danneggiato al danneggiante, per cui attribuisce al rimedio risarcitorio anche lo scopo di creare un sistema di incentivi che induca il potenziale danneggiante ad acquisire adeguate misure di protezione, al fine di promuovere una efficiente allocazione delle risorse.

Ricordato questo, il punto diventa comprendere se uno dei cardini della dottrina giuseconomica, cioè la comparazione costi/benefici come attività preliminare che dovrebbe essere necessaria all'allocazione del danno extracontrattuale, possa essere efficacemente applicato alla ricostruzione del nesso causale. In quest'ottica, la ricostruzione del nesso causale avverrebbe, in un primo momento, sotto il profilo della causa materiale, verificando se il fatto ascrivibile al convenuto abbia aumentato la probabilità che il pregiudizio si verificasse e poi, sul terreno della causalità

giuridica, comparando la gravità del danno e la quantità di precauzioni che ciascuna delle parti interessate avrebbe dovuto porre in essere per evitarlo. Questa impostazione non è soddisfacente[130]. Infatti, anche riconoscendo che l'ipotesi di illecito in esame abbia una funzione deterrente, svolgere in sede di accertamento causale il compito di valutare se le imprese abbiano internalizzato tutti i costi sociali che derivano dalla condotta anticoncorrenziale potrebbe avere l'effetto di ampliare a dismisura i danni suscettibili di risarcimento. Come si è detto, infatti, nel caso di illecito civile anticoncorrenziale, l'ambito di protezione della norma violata, quale risulta dalla direttiva europea 2014/104/UE, è talmente vasto da non permettere che il requisito causale copra in modo soddisfacente il problema di determinare gli interessi protetti[131]. La creazione di un sistema di incentivi che induca l'intesa a evitare comportamenti anticoncorrenziali i cui costi sociali siano superiori ai benefici ricevuti, non spetta al requisito causale, ma è compito dell'elemento soggettivo[132], rispetto al quale l'aspetto causale, come tecnica di costruzione della fattispecie, ha una funzione servente. Questa impostazione ha ricadute operative profonde in materia di danno antitrust, ove – come si dirà *infra* – il caso degli *umbrella effects* potrebbe porre un problema di rischio diffuso, rispetto al quale lo strumento della responsabilità civile è insufficiente, e non di causalità.

4.3. Una proposta, mutuata dall'analisi della giurisprudenza tedesca

Il presente lavoro attribuisce al giudizio di causalità nell'illecito civile anticoncorrenziale la funzione di tecnica di costruzione della fattispecie,

---

130 E, infatti, non stupisce che il profilo causale sia il meno esplorato dalla dottrina della Law and Economics, come rilevano CALABRESI G., Concerning Cause and the Law of the Torts. An Essay for Harry Kalven, vol. 43, n. 1, 1975, p. 68 ss; SHAVELL S., Causation and Tort Liability, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper n. 193, August 1996, p. 211 ss; TABBACH A. D., Causation and incentives, to Choose Levels of Care and Activity Under the Negligence Rule, Review of Law and Economics, 2008 p. 45 ss

131 Vedi supra, paragrafo 1.4.

132 Contrario, BARCELLONA M., Funzione compensativa della responsabilità (e "private enforcement" della disciplina antitrust), in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2009, p. 61.

tale per cui è sufficiente il criterio della *conditio sine qua non*[133], senza ulteriori correttivi.

Al fine di argomentare quanto affermato, devono svolgersi considerazioni che attengono tanto alla intrinseca insufficienza, rispetto all'ipotesi di illecito civile in esame, delle regole generalmente usate per individuare le diverse sequenze causali risarcibili quanto alla struttura generale del giudizio di responsabilità per danno anticoncorrenziale.

La visione giusrealista[134], atteso che il principale merito del *but for test* sia la semplicità di applicazione, ritiene si possano distinguere le questioni causali in ordinarie o no e, nel secondo caso, afferma la necessità che la valutazione eziologica venga eseguita attraverso l'applicazione di criteri che perseguano obiettivi di politica del diritto. In questa impostazione, sembra non distinguere in maniera abbastanza netta tra la funzione del giudizio di causalità, che mette in comunicazione i due elementi fondamentali della condotta e del danno, con quello della responsabilità generale, che mira a traslare il danno a fini compensatori e, in alcuni casi, di deterrenza.

Sul punto, opportuno pare il confronto diretto con la giurisprudenza della Cassazione[135]. In particolare, secondo il giudice di legittimità[136],

> *ciascuno è responsabile solo delle conseguenze della sua condotta, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili.*

---

[133] Nell'ordinamento giuridico italiano, si ravvisa negli articoli 40 e 41 c.p. il dato normativo fondamentale in tema di conditio sine qua non. Il criterio, in realtà, che in qualche modo restituisce la valutazione eziologica al senso comune, è presente in tutte le tradizioni giuridiche europee, per cui si rinvia a: MARTEAU P., La notion de causalité, th. Aix Marseille, 1913, p. 131 ss; FREITAG R., Illegality and Adequate Causation, in HEIDERHOFF B. – ŻMIJ G. (edited by), Tort Law in Poland, Germany and Europe, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009. p. 7 ss; FISCHER D. A., Successive Causes and the Enigma of Duplicated Harm, 66 Tenn. L. Rev, 1127, 1999, p. 1229 ss.

[134] FISHER D. A., Insufficient Causes, 94 Ky. L.J. 277 (2006), p. 277 ss; BRÜGGEMEIER G., Common Principles of Tort Law, London, 2004 p. 52 ss.

[135] Il riferimento è, innanzitutto, a Cassazione, Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581. Conformi *ex multis*: Cass. 1.3.2007; n. 4791; Cass. 6.7.2006, n. 15384; Cass. 27.9.2006, n. 21020; Cass. 3.12.2002, n. 17152; Cass. 10.5.2000 n. 5962

[136] Cassazione, Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, paragrafi 8 e ss.

La Corte ricorda, quindi, come la valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*[137], nel momento in cui la condotta è stata attuata, respingendo le censure della dottrina, secondo la quale un giudizio di causalità adeguata effettuato *ex ante* verrebbe a coincidere con il giudizio di accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo. In maniera differente, la Cassazione esclude una confusione tra valutazione eziologica e accertamento dell'elemento soggettivo, dato che il metro di valutazione da adottare in punto di prevedibilità obiettiva non è quello della conoscenza dell'uomo medio ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento. Pertanto, l'evento deve essere prevedibile in base a regole statistiche e/o scientifiche e la regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto – svincolata da ogni riferimento soggettivo – tra comportamento ed evento dannoso. Ulteriore correttivo attraverso il quale ricostruire il nesso causale è individuato, sia pure solo con un cenno, nello scopo della norma violata.

Il giudice di merito fa più volte riferimento, nella sua argomentazione, alla giurisprudenza[138] e alla dottrina tedesca[139], su cui conviene soffermarsi. Una delle prime formulazioni della teoria della causalità adeguata si trova, in particolare, in una pronuncia del *Reichsgericht* del 1922, in cui un agente

---

[137] Sul criterio della prevedibilità, GIARDINA F., Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Giuffrè editore, Milano, 1993, p. 11 ss. Il criterio è elaborato per la prima volta in POLLOCK F., Liability for Consequences, 38 L. Q. Rev. 165, 1922, p. 167 ss. e dimostra la sua insufficienza in Mauney v. Gulf Refining Co., 193 Miss. 421, 431, 9 So.2d 780, 782 (Miss. 1942), che costituisce una chiara ipotesi di rischio non governabile.

[138] RG, 13 ottobre 1922, RGZ 105, 264. Bundesgerichtshof, 11 May 1951, I ZR 106/50 BGHZ 2, 138; Bundesgerichtshof, 24 October 1985, IX ZR 91/84. Per il comment si rinvia a WINIGER B. – KOZIOL H. –KOCH B.A. –ZIMMERMANN R. (edited by), Essential Cases on Natural Causation, Vol. 1, SpringerWienNewYork, 2007, p. 20 ss.

[139] In materia di nesso di causalità in Germania, si veda WINIGER B. – KOZIOL H. – KOCH B.A. – ZIMMERMANN R. (edited by), Digest of European Tort Law, I, SpringerWienNewYork, 2007, p. 99 ss; BRÜGGEMEIER G., Common Principles of Tort Law, British Inst of Intl & Comparative, 2004, p. 51 ss; MARKESINIS B. – UNBERATH H., The German Law of Torts, Hart Publishing, Oxford, 4th ed., 2002, p. 687 ss; MAGNUS U., Causation in German Tort Law, in EGTL, Unification of Tort Law: Causation, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000 p. 66 ss.

di polizia, durante un inseguimento, ferisce un passante, il quale, ricoverato in ospedale, finisce per contrarre l'epidemia che dilaga nel Paese e muore dopo pochi mesi. Il convenuto viene considerato responsabile del decesso, poiché l'evento morte sarebbe da considerarsi causa dello sparo, secondo l'*id quod plerumque accidit*. Quanto, invece, allo scopo della norma violata[140], in una delle più famose applicazioni, il criterio è stato utilizzato per ammettere, in capo al proprietario di un automezzo che aveva dimenticato le chiavi nel veicolo, la risarcibilità del danno derivante dall'incidente provocato dal ladro[141].

Più in generale, la giurisprudenza tedesca[142] sostiene che, nel valutare l'esistenza di una connessione adeguata tra la condotta e l'evento dannoso, bisogna innanzitutto esaminare se il comportamento del convenuto costituisce una *conditio sine qua non* dell'evento. Possono essere considerati causa solo quegli eventi che costituiscono *conditio sine qua non*, in quanto, attraverso un procedimento di eliminazione mentale, il danno non sarebbe stato provocato senza la condotta. Tuttavia, il criterio della *conditio sine qua*

[140] Cfr. LANGE H. – SCHIEMANN G., Schadensersatz, Mohr Siebeck Verlag, 3rd ed., 2003, p. 205 ss; MEDICUS D., § 249 no. 111, in VON STAUDINGER J. (edited by), Kommentar zum BGB – §§ 243–254, Sellier – de Gruyter, Berlin, revised edition 1983; SCHIEMANN G., § 249 no. 105, in VON STAUDINGER J. (edited by), Kommentar zum BGB – §§ 249–254, Sellier – de Gruyter, Berlin, revised ed. 2008; DEUTSCH E., Allgemeines Haftungsrecht, Heymanns, Carl, 1996 no. 188; Contrari, OETKER H., § 249 no. 215, in REBMANN K. – SÄCKER F. J. –RIXECKER R. (edited by.), Münchener Kommentar zum BGB, vol. IIa, 4th ed. 2003. MÄSH G., Chance und Schaden, Tübingen, 2004, p. 58 ss; LEONARD B. K., Kausalität und die Struktur des Vershuldensdelikts, 2001, Universitätsverlag Rasch, p. 53 ss; SMAGON M. S., Liability for Breach of Law under § 823, sec. 2 BGB, in HEIDERHOFF B. – ŻMIJ G. (edited by), Tort Law in Poland, Germany and Europe, p. 23 ss. Si veda anche BGH, 30 settembre 1980, NJW 1981, 113, con commento di MAGNUS U., Causation in German Tort Law, in EGTL, Unification of Tort Law: Causation, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000 p. 70 ss.

[141] BGH, 30 settembre 1980, NJW 1981, 113. Si veda anche BGH, 24 October 1985, IX ZR 91/84.

[142] Il riferimento è a Bundesgerichtshof, 11 May 1951, I ZR 106/50 BGHZ 2, 138.

non e la teoria dell'equivalenza delle cause (*Äquivalenztheorie*)[143] non sono sufficienti, ma devono essere coadiuvati dai criteri della causa adeguata[144]. I due criteri vengono presentati dalla giurisprudenza come referenti precostituiti rispetto alla fattispecie concreta, e per questo, in buona sostanza, dotati di una intrinseca logicità tale da garantire la neutralità e la correttezza metodologica nel processo di selezione della sequenza causale rilevante. La dottrina più autorevole ha criticato, in una ottica generale, l'artificiosità di questa pretesa neutralità, mostrando come ciascun correttivo finisce, nei vari giudizi, per essere scalzato da un altro, in base alle esigenze e alle caratteristiche del caso concreto[145]. Pur rimandando ad altre trattazioni, che hanno come *focus* specifico ed esclusivo la valutazione eziologica nella responsabilità extracontrattuale,[146] si vogliono qui svolgere alcune considerazioni, al fine di dimostrare la difficoltà di applicare all'ipotesi di illecito in esame le regole usualmente praticate dalla giurisprudenza italiana.

Il riferimento allo scopo della norma violata finisce paradossalmente, nel caso specifico del danno anticoncorrenziale, per allargare l'area della responsabilità, una volta che, correttamente, si ravvisi nella disciplina anticoncorrenziale lo scopo generale della tutela del mercato concorrenziale. D'altro lato, tanto il criterio della prevedibilità del danno quanto quello della causa adeguata, in quanto *species* del più ampio *genus* di correttivi che fanno capo all'area del rischio, svolgono una selezione tra le catene causali utilizzando come variabili estensive ciò che il danneggiante avrebbe dovuto pronosticare, per cui la valutazione eziologica finisce per dipendere dal criterio di imputazione della responsabilità. Se anche si

[143] Anche la dottrina italiana mutua il rigore della teoria della *conditio sine qua non* attraverso la teoria dell'equivalenza della causalità efficiente o della equivalenza delle cause, di cui al secondo comma dell'articolo 41 c.p.

[144] In dottrina, si vedano VON BAR C., The Common European Law of Torts, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 473 ss; MARKESINIS B. – UNBERATH H., The German Law of Torts, 111, p. 628 ss. In giurisprudenza, il criterio ha applicazione fin dalle sentenze più risalenti, come dimostra RG, 13 ottobre 1922, RGZ 105, 264.

[145] TRIMARCHI P., Causalità e danno, Giuffrè, Milano, 1967, p. 52.

[146] INFANTINO M., La causalità nella responsabilità extracontrattuale, Stämpfli, Berna, Esi, Napoli, 2012, cui si rinvia anche per l'ampia rassegna di casi giurisprudenziali.

negasse questa sovrapposizione, poiché le valutazioni sulla prevedibilità del danno e sulla ovvietà o straordinarietà di un avvenimento vanno svolte *ex ante*, in base alle migliori conoscenze scientifiche del momento, non può negarsi che, almeno nell'ipotesi di illecito in esame, sono proprio i danneggianti gli operatori economici in grado di prevedere con maggiore accuratezza gli effetti sul mercato di una condotta anticoncorrenziale.
In generale, sembra che tutti i criteri correttivi elaborati da dottrina e giurisprudenza siano volti a selezionare la sequenza causale rilevante in modo che sia assicurato l'aggancio tra i danni subiti e la fattispecie astratta. Questa impostazione mal si adatta al tipo di illecito in esame. Infatti, nell'ipotesi di danno anticoncorrenziale, il danno concreto subito dai privati corrisponde al danno ingiusto che la fattispecie astratta mira a evitare, ove si tratta di un *pure economic loss*[147]. In altre parole, la condotta anticoncorrenziale non provoca diverse sequenze causali, delle quali bisogna distinguere quelle rilevanti ai fini del risarcimento, ma determina conseguenze negative che si diffondono, spesso con effetto moltiplicativo, per il sistema economico, dato che la lesione dell'economia individuale produce a sua volta conseguenze su altre economie.
La peculiarità dell'ipotesi di illecito in esame costituisce la ragione giustificativa per la quale questo lavoro di tesi assume, in merito al rapporto funzionale tra nesso di causa e criterio di imputazione della responsabilità, un presupposto metodologico diverso da quello della Cassazione[148]. Utilizzando i referenti logici della prevedibilità e della causa adeguata, la giurisprudenza italiana svolge valutazioni che più opportunamente nel caso di illecito anticoncorrenziale andrebbero effettuate in sede di elemento soggettivo, invertendo i due momenti. Infatti, l'elemento soggettivo serve, secondo la Cassazione, ad indicare la sequenza causale da esaminare, costituendo un supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione delle regole proprie del nesso eziologico:

[147] LIBERTINI M., La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari, in Concorrenza e mercato, 1, 2014, p. 265 ss.
[148] Cassazione, Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, paragrafi 8.7 e 8.8.

> *In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p. Il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dalla ratio dello specifico paradigma normativo ai fini dell'allocazione del costo del danno, possono sorreggere la motivazione che porta ad accertare la causalità di fatto, ma restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile.*

Il nesso eziologico è cercato tra il fatto doloso, colposo o imputabile per rischio e il danno e questa anticipazione del giudizio soggettivo rispetto quello di causalità finisce, almeno nel caso di illecito civile anticoncorrenziale, per privare la valutazione eziologica di qualsiasi asserita neutralità, confondendo la funzione della causalità con quella della responsabilità civile in generale.

4.4. La causalità materiale come criterio servente agli altri elementi dell'illecito

Come si è detto[149], il modello teorico di base accolto dalle tradizioni giuridiche comuni dei Paesi europei è quello della *condicio sine qua non*, in base al quale un fatto è causa materiale dell'evento di danno, cioè della concreta lesione valutata tenendo conto delle specifiche modalità di produzione, qualora ne costituisca un antecedente necessario, ancorché non sufficiente[150]. Tuttavia, la maggior parte della dottrina italiana ritiene che la nozione di causa materiale come *condicio sine qua non* tenda a estendere a dismisura il novero dei danni risarcibili, e per questo elabora

[149] Vedi *supra,* Capitolo 2, paragrafo 4.1.

[150] Così REALMONTE F., Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, Giuffrè, 1967; TRIMARCHI P., La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Giuffrè editore, Milano, 2017. p. 275 ss; BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss.

dei correttivi, quali sono le tesi della causalità adeguata e dello scopo della norma violata.

In effetti, appare preferibile la tesi secondo la quale il problema della causa sia una tecnica di costruzione della fattispecie che non ha la funzione di determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria. In altre parole, si applica il criterio della *condicio sine qua non*, senza bisogno di ulteriori correttivi, poiché questo ha una funzione servente rispetto agli altri due criteri che compongono la struttura del giudizio di responsabilità, e cioè il criterio di responsabilità (paragrafo 5.) e il giudizio sull'ingiustizia della lesione (paragrafo 6.).

Applichiamo, intanto, il criterio alle azioni per il risarcimento del danno anticoncorrenziale. Per semplicità di esposizione, consideriamo solo l'ipotesi di illeciti di sfruttamento. Prendiamo ad esempio sia i danni lamentati dagli acquirenti del bene prodotto da un'impresa partecipante al cartello che i danni subiti in virtù del fenomeno dei prezzi di protezione. In entrambi i casi, possiamo dire che il fatto illecito (nell'esempio, il cartello) sia *condicio sine qua non* della lesione in concreto subita. Infatti, la differenza tra le due ipotesi di evento lesivo attiene al rischio sotteso, da valutare, però, in sede di applicazione dell'elemento soggettivo.

5. L'elemento soggettivo dell'illecito

La ricostruzione della disciplina della responsabilità civile per violazione del diritto della concorrenza, così come svolta finora, conduce l'interprete ad uno snodo cruciale: la individuazione del criterio soggettivo di imputazione della responsabilità. Nei paragrafi precedenti, si è attribuito al giudizio di causa materiale la funzione di tecnica di costruzione della fattispecie concreta, collegando il fatto illecito all'evento di danno. Nella responsabilità aquiliana, il fatto illecito è connesso ad un'azione soggettiva. Per questa ragione, il criterio di imputazione della responsabilità deve assolvere al compito di attuare un collegamento tra l'azione produttiva dell'evento e la sfera giuridica soggettiva del danneggiante.

In materia di elemento soggettivo dell'illecito anticoncorrenziale, la direttiva 2014/104/UE appare muta: l'illecito anticoncorrenziale ha la testa nel diritto europeo e il corpo negli ordinamenti nazionali, cui compete, dunque, anche la configurazione dell'elemento soggettivo, in modo da garantire l'effettività del rimedio. Nel corso delle prossime pagine, si cercherà di ricostruire l'elemento soggettivo in modo che questo costituisca un sistema di selezione degli eventi dannosi funzionale alla realizzazione degli obiettivi che il sistema si prefigge. Il compito è gravoso anche a causa della difficoltà di rinvenire un principio comune fra gli Stati, ove alcuni ordinamenti sono saldamente ancorati al principio della colpa[151] come criterio generale di imputazione[152], mentre in altri questa ha un ruolo assai più ridotto[153].

Anche sul fronte comparativo non si rintracciano risultati uniformi. A livello europeo, si registrano esperienze di imputazione oggettiva della responsabilità in caso di illecito anticoncorrenziale: è il caso della prima disciplina spagnola a tutela della concorrenza[154]. Viceversa, l'attuale regime, di cui all'articolo 10 della *Ley de Defensa de la Competencia*, richiede espressamente che le violazioni siano compiute volontariamente o per negligenza[155]. Similmente, il § 35 GWB individua esplicitamente la *fahrlässigkeit* quale requisito minimo ai fini della imputazione della condotta. La norma costituisce espressa applicazione dello *Shuldprinzip*, cioè del principio, presente nell'ordinamento tedesco (§ 823 BGB), della colpa come criterio generale di imputazione della responsabilità.

Tuttavia, sono le secolari esperienze antitrust extraeuropee a fornire gli esempi più interessanti. Innanzitutto, l'articolo 25 della legge antitrust

[151] Naturalmente, il termine colpa è usato qui in maniera onnicomprensiva, al fine di intendere sia la negligenza che il dolo.

[152] Si pensi, ad esempio, ai § 276 e 823 BGB.

[153] Il riferimento è all'ordinamento francese e a quello italiano. Sul punto, si rinvia a KOCH B. A. – KOZIOL H., Unification of Tort Law: Strict Liability, 2002.

[154] Ley sobre la competencia, 1961, così come ricostruita dalla principale dottrina spagnola, per cui si veda FERNANDEZ RUIZ J., Damnos j prejuicios en la ley sobre la competenxia, in Estudios Juridicos en Homenaje a Joaquin Gariguesm, Madrid, 1968.

[155] Art. 10, Ley de Defensa de la Competencia, L n. 16/1989.

giapponese prevede una imputazione oggettiva dei danni civili, nel caso in cui sia intervenuto a sanzionare l'illecito un provvedimento formale della FTC (*Fair Trade Commission*), l'organo pubblico preposto alla tutela della concorrenza. Invece, in assenza di un provvedimento formale della FTC, opera il criterio generale della responsabilità per colpa[156]. Ancora, una disciplina composita è quella che risulta dalla statunitense *Treble Damages Action*, che si incardina sulla distinzione tra illeciti *per se* e illeciti valutati alla luce della *rule of reason*[157]. L'indicazione che se ne trae, e che occorre tener ferma anche in considerazione della ricostruzione dell'elemento soggettivo che qui si propone, è che, nel caso di illecito anticoncorrenziale, intervengono valutazioni sulle variabili economiche e sulle condizioni di mercato, suscettibili di incidere sulle conseguenze civilistiche di una pratica anticoncorrenziale, tali da non essere sempre facilmente conoscibili a priori.

5.1. L'elemento soggettivo nelle altre ipotesi di illecito civile di ispirazione europea

La breve ricostruzione delle principali scelte compiute dagli ordinamenti giuridici in materia di elemento soggettivo non conduce a risultati uniformi, registrandosi ipotesi di responsabilità oggettiva e casi di responsabilità per colpa. Per questo, si cercherà di svolgere un'analisi differente, relativa al contenuto del criterio di imputazione della responsabilità nelle principali ipotesi di illecito civile di fonte europea. Il fine è quello di proporre un criterio coerente ai principi europei comuni in tema di imputazione della responsabilità civile, quali risultano dal diritto europeo e dall'evoluzione dei singoli sistemi nazionali, e funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell'istituto oggetto della ricerca.

A livello europeo, un primo esempio è rappresentato dalle norme in tema di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie (ex articolo

[156] HALEY J., Antitrust sanctions and remedies. A comparative study in German and Japanese law, in Wash L. Rev., 1984, p. 500 ss.

[157] Per cui si veda *supra*, capitolo 1.

340 TFUE), rispetto alle quali si è passati da una interpretazione ispirata alla nozione francese di *faute de service* a quella di carattere illegale dell'atto, che costituisce, secondo una parte della dottrina, un caso di responsabilità oggettiva[158].

Sono, però, soprattutto le ipotesi di illecito di derivazione europea a fornire indicazioni significative: il riferimento è, evidentemente, alla responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo[159], alla responsabilità prevista in materia di appalti[160], alla responsabilità del produttore ex Direttiva 2001/95/CE[161].

In materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, la Corte di Giustizia utilizza il criterio della violazione grave e manifesta, che, com'è stato autorevolmente osservato[162], modifica, per questa ipotesi di illecito, il contenuto del criterio soggettivo di imputazione. Infatti, l'azione soggettiva a monte del fatto illecito è, nel caso della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, l'esercizio delle funzioni dello Stato. L'ampio potere discrezionale di cui gode lo Stato nell'esercizio di tali funzioni preclude giudizi di colpevolezza del suo operato, secondo i criteri tradizionali della diligenza, mentre possibile è una comparazione controfattuale tra l'atto prescritto agli Stati dal diritto europeo e l'atto effettivamente compiuto. Per questo, il giudizio sull'operato dello Stato deve essere svolto al momento della valutazione della gravità della violazione, laddove non si prescinde affatto dalla valutazione dell'elemento soggettivo, ma, viceversa, si riscrive la nozione di colpa, riempendola di requisiti concreti, tali da permettere di formulare un giudizio di disfavore sull'operato del potere pubblico coinvolto.

---

158 SCHOCKWEILER F., Le Régime de la responsabilité extracontractuelle, RTDE, 1990, p. 59 ss.

159 Corte di Giust., 19 novembre 1997, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, caso *Francovich e Bonifaci contro Italia*, Raccolta della giurisprudenza 1995 I-03843.

160 Articolo 30, comma 5, c.p.a.

161 Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

162 DI MAJO, Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Europa dir. priv., 1998, p. 757 ss.

Un'analoga oggettivizzazione del requisito della colpa si ha nel caso di danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione di un appalto a causa della violazione, da parte della P.A., delle regole pubblicistiche delle procedure di gara (articolo 30, comma 5, c.p.a.). In questa ipotesi di responsabilità, che è inquadrata nell'ambito del modello aquiliano, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il privato possa provare la colpa dell'amministrazione anche dimostrando l'illegittimità del provvedimento lesivo. Tale elemento, infatti, pur non coincidendo con quello tradizionale di colpa, costituisce un indizio grave, preciso e concordante, idoneo a fondare una presunzione di colpa, imponendo alla P.A. l'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore compiuto[163].

Parimenti significativa la scelta del legislatore europeo nella citata Direttiva in materia di responsabilità del produttore, ove l'ordinamento giuridico europeo squarcia il velo dell'alternativa radicale tra colpa e responsabilità oggettiva, introducendo il criterio del rischio di impresa che esercita attività pericolose, che era già stato ampiamente studiato dalla dottrina italiana più attenta alle esigenze di una produzione industriale di massa[164].

I principi espressi dal diritto europeo si accordano alle evoluzioni interpretative registrate in tutti i Paesi, compresi quelli più fedeli, sul piano formale, al principio della colpa[165].

La ricostruzione ora proposta suggerisce che in tutte le ipotesi di illecito di ispirazione europea l'alternativa secca colpa/responsabilità oggettiva costituisce un'alternativa molto riduttiva[166]. Più precisamente, se la funzione dell'elemento soggettivo nell'illecito è collegare l'azione

---

[163] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115.

[164] TRIMARCHI P., Rischio e responsabilità oggettiva, Giuffrè, Milano, 1962; RODOTA' S., Il problema della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1964; MONATERI P.G., La responsabilità civile, Utet Giuridica, Torino, 1988.

[165] Uno studio comparativo è condotto in KOCH B. A. –KOZIOL H., Unification of Tort Law: Strict Liability, 2002, in cui gli Autori, nell'ambito del progetto volto alla definizione dei Principi in materia di Responsabilità civile, perseguito dal Gruppo Europeo sulla responsabilità civile, dimostrano l'esistenza di un'area grigia tra responsabilità oggettiva e principio della colpa.

[166] DI MAJO A., Europea e diritto privato, 1998;

produttiva dell'evento alla sfera giuridica soggettiva del danneggiante, si avverte l'esigenza di individuare un criterio di imputazione funzionale alla risoluzione del conflitto di interessi sottostante all'ipotesi di illecito ed economicamente razionale rispetto alle peculiarità dell'azione soggettiva[167].

Ciò sembra avere una ricaduta sistematica significativa nell'intero complesso di disposizioni dell'ordinamento italiano, inducendo a superare la ricostruzione dell'elemento soggettivo nei termini di una contrapposizione tra criterio generale ex articolo 2043 c.c. e criteri speciali di imputazione della responsabilità, a causa della progressiva frammentazione del contenuto della nozione di colpa.

Si dà ingresso alla tesi in base alla quale la nozione di colpa subisce una progressiva oggettivizzazione, mutando il contenuto dell'elemento soggettivo dell'illecito civile in funzione della qualità e della quantità del rischio che il singolo soggetto introduce nella società[168].

5.2. Il contenuto del criterio di imputazione della responsabilità nell'illecito anticoncorrenziale

Tenendo ferma l'argomentazione sistematica esposta al paragrafo precedente, è necessario, adesso, interrogarsi sul criterio di imputazione della responsabilità nell'illecito civile anticoncorrenziale, quale risulta dal complesso normativo della Direttiva 2014/104/UE e del D.Lgs. 3/2017. In assenza di una espressa indicazione normativa, le risposte prospettate dalla dottrina sono state diverse[169].

---

[167] Sul punto, cfr. DI MAJO A., Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Europa e diritto privato, 1998, p. 767 ss per cui *Non esiste nozione più travagliata e discussa di quella della colpa. Le varianti del concetto sono infinite. Le stesse normative, che diconsi riprodurre modelli di responsabilità oggettiva (quale ad es. la responsabilità del produttore), sono suscettibili di interpretazione differenziate*.

[168] L'idea è tratta da BELFIORE A., Materiali del corso di diritto civile M – Z, Anno accademico 2014, inediti.

[169] Per un'accurata ricostruzione delle diverse tesi, sia pure precedenti all'avvento della Direttiva 2014/104/UE, si rinvia a CARUSO A., Colpa nell'illecito antitrust, in Danno e responsabilità, 1998, 2, p. 118 ss.

Autorevole dottrina italiana ha ricostruito la responsabilità per illecito anticoncorrenziale come ipotesi di *strict liability*, ritenendo significativo, pur in assenza di indicazioni esplicite da parte del legislatore europeo, l'assunto metodologico da cui muove la direttiva[170]. Infatti, questa interviene sulla fase finale del procedimento ermeneutico volto a individuare il danno risarcibile, in base al presupposto che, accertato il comportamento anticoncorrenziale e applicando dati economici di mercato, è possibile ritenere che vi sia stato non solo un danno sociale ma anche danni privati risarcibili. Da questa impostazione della direttiva, la citata dottrina ritiene di poter individuare nella ipotesi di illecito in esame una fattispecie tipica di responsabilità oggettiva, che sorge dalla violazione di norme che prescrivono un determinato comportamento, essendo esclusa la possibilità per le imprese di fornire la prova contraria. Tuttavia, la tesi, così com'è prospettata, sembra trascurare due aspetti. Innanzitutto, non considera la necessità di distinguere tra elemento soggettivo che presiede alla condotta al fine della irrogazione della sanzione amministrativa e imputabilità del comportamento anticoncorrenziale nel contesto di un'azione risarcitoria[171]. Ai fini della responsabilità civile, si imputa al danneggiante il danno subito dal terzo, non il fatto illecito in quanto tale[172]. Inoltre, la tesi della responsabilità oggettiva non sembra dare conto della varietà delle condotte anticoncorrenziali, che pone questioni differenti anche in punto di imputazione. Il criterio della responsabilità oggettiva non risulta razionale in questa ipotesi di illecito civile, in quanto non permette una oggettivazione progressiva dell'elemento soggettivo in base alla condotta anticoncorrenziale effettivamente compiuta.

Sul fronte opposto, alcuni autori hanno interpretato il silenzio del legislatore come una tecnica di disciplina, al fine di dare ingresso al criterio

[170] Il riferimento è a ALPA G., Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2017, p. 3 ss, il cui primo capitolo si trova anche in Contratto e impresa, 6, 2015, p. 1227 ss.

[171] Il tema è posto, sia pure in toni interrogativi, anche da BERNINI G., Un secolo di filosofia antitrust, p. 427 ss.

[172] Così anche SALVI C., La responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2005, p. 223.

generale di imputazione della responsabilità, tradizionalmente rintracciato, nell'ordinamento italiano e nella maggior parte dei sistemi nazionali, nella responsabilità per colpa. All'interno della tesi della responsabilità per colpa possono individuarsi due filoni distinti. Una parte della dottrina, ancorata al tradizionale paradigma che distingue tra colpa come criterio generale e responsabilità oggettiva come ipotesi particolari, argomenta proprio nel senso dell'assenza di lacuna, ove l'ipotesi rientra nel contesto generale di cui all'articolo 2043 c.c[173]. Questa parte della dottrina ritiene si debba accertare, nei vari casi concreti, le condizioni di conoscibilità, *alias* prevedibilità ed evitabilità del danno, applicando un criterio di diligenza in concreto.

In maniera differente, altra parte della dottrina[174] ritiene che non si possa applicare, *sic et simpliciter*, il criterio di cui all'articolo 2043 c.c., proprio a causa dell'evidente tendenza dell'ordinamento italiano alla frammentazione del profilo dell'elemento soggettivo, per cui risulta anacronistico parlare di una norma generale che si applichi in via residuale in caso di silenzio del legislatore, mentre più corretto è condurre un ragionamento intorno al conflitto di interessi sottostante. In particolare, il conflitto di interessi, nel caso di illecito anticoncorrenziale, sarebbe simile a quello sotteso all'azione di risarcimento dei danni in caso di concorrenza sleale, regolata dall'articolo 2600 c.c., per cui, pertanto, si applica per analogia l'inversione dell'onere probatorio in materia di colpa o dolo. Si è detto che il criterio di imputazione soggettiva serve, in un giudizio di responsabilità civile, a collegare l'azione produttrice dell'evento alla sfera soggettiva dell'agente. Nel caso di specie, si tratta di un'impresa, quindi di un operatore economico professionale. Per questa ragione, la citata dottrina ritiene che la colpa risieda nella violazione di norme di condotta

[173] Così CARUSO A., Colpa nell'illecito antitrust, in Danno e responsabilità, 1998, 2, p. 118 ss.
[174] Così LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 490 ss, in base al quale *in mancanza di una norma espressa di deroga, deve altresì ritenersi che il danno da illecito antitrust sia risarcibile solo se la relativa azione sia stata posta in essere con dolo o colpa*. Si veda anche NIVARRA L., Il 2° comma dell'art. 33, La tutela civile: profili sostanziali, in AA.VV., Diritto antitrust italiano, Zanichelli, Torino, 1993, p. 1449 ss.

prescritte dall'obbligo di diligenza professionale: si tratta dell'antica tesi della colpa obiettiva, che, pur identificando il contenuto della colpa nella violazione delle norme, permette in ogni caso la prova contraria da parte delle imprese[175].

Sembra a chi scrive che la tesi dottrinale da ultimo prospettata sia quella più razionale rispetto agli obiettivi dell'illecito in esame e più coerente con la funzione dell'elemento soggettivo nel giudizio di responsabilità, perché attribuisce rilevanza alla distinzione tra le condotte anticoncorrenziali a monte del danno. Infatti, in alcuni casi, quando la fattispecie è identificata dal legislatore secondo un profilo teleologico[176], la sussistenza di una precisa consapevolezza in ordine alla destinazione antigiuridica della condotta deve ritenersi *in re ipsa*. Allorché la vocazione anticoncorrenziale dell'atto venga ricavata, in via tipica, dal suo contenuto[177], l'elemento soggettivo dell'*iniuria* è ravvisato nella consapevolezza della ricorrenza di un tale contenuto, non rilevando né la rappresentazione né la specifica volizione di uno scopo o di un effetto. Lo stesso vale nel caso di intese, non tipizzate, che abbiano ad oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza[178]. Per le intese illecite per effetto oppure per gli abusi di posizione dominante atipici,[179] la colpa risiederà nella consapevolezza (o nella inescusabile ignoranza) dell'effetto impeditivo restrittivo o del carattere abusivo dell'esercizio della posizione dominante, acclamabili alla stregua di indici eterogenei che vanno dalla forma del mercato in cui la pratica è posta in essere alle abitudini concorrenziali del settore.

La tesi della colpa obiettiva risulta più razionale perché permette di modulare il contenuto dell'elemento soggettivo in funzione della gravità

---

175 Com'è noto, la tesi è stata elaborata da MAIORCA C., voce Colpa civile, in Enc. Dir., p. 577 ss.

176 Articolo 101 TFUE, lettere b) e c); articolo 102 TFUE, lettera b); articolo 2 L. 10 ottobre 1990, n. 287, lett. b) e c); articolo 3, lett. b), della L. 10 ottobre 1990, n. 287.

177 Articolo 101 TFUE, lettere a), d) ed e); articolo 102 TFUE lett. a), c), d); articolo 2, Lett. a), d) ed e) e articolo 3, lettera a), c) e d) L. 10 ottobre 1990, n. 287.

178 Articolo 101 TFUE, comma 1.

179 Articolo 3, comma 1, L. 10 ottobre 1990, n. 287.

della violazione del diritto della concorrenza, permettendo, quindi, all'interprete di svolgere una serie di valutazioni in merito alla funzione deterrente della responsabilità civile[180]. L'illecito diventa un apparato di regole strumentali alla creazione di un sistema di incentivi attraverso i quali evitare che vengano compiute attività il cui costo totale sia superiore al beneficio atteso dall'agente. Inoltre, queste valutazioni non stravolgono il sistema della responsabilità civile, perché in ogni caso l'interprete è vincolato alla struttura del giudizio di responsabilità e alla nozione di violazione della norma e di concretizzazione del rischio tipico, riconoscendo alle imprese la possibilità di fornire prova contraria. Si tornerà sul punto, in modo da offrire una rilettura in tema di *umbrella effects* e rischio diffuso (vedi infra, paragrafo 5.4).

Risulta opportuno applicare il criterio di imputazione in esame accantonando la prospettiva giuridica che distingue tra intese anticoncorrenziali e abuso di posizione dominante e dare ingresso alla distinzione tra condotte che configurano abusi di sfruttamento e condotte che rappresentano abusi escludenti[181]. Utilizzando tale criterio distintivo si colgono i diversi gradi di rischio per l'equilibrio economico, che, come conseguenza della condotta, può subire diversi costi totali: per questo, diverse saranno le prove contrarie che le imprese devono fornire in ordine all'assenza della colpa. La distinzione si giustifica alla luce del diverso grado di conoscenza e di uniformità della teoria economica circa i criteri generali in base ai quali stabilire, nelle due diverse categorie di

[180]Nello stesso senso sembra l'interpretazione della dottrina comparatista, per cui si veda DI GIAMBATTISTA L., Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules; a critical assessment of the European Commission's Green Paper, in Diritto dell'Unione europea, 2006, p. 739 ss;

[181] Proprio in TRIMARCHI P., La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 238 ss viene sottolineata la rilevanza della distinzione tra abusi di sfruttamento e abusi escludenti, seppure nell'ambito di un discorso generale in tema di responsabilità dell'impresa (e non specificamente orientato alla ricostruzione del criterio dell'imputazione): sembra una conferma della maggiore utilità della distinzione prospettata, di cui si trova traccia in European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy, Antitrust and control of concentrations, Brussels July 2002. Sul punto, cfr. *supra*, Capitolo 1, paragrafi 7 e ss.

comportamento anticoncorrenziale, che ai danni sociali si accompagnano danni privati.

Se si tratta di abuso di sfruttamento, allora può dirsi che la condotta anticoncorrenziale provocherà, oltre a danni sociali, anche danni privati risarcibili. A causa della gravità della violazione, è conforme alla logica dell'economico che la colpa sia *in re ipsa*.

Si cercherà di spiegare meglio il concetto ricorrendo ad un esempio classico. Le imprese A, B e C danno luogo ad una intesa sul mercato di un prodotto X, in modo da contrarre la produzione, mantenendola a un livello inferiore a quello concorrenziale. Ciò provocherà alcuni danni privati: il danno da sovrapprezzo sopportato dagli acquirenti e il danno sopportato dai non acquirenti. Naturalmente, i due tipi di danno provocano questioni complesse in punto di quantificazione, di onere della prova e di nesso di causalità, ma, limitando per il momento la nostra analisi all'elemento soggettivo dell'illecito, ciò che conta è che il rischio immesso nel sistema dalle imprese A, B, C, nel momento in cui danno vita all'intesa anticoncorrenziale, è talmente elevato da giustificare che la valutazione in ordine alla colpa degli operatori economici coincida con la violazione della norma di diritto della concorrenza.

Occorre, però, chiarire meglio questo punto.

Nella maggior parte dei casi, l'autorità competente sanziona le intese a causa del loro oggetto anticoncorrenziale, senza la necessità di condurre un'analisi sull'effetto. Ciò significa che, nel caso di azioni *follow on*, non sarà sufficiente il provvedimento amministrativo di condanna per ritenere che vi siano danni privati. Tuttavia, da un punto di vista civilistico, questo attiene ad elementi dell'illecito diversi, riguardando la prova del danno e quella del nesso di causalità. Ciò che si vuole dire qui è differente. Nel singolo giudizio concreto, devono essere provate, secondo le regole che si illustreranno, la condotta anticoncorrenziale e la sussistenza di un danno causalmente connesso a tale condotta. Tuttavia, l'analisi economica degli abusi di sfruttamento è solida e, di fatto, permette una stilizzazione del danno, insegnando che ad una riduzione della produzione corrisponde un

effetto sui prezzi, e dunque un danno privato: per questa ragione, è razionale dedurre l'esistenza della colpa dalla gravità della condotta, essendo poi estremamente difficile per le imprese fornire la prova contraria[182].

Nel caso di abusi escludenti[183] o di condotte anticoncorrenziali atipiche[184], la situazione è in parte differente. Innanzitutto, rispetto alla maggior parte delle condotte che costituiscono un abuso escludente[185], non è sempre semplice distinguere un comportamento illecito da un comportamento che invece costituisce espressione di una *competition on the merits*. Come sottolineato da parte della dottrina[186], un abbassamento improvviso dei prezzi da parte di una impresa dominante potrebbe rispondere anche ad esigenze interne legittime, quali la necessità di smaltire le scorte. Allo stesso tempo, potrebbe risultare difficile individuare condotte illegittime all'interno di una strategia complessivamente aggressiva nei confronti dei concorrenti. A ciò si aggiunge che, quanto al profilo del danno sociale, la condotta potrebbe bilanciare i suoi effetti negativi perché realizza economie di scala o incrementi di efficienza. Rispetto al danno privato, la situazione è ulteriormente complicata in quanto a una condotta escludente illecita potrebbe non corrispondere un danno privato in capo ad uno

---

[182] In particolare, si rinvia a PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 37 ss. Infatti, nonostante il testo abbia il merito di sottolineare come, adottando un approccio economico, le due categorie di abuso pongano problemi sensibilmente differenti, da un punto di vista strettamente civilistico, le considerazioni fatte intorno agli elementi dell'illecito sembrano confondere aspetti che riguardano l'imputazione della responsabilità con quelli che attengono all'onere della prova e al nesso di causalità.

[183] L'espressione è coniata per la prima volta in Corte di Giust., 10 luglio 2001, causa C-497/99, caso *Irish Sugar*, Raccolta della giurisprudenza 2001 I-05333, par. 111.

[184] Si pensi alle nuove questioni poste dall'intersezione tra diritto della concorrenza e nuove tecnologie: ad esempio, molto significativa è il procedimento del Bundeskartellamt in merito alla cessione di dati da Facebook a terzi, considerata una violazione dell'articolo 102, comma 1, lett. a), TFUE, commentata da PALMIERI A. – PARDOLESI R., Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un revival innovativo, in Foro italiano, 2018, 5.

[185] Quanto detto non vale nel caso di *naked exclusion,* che costituisce, invece, una perdita sociale netta, cui corrisponde immediatamente un danno privato subito in capo da un operatore specifico.

[186] PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust, il Mulino, Bologna, 2010, p. 67 ss.

specifico concorrente, se, ad esempio, questi non era a monte sufficientemente efficiente nel mercato in cui si è svolto l'abuso. Inoltre, le conseguenze subite dagli operatori del mercato devono essere stilizzate attraverso una difficile astrazione operata sulla base di giochi strategici in cui ogni mossa dipende da una molteplicità di fattori specifici, per cui la consapevolezza dei danni privati è minore[187]. Per questo, non esiste un consenso diffuso circa il criterio generale in base al quale un comportamento sia o meno abusivo, ove una condotta, pur creando danni ad alcuni concorrenti, potrebbe produrre un incremento di efficienza maggiore della somma di danni totali e danni privati.

Un esempio di tale incertezza è rappresentato dal diverso atteggiamento assunto dall'ordinamento statunitense e da quello europeo rispetto alle strategie di prezzi predatorie, considerate *prima facie* lecite in USA[188], fortemente osteggiate in Europa[189].

In termini civilistici, possiamo dire che il rischio che l'impresa introduce nel sistema è qualitativamente diverso, poiché più incerto, e quantitativamente inferiore rispetto a quello introdotto nel caso di abusi di prezzo, sicché più semplice sarà per l'impresa dimostrare la scusabilità dell'errore e l'assenza di colpa[190]. Torna utile ciò che si è già sottolineato: vi sono condotte anticoncorrenziali i cui effetti, sul piano civilistico,

---

[187] Si veda, sul punto, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, disponibile online: http://ec.europa.eu/competition. Si rinvia, inoltre, anche a DREXL J. – KERBER W. – PODSZUN R. (ed. by), Competition Policy and Economic approach. Foundations and Limitations, Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA) 2011, p. 94 ss.

[188] Corte Suprema, Matsushita Electric v. Zenith Radio, 475 US 574 106 S. t. 1348 89 l. Ed 2d 538, 26th March 2006.

[189] Si veda Corte di Giust., 3 luglio 1991, C-62/86, caso Akzo Chemie BV, p. 163, in base alla quale, in materia di prezzi predatori, le regole di concorrenza non sono mai state precisate con esattezza. Similmente, in Corte di Giust., 9 dicembre 1971, causa C-27/76, caso *United Brands*, Raccolta della giurisprudenza 1978 00207, non conferma le sanzioni comminate dalla Commissione a causa della novità della fattispecie, che costituiva un abuso di struttura.

[190] La posizione qui assunta coincide con PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 67, pur rimanendo la sensazione che nel testo non si distingua in maniera abbastanza incisiva tra i diversi elementi dell'illecito.

impongono valutazioni economiche complesse, tali da non essere sempre facilmente conoscibili a priori.
La ricostruzione, nei termini di una colpa obiettiva presunta, del criterio soggettivo di imputazione della responsabilità tiene conto delle peculiarità dell'ipotesi di illecito in esame. Risulta, pertanto, funzionale al rispetto del principio di effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea, cui, in base alla Direttiva, deve sottostare l'interprete chiamato a colmare le lacune della disciplina europea[191].

5.3. *Umbrella effects*: un problema di rischio diffuso e di coerenza tra *public* e *private enforcement*

Una volta ricostruito il criterio di imputazione della responsabilità civile per violazione della disciplina antitrust, si possono riprendere le fila del discorso rimasto in sospeso in materia di *umbrella effects*. In questo modo, si vuole anche cercare di comprendere come l'elemento soggettivo svolga la funzione di connettere l'azione produttiva dell'evento alla sfera soggettiva del danneggiante, con peculiare riferimento all'abuso di sfruttamento.
Le due tipologie di danno che si è scelto di considerare sono, come si è detto (vedi *supra*, par. 4.3), i danni subiti dagli acquirenti del bene e i danni subiti per effetto del prezzo di protezione. Sono necessarie alcune precisazioni. Rispetto alla prima categoria di attori, dato che, per il momento, si trascurerà la disciplina del *passing on*[192], poco importa se questi siano acquirenti diretti o indiretti del bene: in altre parole, ci si riferisce a tutti gli acquirenti dei cartellisti, collocati in uno degli anelli della catena produttiva. Quanto agli *umbrella effects*, si rinvia a *supra*, paragrafo 4., per la descrizione del fenomeno in questione.
Ora, applicando la teoria della *condicio sine qua non*, entrambi gli eventi dannosi, cioè entrambe le lesioni valutate in concreto, sono causalmente connesse al fatto, cioè all'illecito di sfruttamento, con applicazione dei

[191] Considerando nn. 3 e 4, Direttiva 2014/104/EU.
[192] Per cui si veda infra, paragrafo 7.

prezzi sovraconcorrenziali, che costituisce una violazione della disciplina anticoncorrenziale. Il criterio soggettivo di responsabilità è, nella prospettiva accolta in questo studio, quello della colpa obiettiva per violazione delle norme in materia di concorrenza. La condotta anticoncorrenziale mette a rischio, evidentemente, l'equilibrio economico, ove anche i danni lamentati in virtù di *umbrella effects* sono espressione della rottura di tale equilibrio da parte dei cartellisti. In quest'ottica, si comprende come mai una parte della dottrina abbia favorevolmente accolto la tesi, prospettata in *Kone*, della risarcibilità di tali danni, utilizzando, in sede di giudizio causale, il correttivo dello scopo della norma violata[193].

Se, però, si rifiuta che il nesso eziologico possa avere una funzione ulteriore oltre a quella di descrizione e individuazione della fattispecie in una ipotesi di illecito civile, qual è quella in esame, in cui molto ampio è l'ambito di protezione della norma violata, il problema diventa, quindi, vagliare la sussistenza dell'elemento soggettivo. L'interprete è chiamato a misurarsi con la *ratio* dei titoli di responsabilità sanciti.

La differenza fondamentale consiste proprio nel fatto che il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità non è neutro, anche perché altrimenti finirebbe per confondersi con la nozione di antigiuridicità, ma ha la funzione di ricostruire la relazione tra fatto dannoso ed evento lesivo dalla prospettiva del danneggiante, in modo da reprimere l'atto illecito, addossando a chi esercita l'attività il costo del rischio del comportamento anticoncorrenziale. Il rischio del comportamento che viola la disciplina a tutela della concorrenza non deve essere, però, valutato in astratto, ma in concreto, ove bisogna considerare se sia razionale, cioè in linea con la logica dell'economico, che sia l'impresa a governarlo.

Ora, nel caso di danni lamentati dagli acquirenti del bene, alla diminuzione del beneficio corrisponde un aumento del benessere dei cartellisti. Ciò vale sia per gli acquirenti diretti dei cartellisti che per gli acquirenti indiretti, sui quali sia stato traslato il danno: in entrambi i casi, l'ammontare

[193] Per la ricostruzione e gli approfondimenti bibliografici vedi supra, paragrafo 4.

complessivo del risarcimento corrisponde al sovraprofitto illecito. Se si traduce questa descrizione fattuale nel vocabolario proprio del sistema della responsabilità civile, può dirsi che la colpevolezza delle imprese rispetto al danno subito dagli acquirenti, diretti o indiretti, sia *in re ipsa* perché la violazione della regola di concorrenza ha comportato la realizzazione di un rischio tipico e governabile dalle intese che hanno compiuto un danno illecito.

Viceversa, nel caso di *umbrella effects*, i cartellisti non ricevono alcun guadagno sovraconcorrenziale dalla perdita lamentata dagli agenti, che dipende dalla scelta di un altro operatore economico che decide di adeguarsi ai prezzi di mercato. La condotta dei cartellisti non ha realizzato un rischio tipico, ma ha aumentato le probabilità di un rischio diffuso. Poiché la responsabilità civile non è lo strumento appropriato per rimediare ai danni subiti a causa di un rischio diffuso, ove il sistema del diritto della concorrenza europea conosce anche lo strumento dell'azione amministrativa sanzionatoria d'ufficio[194], la valutazione in ordine alla colpevolezza è molto complessa. Infatti, non sembra metodologicamente corretto esprimersi a priori in ordine alla risarcibilità o meno dei prezzi di protezione, ove la valutazione non può che essere saldamente ancorata alle caratteristiche peculiari della condotta anticoncorrenziale a monte: gli *umbrella prices* dovrebbero essere imputati alle imprese colluse solo nei casi in cui l'intesa ha raggiunto dimensioni tali nel mercato da rendere inevitabile l'effetto di protezione. Qualora le quote di mercato delle imprese interessate all'impresa non siano così significative, le imprese colluse vincono l'inversione probatoria in ordine alla colpa dando prova di non aver potuto prevedere l'effetto di protezione e, ai fini di affermare la risarcibilità degli *umbrella prices*, si dovrebbe, almeno secondo chi scrive, tentare una strada differente. Si è già più volte sottolineata l'inadeguatezza

[194] Lo sottolinea, proprio in tema di danno anticoncorrenziale, anche TRIMARCHI P., La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 238, per cui *si hanno così conseguenze indirette, frazionate, in parte attenuate da aggiustamenti, di difficile valutazione: dunque con le caratteristiche, per lo più, della lesione di interessi diffusi, contro la quale la responsabilità civile non è lo strumento più appropriato e comunque opererebbe con difficoltà.*

delle tradizionali categorie giuridiche di illecito anticoncorrenziale, che, elaborate nell'ambito del *public enforcement* del diritto della concorrenza, mal si attanagliano alle caratteristiche strutturali del danno privato[195]. Ciò è evidente rispetto al caso dei prezzi di protezioni, per ammettere la cui risarcibilità occorre accogliere una nozione di pratica concordata, che garantisca una efficace sinergia tra i due livelli di *enforcement*, senza stravolgere lo strumento della responsabilità civile. Si è detto[196] che fondamentale nella definizione della pratica concordata è la distinzione tra parallelismo di comportamenti determinato dalla struttura del mercato e comportamento collusivo. Ora, il diritto della concorrenza dell'Unione europea considera, in un mercato oligopolistico, l'allineamento dei prezzi come espressione di razionalità dell'operatore economico, in virtù di una interdipendenza riconosciuta, per cui la simultaneità delle condotte, per essere sanzionata, deve avere come unica spiegazione la concertazione. Nel caso di prezzi di protezione, se l'ordinamento reputa intollerabile che il danno rimanga su chi è caduto, il parallelismo di comportamenti deve essere valutato in maniera severa, al fine di sanzionare anche la condotta dell'impresa che, pur non avendo partecipato all'intesa, abbia approfittato consapevolmente del suo effetto, realizzando, in questo modo, una convergenza di volontà che ha contribuito a falsare le condizioni di concorrenza.

6. Il giudizio sulla selezione del danno risarcibile

Condotto l'esame in ordine alla causalità come criterio di ricostruzione della fattispecie e all'elemento soggettivo come strumento per valutare la *ratio* della responsabilità, bisogna adesso occuparsi di definire le modalità attraverso le quali esercitare un giudizio sulla selezione del danno risarcibile. Nel corso della trattazione, si è cercato, pur nei limiti dello scritto, di evitare di ricondurre alla sede della causalità giuridica valutazioni del giudizio di responsabilità che attengono ad altre sedi, quale quella della

[195] Vedi *supra*, capitolo 1, paragrafo 7.
[196] Vedi supra, capitolo 1, paragrafo 4.6.

ricostruzione dell'evento lesivo e dell'imputazione. Emerge, così, il compito del giudizio sulla causalità giuridica: definire il contenuto dell'obbligazione risarcitoria[197].
La Direttiva 2014/104/UE riconosce ai danneggiati il diritto ad accedere a un pieno risarcimento[198]. In particolare, in base all'articolo 3.2:

> *Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi.*

Al di là di queste scarne indicazioni, la direttiva non disciplina le modalità attraverso le quali deve essere effettuata la selezione delle conseguenze risarcibili. Tuttavia, l'esplicito riferimento alle categorie di danno emergente e lucro cessante testimonia la necessità che il giudizio di individuazione delle voci di danno e la successiva operazione di quantificazione devono avvenire secondo dei criteri logico-giuridici rigorosi, nonostante la trasposizione del rimedio risarcitorio nel sistema dell'illecito anticoncorrenziale importi la necessità di una quantificazione del danno presuntiva[199]. Nell'ordinamento giuridico italiano, dato normativo fondamentale è rappresentato dall'articolo 2056 c.c., che rinvia all'articolo 1223 c.c. in base al quale sono risarcibili la perdita o il mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo. Com'è noto, la giurisprudenza italiana ha dato, negli anni, una interpretazione antiletterale della norma, ritenendo risarcibili anche le

[197] Così, SALVI C., La responsabilità civile, Giuffrè editore, Milano, seconda edizione, 2005, p. 225 ss, cui si rinvia anche per giurisprudenza e bibliografia; BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss. Il rischio di confondere i vari elementi del giudizio di responsabilità è evidente in Cass., 7 gennaio 1991, n. 60, pubblicata in Foro it., 1991, I, 459; Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372.
[198] Articolo 3 Direttiva 2014/104/UE.
[199] GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 215 ss.

conseguenze mediate e dirette, purché effetti normali del fatto illecito, secondo il criterio della regolarità causale[200].

L'operazione ermeneutica data dalla Cassazione, ritenuta valida da una parte della dottrina[201], è stata vivacemente criticata da chi, indagando i compiti propri della formula, l'ha tradotta in una regola operativa in linea con la logica di una economia di mercato: l'articolo 1223 c.c. consente il risarcimento di danni derivanti dalla lesione di interessi direttamente soddisfacibili con la messa a profitto della posizione giuridica lesa[202].

Nel giudizio sul danno antitrust, la norma di cui all'articolo 1223 c.c. serve a organizzare, secondo uno schema tipico, la selezione delle voci di danno risarcibili attraverso l'applicazione di leggi economiche, e quindi svolgendo valutazioni di natura probabilistica[203]. Più precisamente, la regola importa di tener conto, nella determinazione delle voci di danno risarcibili, non solo della perdita di ricchezza effettiva, ma anche delle potenzialità patrimoniali del danneggiato pregiudicate dalla violazione della concorrenza. In questo modo, il pieno risarcimento diventa un risarcimento efficiente, come sarà spiegato *infra*.

6.1. Il pieno risarcimento come diritto a un risarcimento efficiente

Ritorniamo sulla nozione di pieno risarcimento, per cui una persona che ha sofferto un danno deve essere reintegrata nella stessa posizione che avrebbe avuto qualora la violazione della concorrenza non fosse avvenuta.

---

200 Cass., SS UU, 26 gennaio 1971, n. 174, caso Maroni; Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, caso De Chirico.

201 SCOGNAMIGLIO R., Responsabilità civile e danno, Giappichelli, Torino, 2010.

202 BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss, e in particolare p. 145, il quale indaga i compiti propri della formula, ritenendo che questa serva a dare ingresso al risarcimento della *lesione di interessi interni al perimetro degli interessi direttamente soddisfacibili con la messa a profitto della posizione giuridica lesa*.

203 Così anche GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 215 ss

La definizione è del tutto in linea con la funzione compensatoria del risarcimento ed evoca la *Differenztheorie* di Mommsen[204], cioè il metodo che, almeno negli ordinamenti dell'Europa continentale[205], è usato per quantificare il danno in un'azione risarcitoria: il danno è dato dallo scarto tra la situazione della vittima dopo l'illecito anticoncorrenziale e quella che avrebbe avuto nel caso in cui l'illecito non si fosse verificato.
Prima di affrontare il discorso relativo ai metodi e alle tecniche per quantificare il danno anticoncorrenziale, è utile richiamare la norma di cui al terzo paragrafo dell'articolo 3 della Direttiva, che esclude ogni ipotesi di sovra compensazione, sia attraverso la quantificazione di danni punitivi che attraverso il riconoscimento di danni multipli o altri tipi di danno[206].
Nell'ottica accolta da questo lavoro, il focus sulla piena compensazione non esclude la possibilità che il giudizio di responsabilità, nel suo complesso, svolga altre funzioni, stante la differenza tra criteri di gestione delle conseguenze e criteri di gestione del rischio[207].
Si è già detto che le valutazioni in ordine alla *ratio* del rimedio devono essere svolte in sede di applicazione del criterio di imputazione della responsabilità. Dunque, le norme in materia di quantificazione del danno non sono le uniche in grado di caratterizzare in senso deterrente il risarcimento. Tenendo fermo questo risultato parziale, la questione diventa se il pieno risarcimento, stante il divieto di sovra compensazione, possa supportare la funzione deterrente della responsabilità[208]. Al quesito,

---

[204] Richiama la *Differenztheorie* anche GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 215 ss.
[205] Nei Paesi di *common law*, la regola è elaborata a partire da (1848) 1 Ex Rep 850, 154 ER 363.
[206] Al contrario, MINI F., Strategie predatorie e politica antitrust, in Econ. Pubbl., 1991, p. 424 ha sostenuto che *obiettivo del diritto anticoncorrenziale è scoraggiare le imprese dominanti da azioni che nuocciono la collettività o la riduzione della rivalità dei concorrenti. D'altra parte il danno subito da questi ultimi è in genere molto minore rispetto ai benefici per il predatore, cosicché, nell'ambito delle azioni private, un moltiplicatore appare indispensabile per disincentivare condotte anticompetitive.*
[207] Per cui vedi *supra*, paragrafo 1.3.
[208] Così anche BASEDOW J., Private enforcement of article 81 EC: A German view, in EHLERMANN C.D. – ATANASIU I., European Competition law annual 2001: Effective private enforcement of EC antitrust law, Oxford, 2003, p. 143 ss.

che sorge, a ben vedere dalle differenti nozioni di *enforcement* accolte dal diritto europeo e dal diritto privato nazionale[209], occorre dare una risposta positiva, ove si riconosca che il risarcimento per essere pieno deve essere, nell'ipotesi di illecito in questione, efficiente.

Soccorre l'interpretazione accolta dell'articolo 1223 c.c., per cui si deve tener conto delle potenzialità patrimoniali pregiudicate dall'illecito, in quanto conseguenza immediata e diretta della mancata messa a profitto della ricchezza reale effettiva distrutta dall'illecito.

Si pone una ulteriore questione, preliminare rispetto al tema della quantificazione del danno antitrust, che consiste nell'assenza di regole nazionali comuni rispetto alla risarcibilità del *pure economic loss*. Secondo studi di diritto comparato[210], in Europa ci sono tre gruppi di sistemi rispetto alla possibilità di risarcire la sola perdita economica: regimi liberali che ammettono il risarcimento (ne fanno parte Belgio, Francia, Spagna, Italia e Grecia); regimi conservatori che lo escludono del tutto (Austria, Finlandia, Portogallo, Germania e Svezia); regimi che pragmaticamente lo ammettono solo in determinati casi (Inghilterra, Paesi Bassi, Scozia).

In ogni caso, il danno antitrust costituisce, per definizione, un *pure economic loss*, risarcibile in virtù della disciplina europea[211]. Chiariti questi profili preliminari, adesso si può affrontare il tema della quantificazione del danno anticoncorrenziale.

Come è evidente dall'analisi dei documenti di *soft law* preparati dall'Unione europea[212], l'uso di metodi e tecniche fornite dalle teorie economiche

---

[209] Infatti, come si è detto, le azioni per il risarcimento del danno anticoncorrenziale mirano a rendere effettivo il diritto della concorrenza dell'Unione europea, mentre nelle tradizioni giuridiche nazionali, il sistema dell'illecito civile è un rimedio che mira a rendere a tutelare interessi meritevoli.

[210]BUSSANI M. –PALMER V., Pure economic loss in Europe, Cambridge Univ. Press., Cambridge, 2003; DE MOT J., Pure economic Loss, in FAURE M. (ed. by), Tort Law and Economics, Vol. I, Elgar, Cheltenham – Massachusetts, 2009, p. 201 ss;

[211] LIBERTINI M., La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari, in Concorrenza e mercato, 1, 2014, p. 265 ss.

[212] Oxera, Quantifying antitrust damage. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission, 2009; Commissione Europea, Guida pratica alla Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101

costituisce uno strumento potente di quantificazione[213], in quanto consente di tenere conto delle caratteristiche strutturali della perdita economica lamentata. Visti i diversi modelli prospettati in dottrina[214], si ritiene qui che quantificare il danno antitrust sia un procedimento da declinare in diversi passaggi fondamentali, componendosi di un'analisi fattuale e una controfattuale[215]. Innanzitutto, bisogna definire la realtà fattuale e quella controfattuale, facendo riferimento alle grandezze economiche che compongono la situazione patrimoniale dei soggetti danneggiati[216]. Nella seconda fase, bisogna muovere dall'analisi comparata tra realtà fattuale e realtà controfattuale al valore finale, convertendo la differenza tra le grandezze economiche nella stima del danno. Questo lavoro di analisi suggerisce l'idea che la realtà possa essere modellizzata utilizzando dati statistici, a patto che il modello abbia una serie di criteri – coerenza interna, ragionevolezza delle ipotesi e robustezza – che ne garantiscano il funzionamento[217].

---

o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea che accompagna la comunicazione della commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2013.

213 Tuttavia, VAN BOOM W. H., *The Law of Damages and Competition Law: Bien étonnés de se trouver ensemble?*, in SCHULZE E. (ed. by), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Sellier, Munich, 2011, p. 165 ss mette in guardia contro il *myth of exactness*.

214 LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014, p. 466 ss.

215 Cass. Civ., sez. I, 17 maggio 2000, n. 6368/2000: nell'accertamento dell'abuso di posizione dominante il giudice deve andare alla ricerca della concorrenza "virtuale", ossia di quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo, definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geografica, l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi

216 Così BUCCIROSSI P., Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno, in Concorrenza e mercato, 2014, 1, p. 323 ss, che sottolinea anche come la realtà controfattuale sia sempre puramente ipotetica, mentre quella fattuale può esserlo: ciò avviene nel caso in cui sia avvenuta in passato o perché il danno si produrrà in un momento futuro.

217 Si rinvia a BUCCIROSSI P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, [] Concorrenza e mercato, 2014, p. 323 ss per la descrizione dettagliata delle tre caratteristiche. In estrema sintesi, per coerenza interna si intende l'assenza di contraddizioni logiche all'interno del modello; la ragionevolezza delle ipotesi indica la conformità ai risultati della teoria economica; la robustezza verifica la solidità di un modello al cambiare delle ipotesi sottostanti.

Nel lavoro di quantificazione, il giudice dovrebbe avvalersi dei metodi e delle tecniche sviluppate dalla letteratura economica, come individuati dalla Guida pratica che accompagna la Direttiva[218].

Si può cercare di avanzare un esempio[219]. A causa di un abuso escludente, l'impresa X non riesce a penetrare nel mercato Z_1. Supponiamo che l'investimento iniziale di X, atto ad aggredire il mercato, fosse 100: questa grandezza costituisce la ricchezza reale effettiva perduta, che rappresenta la voce di danno emergente. Il punto diventa calcolare il lucro cessante, perché, al fine di ottenere un risarcimento pieno ed efficiente, bisogna tenere conto delle potenzialità patrimoniali del danneggiato. Ciò impone di esplorare la realtà controfattuale. In ipotesi, due sono gli scenari controfattuali: nel peggiore, che è probabile al 40%, X avrebbe guadagnato 50 dall'ingresso del mercato; nel migliore, probabile al 60%, avrebbe avuto 100. Il valore atteso, calcolato facendo una media statistica[220], è di 80, che rappresenta il lucro cessante. In questo modo, nonostante la semplicità dell'esempio utilizzato, il risarcimento è pieno ed è efficiente, pur essendo calcolato secondo coordinate logiche precise. In ogni caso, deriva proprio dalle caratteristiche strutturali del danno la necessità di sopportare una certa dose di approssimazione, per cui la direttiva espressamente riconosce la possibilità di una valutazione equitativa del danno[221].

Si pone, a questo punto, la questione del dovere di mitigazione. Riprendendo il nostro esempio, immaginiamo che X abbia utilizzato le risorse dell'investimento iniziale per aggredire il mercato Z_2, territorialmente diverso. La nozione del dovere di mitigazione, che attiene alla possibilità di tenere conto dei profitti conseguiti in Z_2, è consolidata

[218] Vista la complessità del lavoro di analisi e quantificazione, il terzo paragrafo dell'articolo 17 della Direttiva 2014/104/EU prevede che il giudice possa richiedere l'aiuto delle autorità nazionali poste a tutela della concorrenza. In proposito, opportuno appare il ricorso alle modalità di consultazioni e alle tecniche già sperimentate nei sistemi di public enforcement.

[219] Il caso è mutuato, con alcuni adattamenti, da PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, bologna, 2010, p. 61 ss.

[220] La media statistica è data dalla somma dei prodotti del valore dell'evento atteso, moltiplicata per la probabilità che si verifichi.

[221] Direttiva 2014/104/UE, articolo 17, paragrafo 1.

nei sistemi di common law, in cui è solitamente[222] intesa non come una obbligazione in senso stretto, ma come una regola di ripartizione del danno secondo due principi diversi: l'attore deve assumere tutti i comportamenti ragionevolmente necessari per minimizzare la perdita ed evitare tutte le azioni irragionevoli, altrimenti si interrompe il nesso causale[223] . In Europa, sussiste piuttosto il principio generale secondo il quale

qualunque persona danneggiata deve agire con ragionevole diligenza per limitare l'entità del danno: il lucro cessante è costituito dalla differenza tra, da una parte, i redditi che in una situazione normale i ricorrenti avrebbero ricavato dalle consegne di latte che avrebbero effettuato se avessero ottenuto [...] i quantitativi di riferimento cui avevano diritto [...] e, dall'altra, i redditi da essi effettivamente ricavati dalle consegne di latte, effettuate nel detto periodo al di fuori di qualunque quantitativo di riferimento, maggiorati dei redditi da essi ricavati o che avrebbero potuto ricavare, nel detto periodo, da eventuali attività sostitutive[224].

L'ordinamento giuridico italiano conosce l'articolo 1227[225], che prevede la diminuzione del risarcimento in seguito al fatto colposo del debitore e che può essere impiegato per argomentare come sia in linea con la logica dell'economico che un soggetto, il quale abbia subito un danno in seguito ad un comportamento anticoncorrenziale, intraprenda comunque attività sostitutive.

[222] Si tratta di una generalizzazione. In realtà, nei Paesi di common law si affrontano due dottrine diverse, che implicano una *duty to mitigate*, che può essere considerata come un dovere giuridico in senso stretto, o come un comportamento necessario ad interrompere il nesso di causalità. Sul punto, si rinvia a PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, bologna, 2010, p. 61 ss.

[223] Court of Appeals, 7th Circuit, in Fishman and Illinois Basketball v. Estate Of Arthur M. Wirtz (807 F.2d 520; 1977), presieduta da Posner.

[224] Così, Corte di Giust., 7 gennaio 2000, cause riunite C-104/89 e C-37/90, caso Mukder IIMulder et al. v. Commissione in Racc. (2000), pp. I-00203, par. 168.

[225] Cassazione civ., sez. I, 23 gennaio 1991, n. 12439; Cassazione civ., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422, in Riv. giur. edilizia, 2004, I, 1320. In dottrina, si rinvia a FRANZONI M., L'illecito, in FRANZONI M., Trattato della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2004a, cap. 1 e VISINTINI G., Trattato breve sulla responsabilità civile, CEDAM, Padova, 2005, cap. 9.

Capitolo 3. Le norme processuali in tema di azioni antitrust come crocevia nel meccanismo duale di tutela della concorrenza

Sommario

1. La necessaria coesistenza di due livelli di tutela e il ruolo delle regole di diritto processuale civile; **1.1.** Efficienza del processo civile anticoncorrenziale: effettività del rimedio ed effettività del diritto della concorrenza; **2.** Prove: alcune precisazioni terminologiche; **2.1.** Le circoscritte previsioni della Direttiva 2014/104/EU in materia di onere probatorio; **2.2.** I criteri generali di distribuzione dell'onere probatorio secondo la dottrina italiana maggioritaria; **2.3.** Ripartizione dell'onere di provare gli elementi dell'illecito civile anticoncorrenziale **2.4.** Trasferimento di sovraprezzo e responsabilità delle PMI; **3.** Ordini di esibizione; **3.1.** Ammissibilità della richiesta; **3.2.** Prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante; **3.3.** Sanzioni; **4.** L'uso della prova economica: inquadramento della questione; **4.1.** La consulenza tecnica; **4.2.** Prova economica e standard probatori; **5.** L'effetto delle decisioni finali; **5.1.** L'efficacia delle decisioni finali nelle precedenti esperienze europee **5.2.** L'effetto vincolante delle decisioni definitive e le tradizionali categorie italiane; **5.3.** L'eventuale contrasto con l'articolo 101 della Costituzione.

1. La necessaria coesistenza di due livelli di tutela e il ruolo delle regole di diritto processuale civile.

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa ha individuato nell'illecito civile anticoncorrenziale lo strumento principe del sistema privatistico di tutela della concorrenza europea. Nel caso di azioni civili di risarcimento del danno derivante da condotta anticoncorrenziale, la materia della responsabilità extracontrattuale è attratta nell'orbita di una disciplina differente, ove le parti private ricorrono in giudizio al fine di ottenere una compensazione del pregiudizio subito, essendo strumentalmente inserite in un sistema di tutela degli interessi pubblici. Nel capitolo precedente, si è proposto un modello teorico volto a ricostruire gli elementi della struttura del giudizio di responsabilità in modo che sia funzionale al ruolo attribuitogli.

In questo capitolo, si affronterà lo studio del livello privatistico di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato da una prospettiva differente, e precisamente nell'ottica di comprendere quali siano le possibili interferenze tra le regole di diritto processuale in materia di azioni civili anticoncorrenziali e il livello pubblicistico di *enforcement* del diritto della concorrenza europea.

Autorevole dottrina[1], anche in Italia[2], sostiene la tesi della necessaria complementarietà tra i due livelli di tutela, ove gli obiettivi economici fondamentali del diritto della concorrenza dell'Unione dovrebbero essere perseguiti da un sistema che combini elementi pubblicistici con elementi privatistici, come testimoniato dalla evoluzione del diritto della concorrenza[3].

---

[1] KOMNINOS A., Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, in The Competition Law Review, Volume 3, 2006, p. 5 ss.

[2] LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, p. 455 ss, CHIEPPA R., Il recepimento in Italia della Direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, in Il Diritto industriale, 2016, 4, p. 314 ss.

[3] Il Regolamento 17/1962, volto alla costruzione di un sistema europeo di tutela della concorrenza, sceglie di adottare un sistema fortemente centralizzato. Un cambiamento avviene con il Regolamento 1/2003, che considera il *private antitrust enforcement* come uno strumento attraverso il quale applicare in maniera decentralizzata il diritto europeo della concorrenza,

Il *public enforcement* non può costituire l'unico strumento di tutela del mercato concorrenziale, per ragioni che attengono sia al diritto della concorrenza che all'ordinamento giuridico europeo in generale. Quanto agli obiettivi perseguiti dal sistema a tutela del mercato concorrenziale, non è ottimale il risultato garantito dall'utilizzo, come unico strumento di *enforcement*, delle azioni delle autorità amministrative, che sono connotate da politiche necessariamente contingenti che potrebbero anche essere in contrasto con il fine ultimo di massimizzazione del benessere totale.
Rispetto al tema dell'ordinamento giuridico europeo, l'attribuzione diretta ai cittadini europei di rimedi li rende attori protagonisti del processo di integrazione europea, attribuendo loro un ruolo chiave nel dinamismo interno di affermazione dell'ordinamento giuridico europeo.
Lo sforzo del legislatore europeo nella Direttiva 2014/104/UE è, pertanto, nel senso di coordinare due modalità di applicazione delle regole di concorrenza al fine di restituire un sistema coerente di tutela della concorrenza. Non stupisce, dunque, che il *focus* della direttiva sia sulle regole di diritto processuale civile, in quanto norme che possono porre problemi di coordinamento con il livello pubblicistico di *enforcement* del diritto antitrust. Primaria, infatti, è l'esigenza di adeguamento dei meccanismi processuali ordinari che devono essere adeguati alle peculiarità di condotte fortemente caratterizzate come gli illeciti anticoncorrenziali[4]. Il momento processuale risulta, dunque, centrale nel *private antitrust enforcement*, in quanto funzionale all'obiettivo di *deterrence* perseguito[5]. Da questa esigenza di adeguamento deriva l'opportunità di

modernizzando il diritto europeo della concorrenza. Per uno studio più completo sul punto, si rinvia a EHLERMANN C., The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution, 200, 37 CMLRev 537, p. 538 ss; NORBERG S., Competition Policy of the European Commission: In the Interest of Consumers?, Speech Made at Leuven, June 20th 2003, consultabile online: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_021_en.pdf; VENIT J. S., Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, 2003, 40, CMLRev, p. 554 ss.

[4] DE CRISTOFARO M. Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement, in Nuove leggi civili commentate, 2018, 2, p. 523 ss.

[5] Come si vedrà meglio *infra*, GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A.,

studiare le norme procedurali al fine di cercare principi e nozioni che garantiscano un'applicazione uniforme delle norme europee. Giova, anche in questo caso, avanzare considerazioni metodologiche. Nonostante l'interesse crescente del legislatore europeo per la giustizia civile[6], la disciplina europea del processo civile non può avere alcuna attitudine sistematica, ove di certo l'Unione europea non ha il potere di disciplinare in un unico *corpus* l'amministrazione della giustizia civile negli Stati membri. Tuttavia, la vocazione strutturalmente asistematica del diritto processuale civile europeo non solo non impedisce la ricerca di *ratio* e finalità comuni tra i vari interventi europei, ma, anzi, rende una simile operazione ancora più utile, in modo da guidare l'interprete nazionale nel suo ruolo di selezione degli strumenti praticabili nelle situazioni date. Più precisamente, necessario appare uno sforzo ermeneutico volto a mettere in comunicazione gli interventi europei in materia di giustizia civile con il sistema, che, in materia di processo civile, è ancora quello dato dal diritto nazionale. La prospettiva adottata è, quindi, speculare e opposta rispetto a quella del capitolo precedente[7], che elevava a sistema, in materia di elementi dell'illecito civile, il diritto europeo. In questo capitolo, si cercherà di comprendere l'impatto delle norme di diritto processuale, dettate al fine di rendere effettivo il diritto della concorrenza dell'Unione europea, sul sistema nazionale di diritto processuale civile. Ancora una volta, fondamentale è il riferimento alle due finalità – compensazione e

Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2009, p. 214 ss sostiene che attraverso norme volte ad alleggerire il carico probatorio gravante sull'attore potrebbe realizzarsi la funzione deterrente dell'illecito.

[6]TARZIA G., Nozioni comuni per un processo civile europeo, Rivista diritto processuale, 2003, p. 321 ss. Si veda anche a FAZZALARI E., Per un processo comune europeo, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1994, p. 665 ss.

[7]VERDE G., Un processo comune per l'Europa, Europa e diritto privato, 1999, p. 3 ss, ricorda che *il processualista è chiamato ad un lavoro forse oscuro, sicuramente meno gratificante del costruire proclami o sistemi imponenti come cattedrali; un lavoro di ricerca delle dosi giuste e del corretto modo di mescolare i singoli ingredienti alla ricerca dei rimedi opportuni e praticabili nelle situazioni date e che sono diversissimi tra loro e continuamente mutevoli*. È una indicazione metodologica che ha grande rilievo, anche perché proviene da chi ha in passato segnalato anche il deficit collettivo di conoscenza dei meccanismi di funzionamento del diritto dato: si veda VERDE G., Prova, (teoria generale e dir. proc. Civ.), in Enc. Dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, p p. 637 ss.

deterrenza – della disciplina, che giustifica la previsione di norme processual-civilistiche conformi in tema di azioni di risarcimento per il danno anticoncorrenziale, al fine di garantire una maggiore certezza giuridica, creando un *level playing field* per imprese e consumatori nel mercato interno, in modo da evitare fenomeni di *forum shopping*[8].

A causa delle peculiarità dell'ipotesi di illecito in esame, che impegna i giudici nazionali in complesse analisi fattuali ed economiche, particolare rilevanza hanno le norme in tema di ripartizione dell'onere della prova e i criteri da adottare in punto di standard di prova.

Vi sono, poi, alcuni istituti processual-civilistici che danno vita a intersezioni specifiche tra il livello privatistico e quello pubblicistico di tutela della concorrenza e che meritano, pertanto, un'analisi approfondita. Il riferimento è, in particolare, alle norme in tema di ordine di esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante e al ruolo attribuito ex articolo 9 Direttiva (art. 7 d.lgs. 3/2017) alle decisioni dell'autorità anticoncorrenziale.

Come si spiegherà meglio[9], l'idea che se ne trae è quella di una complementarietà claudicante, ove il livello privatistico di tutela si ritrae ogni volta che è messa a rischio la effettività di quello pubblicistico.

1.1. Efficienza del processo civile anticoncorrenziale: effettività del rimedio ed effettività del diritto della concorrenza

Nel paragrafo precedente, si è accennato all'impatto, sul sistema nazionale di diritto processuale civile, delle norme processuali dettate dalla Direttiva 2014/104/EU, al fine di rendere effettivo il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Vale la pena proporre una riflessione sul significato che la nozione di effettività assume nelle norme processuali in materia di azioni civili anticoncorrenziali.

[8] Così anche CHIEPPA R., Il recepimento in Italia della Direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, in Il Diritto Industriale, 2016, 4, p. 314 ss.

[9] Vedi infra, Capitolo 3, paragrafi 3. e 5., e Conclusioni, paragrafo 4.

Secondo una nota massima di chiovendiana memoria, *ogni volontà di legge sostanziale deve trovare nella legge processuale mezzi idonei per la sua attuazione*[10]. L'insegnamento tradizionale permette di considerare sistematicamente necessitato che il legislatore detti norme di diritto processuale orientate alla realizzazione degli obiettivi degli istituti di diritto sostanziale e metodologicamente corretto che l'interprete le ricostruisca in modo che siano volte al raggiungimento di questi fini.

Il tema dell'efficacia degli strumenti istruttori forniti al giudice civile ordinario al fine di garantire una tutela effettiva a chi abbia subito un danno privato da un comportamento anticoncorrenziale è stato al centro di una interessante sentenza della Cassazione[11]. Il giudice di legittimità, intervenuto dopo l'emanazione della Direttiva, ma prima del recepimento, ha illustrato la necessità di modulare gli strumenti istruttori tradizionali del processo civile italiano – assunto a sistema di riferimento dell'interprete – alle esigenze del *private antitrust enforcement*. La sentenza in esame sostiene, sia pure in via incidentale, la centralità del momento pubblicistico di tutela rispetto a quello privatistico, a causa dei potenti mezzi istruttori, azionabili d'ufficio, dell'autorità amministrativa indipendente. Al di là delle considerazioni relative al rapporto che intercorre tra i due meccanismi di tutela, la sentenza sottolinea che, nel caso di *private enforcement*, il giudice ha soltanto gli strumenti istruttori forniti dal codice di rito, che possono avere una efficacia limitata:

la consulenza tecnica d'ufficio è ammessa anche per l'accertamento dei fatti risultanti da documenti non prodotti (c.d. percipiente), ma pur sempre a condizione che la parte li abbia specificamente allegati e che si tratti di fatti accessori, non avendo il consulente un potere di accertare i fatti principali posti a fondamento di domande ed eccezioni il cui onere probatorio incombe sulle parti; l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c., è ammesso solo su istanza di parte e a condizione che sia specificamente individuato il documento o la cosa di cui si richiede l'esibizione e che vi sia prova che la

[10]CHIOVENDA V. G., Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1933, p. 31 ss.

[11] Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, Comi et altri. La controversia nasce da un abuso di posizione dominante lamentato da cinquantadue grossisti di prodotti ortofrutticoli nei confronti della Cargest. Si tratta, ed è significativo, di un'azione stand alone, rispetto alla quale maggiori sono le difficoltà probatorie a carico degli attori.

parte o il terzo li possieda; la richiesta di informazioni di cui all'art. 213 c.p.c., riguarda soltanto gli atti e i documenti in possesso di una Pubblica amministrazione ed è intesa come non sostitutiva dell'onere probatorio incombente sulla parte, con la conseguenza che è ammessa soltanto in relazione a fatti specifici già allegati; l'ispezione (art. 118 c.p.c.) è ammessa limitatamente alle cose indispensabili per la conoscenza dei fatti di causa[12].

La sentenza ritiene che la Direttiva 2014/104/UE, contenendo norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno, ai sensi del diritto nazionale, sviluppi una chiara linea di tendenza per quanto concerne il valore di effettività della tutela giurisdizionale, che costituisce uno dei cardini del sistema europeo di tutela dei diritti[13].
Giova, a questo punto, sviluppare il ragionamento della Cassazione, per sottolineare un altro aspetto relativo all'applicazione delle norme del processo civile al caso di azioni risarcitorie anticoncorrenziali, ricordando il doppio fine della disciplina, che, accanto a una funzione compensatoria, assume anche una funzione di deterrenza. Si è già ampiamente illustrato questo slittamento nel concetto di *enforcement* dello strumento dell'illecito civile: in ambito nazionale, l'istituto della responsabilità extracontrattuale è funzionale a rendere effettivi i diritti; nel sistema europeo, il rimedio civile è utilizzato per rendere effettivo anche un settore dell'ordinamento, in questo caso il diritto della concorrenza dell'Unione europea[14]. Compito dell'interprete è, quindi, quello di rendere effettiva la tutela dei privati, che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, anche attraverso una interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza.
Come si cercherà di illustrare nel corso del capitolo, i due fini della disciplina possono essere perseguiti valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza dettati dalla Direttiva, mediante una interpretazione estensiva delle condizioni stabilite in tema di esibizione di

[12] Cfr. Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, par. 3.3.
[13] Art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
[14] Vedi *supra*, capitolo 2, paragrafo 1.

documenti, consulenza tecnica, valutazione della prova economica, effetto vincolante delle decisioni definitive dell'autorità amministrativa nazionale, sia pure nel rispetto del principio costituzionale del giusto processo.

2. Prove: alcune precisazioni terminologiche

Prima di affrontare il tema relativo alla ripartizione dell'onere probatorio (paragrafo 2.1.), risulta importante svolgere alcune brevi precisazioni terminologiche.

Secondo una prassi tipica del diritto europeo, privo di una lingua giuridica comune su cui poggiare[15], la direttiva 2014/104/UE, contiene all'articolo 2 un lungo elenco di definizioni. In particolare, in base al n. 13), sono prove

> *tutti i tipi di mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate*.

La definizione, che si ritrova anche all'articolo 2, comma 1, lett. i) del decreto legislativo italiano, non risulta coerente da un punto di vista logico e, anzi, commette l'errore elementare – secondo la distinzione della dottrina italiana classica[16] – di fare coincidere il concetto di prova, che è, in se stessa, un giudizio, con quello di mezzi di prova, cioè con gli strumenti attraverso i quali si realizza tale giudizio. Naturalmente, l'imprecisione si giustifica ribadendo come la diversità delle tradizioni giuridiche tra gli Stati abbia quale immediata e diretta manifestazione l'assenza di una lingua giuridica europea. Sul punto, si può dare atto di una

[15] Il tema ripropone una questione classica del diritto europeo, perché la mancanza di una lingua giuridica comune pone problemi complessi di traduzione ed interpretazione. Si rinvia, in merito, a CAMPANA M.J., Vers un langage juridique communen Europe?, in Il codice civile europeo, Quaderno n. 5 della Rassegna forense, Milano, Giuffrè, 2001, p. 189 ss; ROSSI P., Il diritto plurilingue europeo nella prospettiva del legislatore comunitario e dell'interprete nazionale, in Politica del diritto, 2007, 1, p. 139 ss; TARZIA G., Nozioni comuni per un processo civile europeo, in Rivista di diritto processuale, 2003, 2, p. 321 ss.

[16] Il riferimento è, ovviamente, a CARNELUTTI F., Diritto e Processo, Morano, Napoli, 1958. p. 128 ss.

distanza tra gli ordinamenti di *civil law*, in cui i due concetti "mezzi di prova" e "prova" servono a distinguere i mezzi dal fine, e quelli di *common law*, in cui la dottrina si è concentrata soprattutto sulla definizione del concetto di prova rilevante[17]. I testi di fonte europea devono, dunque, sopportare qualche imprecisione terminologica, ove l'approccio del legislatore ha un orientamento spiccatamente teleologico, che trascura preoccupazioni dogmatiche[18].

Si deve pretendere maggiore precisione dal legislatore italiano, cui spetta il compito di recepire le direttive in modo da renderle armoniche con le categorie elaborate in Italia.

In proposito, ancora più grossolano risulta l'errore di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 3/2017, che, recependo l'articolo 5 della direttiva, mantiene l'utilizzo del termine generico di prove come oggetto dell'ordine di esibizione. Naturalmente, si tratta, in realtà, delle prove precostituite di natura documentale, ove si allude chiaramente all'esibizione di cose o documenti[19].

Infine, una riflessione di segno diverso deve svolgersi rispetto all'utilizzo dell'espressione "categoria di prove"[20], che non appare riconducibile ad una imprecisione terminologica ma alla volontà di estendere, rispetto ai tradizionali limiti del processo italiano, l'ambito dell'ordine di esibizione[21]. Tuttavia, sarebbero state opportune ulteriori precisazioni da parte del legislatore italiano in sede di recepimento, al fine di comprendere se le caratteristiche comuni delle prove documentali, elencate al comma 2°

[17] Si rinvia a COMOGLIO L. P., Le prove civili, Utet giuridica, Torino, 3° ed., 2010, p. 4 ss, il quale sottolinea anche l'esigenza definitoria avvertita dai Paesi di tradizione socialista (note 7, 8, 9, 10).

[18] Il termine dogmatica è usato, in questo caso, per indicare lo sforzo di costruzione dei concetti, secondo l'immagine utilizzata in CARNELUTTI F., Introduzione alla seconda ristampa de La prova civile, ed. ateneo Roma, 1947, poi ristampata in Parte Generale. Il concetto giuridico della prova, Giuffrè, Milano, 1992, p. 4 ss;

[19]COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

[20] Articolo 5 Direttiva 2014/104/UE e articolo 3 DLgs 3/2017.

[21] VINCRE S., La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile, in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1153 ss.

dell'articolo 3 del decreto e relative a natura, periodo di formazione, oggetto e contenuto[22], debbano ricorrere congiuntamente o disgiuntamente[23].

Queste preliminari osservazioni suggeriscono, in modo inequivocabile, che il legislatore italiano del D.Lgs. 3/2017 non si è preoccupato di recepire le norme di diritto processuale dettate dalla direttiva 2014/104/EU in modo che fossero coerenti con il sistema italiano del processo civile.

2.1. Le circoscritte previsioni della Direttiva 2014/104/EU in materia di onere probatorio

Il mancato sforzo di sintesi sistematica, da parte del legislatore italiano del decreto di recepimento, costituisce l'assunto fondamentale che giustifica l'operazione di ricostruzione svolta da questa ricerca in tema di ripartizione dell'onere della prova nelle azioni anticoncorrenziali.

Punto di partenza dell'analisi è la costatazione della centralità del momento processuale nella direttiva 2014/104/EU. Il legislatore europeo, esclusa ogni possibilità di sovracompensazione – e, quindi, eliminata ogni possibile declinazione in chiave sanzionatoria della funzione del risarcimento del danno *antitrust* –, si propone di realizzare la funzione deterrente dell'illecito in esame anche attraverso le norme di diritto processuale. Tra queste, un ruolo chiave può essere potenzialmente attribuito alle norme in tema di ripartizione dell'onere della prova, che, regolando la distribuzione del rischio in caso di mancata prova[24], consentono di perseguire politiche promozionali di interessi sostanziali.

---

[22] L'argomento sarà affrontato *infra*, paragrafo 3.

[23] COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

[24] Si deve a MICHELI G. A., L'onere della prova, CEDAM, Bologna, 1942, il compito di aver chiarito come le norme in tema di onere della prova siano destinate ad operare *ex post*, cioè nella fase decisoria, in quanto regole di distribuzione del rischio nel caso di mancata prova. In altre parole, i criteri di ripartizione dell'onere della prova individuano una regola che consenta la pronuncia sul fatto ignoto o incerto, pur avendo, *ex ante*, implicazioni in ordine ai metodi istruttori, perché orientano i comportamenti delle parti in corso di giudizio.

Nel testo della direttiva, in tema di ripartizione dell'onere della prova, vengono dettate norme espresse solo nel caso di trasferimento del sovraprezzo (vedi *infra*, paragrafo 2.4.) e di danni privati derivanti da cartello (vedi *infra*, paragrafo 2.3.). Ancora una volta, quindi, spetta all'interprete attribuire un significato al silenzio del legislatore. In proposito, si potrebbe ritenere che la lacuna della direttiva europea rispetto ai criteri di ripartizione dell'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito assuma il valore di tecnica di disciplina. Più precisamente, una parte della dottrina[25] sostiene che il legislatore, intervenendo solo in caso di *passing on*, di danno prodotto da cartello e di responsabilità della PMI, in quanto ipotesi funzionali al perseguimento di determinati risultati sostanziali, abbia voluto rimettere alle norme generali la ripartizione del rischio della mancata prova[26]. La regola generale è poi rintracciata nella cosiddetta teoria normativistica, che distribuisce l'onere della prova secondo una rigorosa aderenza alla fattispecie sostanziale[27]. Tuttavia, questa tesi trascura un dato essenziale, e cioè il carattere asistematico del diritto processuale civile europeo, che da solo giustifica la limitatezza dell'intervento in tema di onere della prova del danno anticoncorrenziale. Inoltre, neanche il silenzio del legislatore italiano sembra possa avere una qualche valenza sistematica, visto che il decreto italiano di recepimento non ha adempiuto al delicato compito derivante dalla complessa interazione tra regole processuali di fonte europea e sistema del processo civile nazionale. Piuttosto, in assenza di norme della direttiva e del decreto di recepimento, secondo il principio di autonomia procedurale, e fatti salvi i principi di effettività e di equivalenza, le regole

[25] DE CRISTOFARO M., Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement, in Nuove leggi civili commentate, 2018, 2, p. 523 ss.
[26] Così anche Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, Sentenza 15 luglio 2015, n. 8738 Best Office S.p.a. c. Intesa San Paolo S.p.a., che, in tema di nullità di una clausola relativa alla capitalizzazione di interesse a causa di profili di rilievo antitrust, sostiene che la mera allegazione di notizie divulgate a mezzo stampa non possa essere ritenuta soddisfare l'onere della prova che, in caso di illeciti antitrust, grava sulla parte che ne assume l'esistenza, secondo le regole ordinarie del processo civile.
[27] Vedi *infra*, paragrafo 2.2.

in tema di onere della prova devono essere ricostruite dall'interprete rivolgendosi al sistema nazionale.

Prima di procedere a questa operazione di applicazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di ripartizione dell'onere probatorio alla fattispecie del danno privato anticoncorrenziale, occorre, però, sottolineare l'enorme rilevanza sistematica della norma secondo la quale, nel caso in cui la condotta anticoncorrenziale è un cartello, il danno privato si presume. L'inversione dell'onere della prova del danno da cartello, applicato alle azioni *follow on*, ha un effetto dirompente, dato che, anche a causa delle difficoltà per le imprese cartelliste di fornire la prova contraria, si possono, di fatto, distinguere tra due tipi di azioni diverse, come si illustrerà infra (paragrafo 2.3).

2.2. I criteri generali di distribuzione dell'onere probatorio secondo la dottrina italiana maggioritaria

Com'è noto, dato normativo fondamentale in tema di onere probatorio è l'articolo 2697 c.c., in cui la ripartizione dell'onere della prova è ancorata al dato sostanziale, nella integrazione tra le diverse fattispecie, che fondano una ampia distinzione tipologica di fatti giuridici da provare. In base al disposto letterale dell'articolo 2697 c.c., la ripartizione di iniziative e di onere probatorio avviene in rigorosa aderenza alla fattispecie sostanziale sottostante, che viene smembrata in fatti (costitutivi ed estintivi) e circostanze (impeditive o modificative), secondo i paradigmi di azione ed eccezione[28].

Naturalmente, la ricostruzione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova non può dipendere esclusivamente dalla fattispecie sostanziale, perché non è verosimile che il legislatore di diritto sostanziale, nel momento di costruzione della fattispecie, svolga sempre valutazioni di ordine processuale. In altre parole, le logiche razionali di ricostruzione del diritto sostanziale spesso impongono di non tenere conto di valutazioni processuali, volte a disincentivare la proposizione di domande infondate

[28] GRASSO E., La pronuncia d'ufficio, Giuffrè editore, Milano, 1967.

e di garantire l'effettività del rimedio[29]. A causa della distanza tra tecniche di costruzione della fattispecie sostanziali ed esigenze processuali, la dottrina italiana si è impegnata in uno sforzo di ricostruzione significativo, culminato nell'elaborazione della categoria, di grande rilievo sistematico, dei fatti impeditivi. È attraverso questa categoria che si realizza una riduzione della fattispecie, in modo da tramutare, a fini probatori, un elemento da costitutivo a impeditivo[30]. In questo modo, si mantiene l'aderenza al dato normativo sostanziale e si rispettano gli equilibri tra azione ed eccezione: l'obiettivo è quello di applicare i canoni della logica e assicurare che il processo moderno abbia un carattere pienamente razionale[31]. Emerge, così, un principio generale di ragionevolezza, perno della disciplina nazionale ed europea. Infatti, la ragionevolezza non è che un corollario del principio costituzionale del giusto processo[32], la cui realizzazione costituisce l'obiettivo ultimo degli interventi europei in materia di giustizia civile[33]. In proposito, lo studio delle finalità degli interventi europei nel campo della giustizia civile fornisce uno spunto di riflessione importante. Infatti, numerose norme, di provenienza europea, previste dal codice del consumo[34], testimoniano la scelta di declinare in senso funzionale le norme in materia di onere probatorio, al fine di

[29] Così BELFIORE A., Onere della prova e responsabilità contrattuale, in Materiali del corso di diritto civile, Versione dell'anno accademico 2011 – 2012, Università di Catania, non pubblicato, p. 48 ss., e in Annali Sem. giur., vol. VIII, p. 3 ss.

[30] L'esempio tipico di scissione della fattispecie costitutiva è, in materia di responsabilità contrattuale, la prova dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore ex art. 1218 c.c. Tra tutti, è soprattutto VERDE G., Prova (teoria generale e dir. proc. Civ.) in Enc. Dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 630 ss che esplicitamente ammette l'applicazione analogica delle norme che danno origine ai fatti impeditivi.

[31] VERDE G., L'onere della prova nel processo civile, ESI, Napoli, 1999, p. 41 ss.

[32] Così anche Corte Cost., 1 luglio 2002, n. 332, NGCC, 2002, I, 892-893.

[33] In proposito, secondo TARZIA G., L'ordine europeo del processo civile, Rivista diritto processuale, 2001, p. 902 ss, è proprio nel nesso tra armonizzazione delle tutele giurisdizionali e realizzazione del giusto processo che si coglie la ratio comune delle discipline europee del processo civile.

[34] Il riferimento è alle presunzioni di vessatorietà delle clausole (art 33, comma 2°, c. cons.), di difettosità del prodotto in presenza di determinate circostanze (art 117 cod. cons.); di non conformità al contratto del bene compravenduto ove difetti una delle condizioni di cui all'art. 129, comma 2°, cod. cons. articolo 33, comma 2°.

perseguire politiche promozionali di interessi sostanziali che risultino meritevoli di tutela. Questa è una indicazione metodologica attraverso la quale filtrare l'interpretazione delle norme nazionali di ripartizione dell'onere della prova.

È, quindi, l'esigenza di ancorare le norme in tema di ripartizione della prova a parametri logici, al fine di realizzare l'esigenza (anche) europea del giusto processo, a individuare nell'articolo 2697 c.c. il parametro di ripartizione dell'interesse alla prova[35], secondo una prospettiva sorretta da considerazioni di utilità, di praticità e di economia. Ai fini dell'interpretazione sistematica e dell'analogia, il parametro dell'interesse alla prova, si sostanzia, poi, nei canoni tradizionali del principio di inerzia e del criterio di vicinanza. L'inerzia[36] costituisce un principio logico elementare: poiché ciò che deve essere giustificato non è l'esistente, ma il cambiamento dell'esistente[37], a parità di condizioni, l'onere di provare i fatti a fondamento della pretesa spetta a chi muove le acque. Il parametro dell'inerzia va poi mitigato con il criterio della vicinanza, in base al quale ciascuno è meglio in grado di dare la prova delle circostanze attinenti alla propria sfera di attività. I due canoni risultano, quindi, estrinsecazione delle opposte esigenze del diritto processuale, volto, da un lato, a scoraggiare la proposizione delle domande infondate e, dall'altro, a garantire l'effettività del diritto sostanziale.

L'articolo 2697 c.c. si configura, così, come una disposizione di chiusura del sistema: viene ripensato il rapporto tra la norma generale e le norme particolari, che hanno lo stesso fondamento razionale comune e risultano accomunate da un rigore metodologico unitario. In altre parole, anche le norme speciali costituiscono applicazione dei criteri di inerzia e di

[35] COMOGLIO L. P., Le prove civili, Utet giuridica, Torino, 3° ed., 2010, p. 249 ss.

[36] È lo stesso parametro sotteso al brocardo *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (L. 2, Dig. 22,2).

[37] PERELMAN C. – OLBRECHTS TYTECA L., Trattato dell'argomentazione, Einaudi, Torino 2001, p. 112 ss.

vicinanza[38], che vengono modulati a seconda delle specifiche esigenze probatorie.

2.3. Ripartizione dell'onere di provare gli elementi dell'illecito civile anticoncorrenziale

Nel paragrafo precedente, si è rintracciato nel principio di razionalità il fondamento logico dei criteri di ripartizione dell'onere della prova. Adesso, bisogna valutare in che modo si possa ripartire razionalmente l'onere probatorio in una ipotesi di illecito civile. Sembra che la reale aderenza al dato normativo sostanziale imponga di trascurare, se necessario, il dato letterale, per addossare tra le parti l'onere probatorio in modo da sostenere le diverse funzioni che i presupposti dell'illecito svolgono nella struttura del giudizio di responsabilità.

Si cercherà di spiegare questa affermazione mostrando analiticamente come ripartire l'onere della prova nel caso di illecito anticoncorrenziale, in modo che sia coerente con gli obiettivi della disciplina.

Il primo punto da discutere verte sulla prova della condotta anticoncorrenziale, nel caso di azioni *stand alone*[39]. In assenza di indicazioni da parte del legislatore europeo, che, anche in materia di cartelli, riferisce l'inversione probatoria al danno privato e non alla condotta, il criterio da applicare non può che essere quello di inerzia, ove deve essere la parte che chiede il risarcimento del danno a dover provare la condotta anticoncorrenziale. Tuttavia, il legislatore europeo cerca di bilanciare l'asimmetria informativa, che si riflette in una grave difficoltà probatoria, attraverso norme in tema di ordine di esibizione che derogano, in parte, a quelle ordinarie del processo civile italiano[40]. Allo stesso modo, in questo lavoro di tesi si sostiene che, in materia di danno anticoncorrenziale, e

[38] Si pensi, ad esempio, all'articolo 23, comma 6, T.U.F. Dlgs. 1998/58 (*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta),* che costituisce applicazione del criterio di vicinanza.

[39] O anche nel caso di azioni civili che seguono un provvedimento amministrativo non di condanna.

[40] Vedi infra, Capitolo 3, paragrafo 3.

soprattutto nel caso di azioni *stand alone*, i criteri tradizionali in materia di standard di prova devono essere modulati in maniera elastica alle peculiarità della disciplina in esame[41].

Altro elemento dell'illecito da considerare è quello di causa materiale. Si è visto[42] come una riflessione sul ruolo del nesso eziologico nell'illecito civile, che utilizzi come sistema di riferimento quello europeo, induca ad abbandonare l'impostazione, tipica della dottrina italiana maggioritaria, che anticipa in sede di giudizio di causalità considerazioni che riguardano l'elemento soggettivo, attraverso i correttivi della causalità adeguata e dello scopo della norma violata. La causa materiale è un elemento neutro e tecnico di ricostruzione della fattispecie, che nulla dice sul contenuto dell'obbligazione risarcitoria, rispetto alla cui prova le parti si trovano in condizione di parità. Prevale l'esigenza di prevenire la proposizione di domande infondate e si applica, pertanto, il criterio di inerzia[43], che risulta funzionale al carattere servente del giudizio di causalità rispetto agli altri momenti che compongono la struttura della responsabilità civile.

Anche in materia di elemento soggettivo, è necessario ripartire l'onere probatorio in modo funzionale al ruolo che il criterio gioca nel giudizio di responsabilità. Nella prospettiva sostenuta in questo lavoro di tesi[44], è proprio in sede di criterio di imputazione che l'interprete è chiamato a svolgere considerazioni intorno alla *ratio* e alle funzioni dell'illecito civile anticoncorrenziale.

Per evitare di costruire una ipotesi di responsabilità fondata sul nesso di causalità, perché la condotta sia imputabile è necessario che il rischio sia governabile dalle imprese. Il focus è, quindi, sulla sfera di azione di uno dei due soggetti della fattispecie sostanziale: da un punto di vista processuale, questo significa che le parti non si trovano in una situazione di parità rispetto all'attitudine alla prova e che prevalgono esigenze di

---

[41] Vedi infra, Capitolo 4, paragrafo 4.

[42] Vedi *supra*, Capitolo 2, paragrafi 4.2 e 4.3.

[43] Salvo, naturalmente, espresse previsioni di segno opposto da parte del legislatore, per cui si veda *infra*, paragrafi 2.4 e 2.5.

[44] Vedi supra, capitolo 2, paragrafi

effettività della tutela giurisdizionale tali da applicare il criterio di vicinanza. La ricostruzione, così come svolta in questa tesi, del criterio soggettivo di imputazione dell'illecito anticoncorrenziale, insieme al quadro teorico di riferimento in materia di onere della prova, inducono ad addossare all'impresa che abbia realizzato la condotta anticoncorrenziale l'onere di provare l'assenza dell'elemento soggettivo[45].

Andiamo, adesso, all'analisi dell'ultimo presupposto dell'illecito, e cioè la causa giuridica, che è volto ad individuare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria. Nella prospettiva adottata in questo lavoro, la norma di cui all'articolo 1223 c.c. permette la risarcibilità delle conseguenze immediate e dirette della mancata messa a profitto della posizione giuridica lesa dalla condotta anticoncorrenziale. Il risarcimento deve considerare non solo la perdita di ricchezza effettiva, ma anche le potenzialità patrimoniali pregiudicate dalla violazione del diritto della concorrenza: tanto il criterio di inerzia quanto quello di vicinanza inducono ad attribuire l'onere della prova in capo al soggetto danneggiato.

Come si è anticipato, un discorso diverso deve essere affrontato in tema di ripartizione dell'onere della prova del danno derivante da cartello, ove l'articolo 17, comma 2, recepito nell'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo, prevede una presunzione del danno, che, però, non ne coinvolge l'ammontare. L'inversione dell'onere della prova in caso di danno derivante da cartello costituisce una forte incentivazione, specie nel caso di azioni *follow on*, rispetto alle quali si applica la previsione di cui all'articolo 9 della direttiva, che attribuisce valore vincolante alle decisioni definitive delle autorità nazionali di concorrenza[46]. Vista la difficile praticabilità della prova contraria[47], la norma, in linea con l'elaborazione giurisprudenziale della Cassazione resa nel contenzioso del cartello

[45] A fini processuali, quindi, un elemento costitutivo deve essere considerato come fatto impeditivo, realizzando una scissione della fattispecie. Naturalmente, si può sostenere tale impostazione a patto di assumere il valore sistematico, anche a fini di applicazione analogica, della categoria dei fatti impeditivi.

[46] Per l'analisi della norma, si veda *infra*, paragrafo 5.

[47] FRIGNANI A., La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa, Mercato concorrenza regole, 2013, p. 429 ss.

assicurativo[48], modifica in maniera profonda il profilo delle azioni da danni derivanti da cartello, che rappresentano, quindi, una *species* peculiare all'interno del più ampio *genus* delle azioni civili anticoncorrenziali. Occorre riflettere sulla opportunità di riferire tale norma di incentivazione esclusivamente all'ipotesi in cui il danno sia stato provocato da un cartello, scelta che il legislatore europeo riconduce al carattere segreto dei cartelli, che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile all'attore ottenere prove necessarie per dimostrare il danno subito[49]. Nella prospettiva adottata in questo lavoro di tesi, l'ambito di applicazione della norma non risulta del tutto razionale. Infatti, come si è già illustrato[50], se si guarda alle caratteristiche strutturali dei danni privati provocati, si vede che profonda è la differenza tra abusi di sfruttamento e abusi escludenti. Generalmente, può dirsi che l'abuso di sfruttamento provoca micro-danni, subiti da una platea molto ampia di soggetti, mentre vittima principale di un abuso escludente è un concorrente, attuale o potenziale, che subisce un danno economicamente rilevante. Le differenze strutturali tra le tipologie di danni provocati giustifica, effettivamente, norme sostanziali (si pensi alla disciplina dell'elemento soggettivo) e procedurali differenti, ove si è già sottolineato come, per gli abusi di sfruttamento, la strada più coerente, che però non è stata percorsa dal legislatore europeo, sarebbe passata attraverso la incentivazione dei meccanismi di tutela collettiva. In un quadro del genere, non si comprende per quale ragione il legislatore abbia riferito la presunzione del danno soltanto all'ipotesi di cartello, anziché estenderla, in una prospettiva economica, a tutte le ipotesi di abuso di sfruttamento, indipendentemente dal tipo giuridico della condotta anticoncorrenziale. Anche il riferimento alla maggiore segretezza del cartello non convince. Infatti, la prova riguarda il danno privato provocato

[48] Si fa riferimento alla nota vicenda RC Auto, per cui si veda Cassazione civile, sez. I, 15 maggio 2013, n. 11706; sez. III, 14 marzo 2013, n. 6581; sez I civ, 28 maggio 2014, n. 11904; sez. I civ, 30 maggio 2014, n. 12186; sez. III civ., 23 luglio 2014, n. 16786; sez. III civ., 14 agosto 2014, n. 17971; sez. III civ., 11 settembre 2014, n. 19173; sez. III civ., 11 settembre 2014, n. 19175; sez. VI civ, 6 novembre 2014, n. 23728.

[49] Considerando 47, Direttiva 2014/104/EU.

[50] Vedi supra, Capitolo 1, paragrafo 7.

dalla condotta e non la condotta in sé, laddove, nel caso di azioni *follow on*, le decisioni definitive dell'autorità hanno effetto vincolante[51], mentre, nel caso di azioni *stand alone*, deve comunque essere data prova della condotta anticoncorrenziale, secondo i criteri già visti.

2.4. Trasferimento di sovraprezzo e responsabilità delle PMI

La direttiva disciplina il regime dell'onere probatorio in materia di difesa fondata sul *passing on*, fenomeno economico di cui occorre preliminarmente chiarire il contenuto. Il trasferimento del sovraprezzo si ha ogni volta in cui la condotta illecita venga posta in essere ad un livello iniziale o intermedio della catena produttiva o distributiva, con la conseguente possibilità che gli effetti dannosi dell'illecito si propaghino sui successivi livelli. Si tratta, dunque, di un fenomeno, insito nella struttura del mercato concorrenziale, che dipende dalla elasticità della domanda rispetto al prezzo ed è direttamente riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo.

Anche sul punto, il panorama comparatistico non è univoco. Negli Usa, non si ammette né l'uso difensivo né quello offensivo di tale fenomeno[52]. In Italia, nei casi di traslazione del danno, la giurisprudenza ribalta l'onere della prova[53], mentre in Germania generalmente si ammette che il convenuto possa dimostrare che l'attore abbia trasferito il danno a un altro operatore economico[54].

---

[51] Cfr. *infra*, capitolo 3, paragrafo 5.

[52] Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 US 481 (1968); Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720 (1977). Il dibattito intorno al fenomeno del *passing on* è molto ampio, per cui si rinvia a LANDES W.M. – POSNER R.A., Should indirect purchasers have standing to sue under antitrust laws? An economic analysis of the Rule of Illinois Brick, in University of Chicago Law Review, 1979, 46, n. 3, p. 602 ss; KAVANAGH E. D., Illinois brick: A look back and a look ahead, in Loyola Consumer Law Review, 17, 2004, n. 1, p. 1 ss.

[53]Corte di appello di Torino, 6 luglio 2000, caso Soc. Indaba Incentive Company C. Soc. Juventus F.C. in Danno e resp., 2001, p. 46 ss. e Corte di Appello di Cagliari, 23 gennaio 1999, in Giur. It., 2000, p. 143 ss.

[54] Landesgericht di Magonza, con la decisione n. 12HK 0 56/02 KART del 15 gennaio 2004; Landesgericht di Mannheim, con la decisione 7 O 362/02 dell'11 luglio 2003.

La questione era stata affrontata a livello europeo ben prima dell'emergere del tema del danno anticoncorrenziale, ove la difesa fondata sul *passing on* era stata già ammessa in una ipotesi di responsabilità dello Stato[55].
In ogni caso, la Direttiva dedica tutto il Capitolo IV (articoli 12 e ss) alle questioni poste dal problema del *passing on*.
La difesa fondata sul *passing on* è ammessa e l'onere della prova spetta al convenuto[56], ma, secondo costante giurisprudenza, è anche rilevabile di ufficio[57]. Il *passing on* è ricostruito, quindi, come fatto impeditivo, anziché estintivo, perché il trasferimento, pur non estinguendo il danno, impedisce che si manifestino le conseguenze della condotta anticoncorrenziale.
Inoltre, la legittimazione attiva è riconosciuta a tutti i danneggiati[58], compresi gli acquirenti indiretti, su cui grava l'onere di provare i presupposti del *passing on* offensivo[59]. Tuttavia, è prevista una presunzione impropria, che capovolge l'onere della prova rispetto a un tassello importante della fattispecie: il nesso di causalità[60]. Infatti, la violazione del diritto della concorrenza e il sovrapprezzo per l'acquirente indiretto rappresentano una prova della condotta potenzialmente causativa di danno e l'identità oggettiva dei beni coinvolti attiene alla pertinenza del pregiudizio dedotto rispetto all'evento storico, allora, una volta acquisita la dimostrazione di questi elementi della fattispecie, il nesso causale si presume. A conferma di ciò, è fatta salva la possibilità che il convenuto dimostri il mancato trasferimento sull'acquirente indiretto, secondo il meccanismo proprio delle presunzioni improprie.
Le norme sono volte, evidentemente, a evitare ogni ipotesi di sovra compensazione, nel rispetto del principio per cui il danneggiato, dopo

[55] Corte di giust., 4 ottobre 1979, cause riunite 64, 113/76, 239/78, 45/79, caso Dumortier frères SA and others v. Council of the European Communities, in Racc. (1979), p. 3091, par. 5. In merito, si rinvia anche a Corte di Giust., 4 ottobre 1979, causa 238/78, caso Ireks-Arkady Gmbh v. Council and Commission of the European Communities, in Racc. (1979), p. 2955
[56] Articolo 13 Direttiva 2014/104/UE e art. 11 DLgs 3/2017.
[57] Cassazione civile, Sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099; Cassazione civile, Sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531; Cassazione civile, sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.
[58] Vedi *supra*, capitolo 2, paragrafo 2.1.
[59] Art. 14.1 Direttiva 2014/104/UE e 12.1 DLgs 3/2017.
[60] Art. 14.2 Direttiva 2014/104/UE e 12.2 DLgs 3/2017.

l'azione di responsabilità civile, non può trovarsi in una posizione migliore rispetto a quella che avrebbe avuto in assenza dell'illecito (funzione compensativa e non attributiva del rimedio).

Sorgono problemi applicativi, ove vi è il rischio di difficoltà probatorie e di una moltiplicazione delle controversie: per evitare questa eventualità, è previsto[61] che il giudice tenga conto, nel valutare l'assolvimento dell'onere probatorio nelle azioni di risarcimento da trasferimento del sovrapprezzo, delle decisioni assunte nelle cause pendenti nello stesso ordinamento od in altri ordinamenti dell'Unione *relative alla medesima violazione del diritto della concorrenza ma promosse da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento*, oltre che delle informazioni di dominio pubblico relative ai provvedimenti sanzionatori delle autorità garanti riguardanti il caso specifico. I due profili meritano approfondimenti differenti. Infatti, l'ipotesi di informazioni di domino pubblico relative ai provvedimenti sanzionatori delle autorità riguardo al caso specifico costituisce una ordinaria ipotesi di "fatto notorio" (art. 115, comma 2°, c.p.c.). Innovativa è, invece, la norma relativa alle cause promosse da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento, rispetto ai quali va colta la valorizzazione *ope legis* di una possibile rilevanza ai fini decisori di sentenze rese in contenziosi paralleli. Il legislatore italiano, in ogni caso, non amplia i casi di riunione per connessione, per cui trovano applicazione gli artt. 39 e 40 c.p.c., anche se il problema della connessione assume contorni differenti visto che la competenza giudiziale è affidata soltanto ai Tribunali delle imprese, che hanno sede a Milano, Roma e Napoli: se la competenza di procedimenti paralleli ricade nell'orbita territoriale di uno di questi tre uffici giudiziari, la riunione è consentita dall'articolo 274 c.p.c.[62]

[61] Art. 15 Direttiva 2014/104/UE e 13 DLgs 3/2017.

[62] Si veda, sul punto, DE CRISTOFARO M., Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement, Nuove leggi civili commentate, 2018, 2, p. 540 ss.

Probabilmente, si può in ogni caso contestare la scelta del legislatore europeo in materia di *passing on*, ricordando come uno studio condotto[63] sul punto auspicava, invece, l'adozione di un modello bifasico. Secondo questo schema, nel primo procedimento, dovrebbe essere esclusa la difesa fondata sul *passing on* e il danno dovrebbe essere interamente risarcito, mentre in una seconda fase si passerebbe a una corretta allocazione del risarcimento tra i danneggiati. Tuttavia, l'adozione di un modello del genere, per essere funzionale, avrebbe dovuto innestarsi in un sistema che valorizzi efficacemente la tutela collettiva, come principale strumento di accesso al rimedio: si è già visto come poco coraggiosa sia stata la scelta europea in merito.

Una disciplina speciale di favore per la piccola media impresa è anche dettata dagli artt. 11 della direttiva e 9 del decreto legislativo. La P.M.I., convenuta in giudizio in caso di litisconsorzio passivo, avrà l'onere di provare solo uno dei due elementi indicati come fatto impeditivo del giudizio. Inoltre, la disciplina nazionale di recepimento prevede una ulteriore eccezione, che sembrerebbe attribuire alla P.M.I. il diritto di non vedersi convenuta in giudizio se non a valle.

3. Esibizione delle prove

Tra le norme processuali di maggiore rilievo della disciplina delle azioni civili anticoncorrenziali, vi sono quelle che disciplinano la divulgazione delle prove, di cui agli articoli 5 e seguenti della direttiva 2014/104/UE, recepite, in Italia, dagli articoli 3 e seguenti del decreto legislativo.

L'utilizzo, nel testo italiano della direttiva, del termine *divulgazione* dipende da una traduzione atecnica dall'originale *disclosure,* tanto che nel testo del decreto legislativo si parla di *ordini di esibizione*. In ogni caso, l'istituto di fonte europea si innesta, nel sistema italiano del processo civile, sulla

[63] Commissione, Roundtable discussion on private remedies: passing on defense; indirect purchaser standing; definition of damages, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee, 2006.

materia degli ordini di divulgazione, di cui agli articoli 210 c.p.c. ss, rispetto ai quali le norme europee costituiscono una *lex specialis*[64].

Indicazioni importanti, al fine di comprendere gli obiettivi delle norme in materia di ordine di esecuzione e di coglierne l'eventuale valore sistematico, sono fornite dai considerando 14 e 15 della direttiva. Infatti, a causa dell'asimmetria informativa rispetto agli elementi di prova, spesso detenuti dalla controparte o da terzi, di chi agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, il legislatore europeo ritiene necessario evitare rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare in maniera analitica all'inizio dell'azione tutti i fatti relativi al proprio caso e presentare elementi di prova. Inoltre, si avverte l'esigenza di garantire agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario specificarne i singoli elementi. Per questi motivi, il principale campo di applicazione dell'istituto è quello delle azioni *stand alone*, in cui l'asimmetria informativa è più grave. Tuttavia, può trovare applicazione anche nel caso di azioni *follow on*, soprattutto qualora l'Autorità abbia chiuso la sua istruttoria senza emettere un provvedimento di condanna.

La disciplina in materia di divulgazione delle prove risulta, dunque, volta al contemperamento tra più esigenze, ove bisogna assicurare una tutela effettiva dei diritti attraverso l'accesso alle prove necessarie per sostenere in giudizio la propria posizione, non gravare l'altra parte o il terzo di obblighi informativi eccessivi e preservare la riservatezza di determinate informazioni. L'ultimo profilo assume particolare rilevanza in materia di

[64] A livello europeo, gli articoli 6 e 7 della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale 2004/48/CE costituiscono un precedente interessante. L'autorità giudiziaria può ordinare l'esibizione dei mezzi di prova nella disponibilità di una delle parti, in seguito alla richiesta della parte che abbia presentato elementi di prova ragionevolmente accessibili e sufficienti e che abbia, nel convalidare le sue richieste, specificato prove che si trovano nella disponibilità della controparte, a condizione che sia garantita la tutela delle informazioni riservate. Inoltre, il giudice civile può disporre misure di protezione delle prove pertinenti l'asserita violazione. La disciplina, recepita in Italia all'articolo 121 del Codice della proprietà industriale e all'articolo 156-bis della legge n. 633/1942 sul diritto d'autore, è meno articolata rispetto a quella di cui agli articoli 5 e ss della Direttiva sul danno anticoncorrenziale.

azioni civili anticoncorrenziali, perché fondamentale, almeno secondo l'insegnamento tradizionale[65], è l'esigenza di non compromettere l'attività di accertamento delle infrazioni in sede di *public enforcement* quando la richiesta concerne prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza. La materia risulta così modellata sui due principi cardine della necessità e della proporzionalità, che impongono al giudice di esercitare un controllo rigoroso, nel rispetto del sistema di garanzie previste perché la richiesta di divulgazione sia ammissibile[66].

3.1. Ammissibilità della richiesta di esibizione delle prove e impatto nel processo civile italiano

In base al dettato letterale dell'art. 5 della direttiva, l'ordine di esibizione delle prove può essere emesso dall'autorità giudiziaria su istanza di parte attrice, ma, in virtù del principio di parità delle armi[67], deve essere riconosciuta la possibilità di proporre istanza anche al convenuto[68]. Una parte della dottrina ritiene che il silenzio di direttiva e decreto legislativo in merito alla possibilità di procedere d'ufficio all'ordine di emissione da parte del giudice sia una lacuna, colmabile attraverso l'applicazione analogica della norma di cui all'articolo 2711 c.c. in materia di esibizione di libri contabili, applicabili alle imprese[69]. La ricostruzione non convince, ove il dato letterale – l'esplicito riferimento alla parte – e quello sistematico – la disciplina generale *ex* articolo 210 c.p.c. – confortano la tesi della procedibilità solo a istanza di parte.

---

[65] Cfr LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2012, p. 455 ss, ma vedi *infra,* paragrafo 3.3., per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[66] Considerando 23 Direttiva. In dottrina, si rinvia a BRUZZONE G. – SAIJA A., Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva, in Mercato concorrenza regole, 2017, aprile, p. 15 ss per una riflessione sul tema generale degli obiettivi delle disposizioni in tema di esibizione.

[67] Il principio di parità delle armi è *cardine del principio del giusto processo*, di cui all'articolo 24 Costituzione (Cfr. Corte Cost., 01 agosto 2008, n. 331), ed è sancito anche dall'articolo 6 CEDU.

[68] Lo conferma anche il 16° considerando della direttiva, che parla, genericamente, di istanza di parte. In ogni caso, l'istanza di parte è sempre necessaria e ciò risulta coerente con le caratteristiche tipiche dell'istituto di cui all'articolo 210 c.p.c., cui il giudice non può ricorrere d'ufficio, con la sola eccezione dell'ipotesi di esibizione dei libri contabili ex articolo 2711 c.c.

[69] Così COMOGLI P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 1003 ss.

In base al paragrafo 1 dell'articolo 5, la parte, per poter ottenere l'emissione dell'ordine deve presentare una richiesta motivata che comprenda fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a dimostrare la plausibilità.

Come si è già accennato[70], l'ordine di esibizione può avere ad oggetto non solo specifici elementi di prove precostituite di natura documentale, ma anche intere categorie di prove[71] (16° considerando), con parziale inapplicabilità dell'articolo 94 disp. att. c.p.c.[72]

Perno dell'istituto è il principio di proporzionalità[73], per rispettare il quale sono dettati una serie di criteri cui il giudice deve attenersi nel valutare la richiesta. Infatti, prima di emettere l'ordine di esibizione, l'autorità giudiziaria deve esaminare in che misura la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustifichino la domanda di divulgazione delle prove; valutare la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento; considerare se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate.

Merita una riflessione il riferimento ai costi di divulgazione, che rappresenta un *unicum* nel nostro ordinamento, in cui al richiedente si addossa solo l'onere di anticipare la spesa eventualmente occorrente,

---

[70] Vedi *supra*, paragrafo 2.

[71] L'espressione ricalca quella di *classes of documents*, che possono essere oggetto di *disclosure* nell'ordinamento inglese, per cui si veda UK, Par. 31.12 Civil Procedure Rules. Nonostante l'ordine di esibizione di cui all'articolo 210 c.p.c. abbia un ambito di applicazione più ridotto, potendo riguardare solo un documento o altra cosa di cui si ritenga necessaria l'acquisizione al processo, è possibile rintracciare un precedente, nel sistema giuridico italiano, nell'articolo 2711, 2° comma, c.c.: l'esibizione dei libri di commercio può essere considerata come un esempio di esibizione di una categoria di prove.

[72] DE SANTIS A. D., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, 5, p. 1495 ss.

[73] Articolo 5, § 3, Direttiva: *Gli Stati membri garantiscono che i giudici nazionali possano ordinare la divulgazione delle prove quando è proporzionato*.

regolata dagli artt. 91 e ss c.p.c. Si espone a critiche la scelta del legislatore europeo di considerare questo profilo come suscettibile di condizionare, per decisione del giudice, l'ammissibilità della divulgazione[74].

Il terzo e il quarto paragrafo dell'articolo in esame si occupano poi del caso in cui l'ordine riguardi segreti aziendali e informazioni riservate, disponendo che il giudice nazionale deve poter ordinare la divulgazione delle prove che contengano informazioni riservate ove queste siano rilevanti. È, poi, il considerando n. 18 della Direttiva a proporre alcune possibili soluzioni: rendere visibili parti riservate di un documento, condurre audizioni a porte chiuse, limitare il numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove e conferire ad esperti l'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata.

L'articolo 5.5 della direttiva definisce non meritevole di tutela l'interesse delle imprese a evitare azioni per il risarcimento del danno a seguito di una violazione della concorrenza: la disciplina degli ordini di esecuzione nel processo civile per violazione del diritto della concorrenza deroga al principio *nemo contra se edere tenetur*.

Infine, gli ultimi paragrafi dell'articolo in esame impongono il rispetto dell'ordine di riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti, prevedono la possibilità, per il giudice nazionale, di disporre l'audizione di coloro cui è chiesta l'esibizione delle prove e fanno salva la possibilità per gli Stati di prevedere una *disclosure* più ampia.

Conclusa la ricostruzione descrittiva della disciplina prevista in materia di onere di esibizione, si può adesso proporre una riflessione rispetto ai principi ispiratori e ai modelli delle tradizioni giuridiche europee ed extraeuropee cui risulta improntata la disciplina, al fine di comprendere i

[74] Così anche VINCRE S., La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile, in Rivista diritto processuale 2015, p. 1153 ss.

problemi applicativi che ha comportato in sede di recepimento (articolo 3, Decreto legislativo 3/2017)[75].

Rispetto ai contenuti dell'atto di citazione, si è già detto come il considerando 14° imponga allo Stato di evitare disposizioni giuridiche rigide che prevedano che gli attori debbano precisare tutti i fatti relativi al caso. La direttiva risulta, infatti, ispirata da una concezione dell'atto introduttivo sul modello statunitense del *notice plending*, ossia redatto in termini estremamente sintetici e nella sostanza limitato alla indicazione dell'oggetto della pretesa attrice e della fattispecie giuridica invocata a fondamento: è nel momento processuale che, oltre a raccogliere il materiale istruttorio, si delineano a valle i temi del contraddittorio[76].

Il modello del *notice plending* risulta senza dubbio distante dall'ordinamento giuridico italiano, e in particolare dall'esposizione dei fatti richiesta, a pena di nullità, dal combinato disposto degli articoli 163, n. 4, e 164, comma 4°, c.p.c. Tuttavia, ragioni di *enforcement* della disciplina e di effettività della tutela[77], già enucleate dalla giurisprudenza precedente all'emanazione del decreto legislativo di recepimento[78], che sottolinea le peculiari difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a

[75]Prima dell'emanazione del decreto legislativo 3/2017, una profonda analisi critica dei principali criteri applicativi era stata prospettata da DE SANTIS A.D., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, 5, p. 1495 ss, il quale ha sottolineato la necessità che il legislatore italiano filtrasse il contenuto della direttiva con il linguaggio tecnico del diritto processuale italiano, secondo una operazione simile effettuata in sede di recepimento della Direttiva Enforcement (direttiva 2004/48/CE), illustrata in GIUSSANI A., Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa, Giappichelli, Torino, 2007, p. 29 ss.

[76] In lingua italiana, un approfondito studio in materia si trova in DONDI A., Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense, Cedam, Padova, 1991. Tuttavia, a seguito delle note sentenze della Corte Suprema nei casi *Twombly* [Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)] e *Iqbal* [Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009)]. Si rinvia, in tema, a DALLA BONTÀ S., La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo (complaint) dopo Twombly (2007) ed Iqbal (2008): verso un "Iqbal Lite Standard"?, Revista dos Tribunais, 2014, p. 303 ss; GIDI A., Twombly e Iqbal: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense, Int'l Lis, 2010, p. 104 ss.

[77] Ricorre, ancora una volta, il riferimento al doppio fine della disciplina, volto a tutelare i privati che abbiano subito un danno (compensazione) e a rendere effettivo un settore dell'ordinamento europeo (deterrenza).

[78]Il riferimento è alla già citata sentenza Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, folio 15, alla cui analisi è stato dedicato il paragrafo 1.1.

fronte di fatti complessi di natura economica, impongono una indispensabile libertà e gradualità nella delineazione della fattispecie concreta della condotta. Le azioni civili per il risarcimento dei danni derivanti da violazioni del diritto della concorrenza risultano, quindi, occasione per applicare la teoria della doppia *causa petendi*[79], secondo la quale bisogna distinguere tra vizi di nullità della citazione e vizi che, nonostante la fattispecie invocata sia chiaramente intellegibile, comportano una insufficiente enucleazione degli elementi della *causa petendi*. La prima tipologia di vizi, conseguenti alla carenza del requisito di cui al n. 4 dell'art. 164 c.p.c., è necessariamente sanzionata con la nullità, ostativa di qualsiasi prosecuzione del processo; viceversa, nel caso di vizi che rendono insufficiente l'enucleazione degli elementi della *causa petendi*, la nullità ricorrerà solo in quanto l'atto introduttivo risulti assolutamente inadatto alla preparazione della prima udienza e a consentire un'adeguata replica del convenuto.

Quanto poi all'onere di specificare gli elementi di prova di cui si chiede l'esecuzione, bisogna ricordare che, nell'ordinamento giuridico italiano, si esclude la possibilità di un ordine di esibizione *ad explorandum*, che sarebbe in contrasto con la funzione delle norme in tema di onere della prova come criteri di gestione del rischio in caso di mancata prova. Rispetto a questo punto, la Direttiva, pur essendo influenzata dalle legislazioni di *common law*, in materia di *discovery e disclosure*, rifiuta la pratica della *fishing expeditions*: non ci sono norme che permettono una *petrial discovery* né una *disclosure*. L'articolo 3 del decreto legislativo, prevedendo un'attenuazione dei requisiti di ammissibilità dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., calca in maniera perfetta l'art. 5 della direttiva, in cui si dispone che, al fine di ottenere l'emissione dell'ordine, la parte deve presentare una richiesta motivata che comprenda fatti e prove ragionevolmente disponibili che

[79] Così DE CRISTOFARO M., Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement, in Nuove leggi civili commentate, 2018, 2, p. 523 ss. La teoria della doppia *causa petendi* è illustrata in PILLONI M., Commento sub art. 164, in CONSOLO C. (a cura di), Codice di procedura civile. Commentario, Giuffrè, Milano, 1998.

siano sufficienti a dimostrare la plausibilità[80]. Giova soffermarsi sul concetto di plausibilità della domanda, probabilmente ispirato a quello di *plausibility*, che, dopo le sentenze *Twombly* e *Iqbal*[81], individua lo standard contenutistico minimo che negli Usa deve possedere qualsiasi atto introduttivo di cause complesse. Allo stesso modo, anche il riferimento al criterio della proporzionalità risulta mutuato dal processo federale statunitense, improntata ad una complessiva *philosophy* di *proportionality,* ma risulta applicabile con difficoltà al sistema italiano, privo di un meccanismo di *automatic discovery*. Difficile da comprendere è poi il riferimento alla sostenibilità della domanda, sulla base di fatti e prove disponibili, perché non è chiarito se si riferisca al grado di fondatezza della domanda sulla base delle prove e dei fatti già acquisiti prima dell'ordine di esecuzione o al grado (astratto e ipotetico) di fondatezza della medesima domanda in caso di esito positivo dell'ordine di esecuzione. Nonostante le difficoltà di individuare le concrete modalità operative che discendono dal principio di proporzionalità, almeno utilizzando le categorie del sistema italiano, l'articolo 3 riprende in maniera quasi letterale le disposizioni della direttiva, scaricando sull'interprete l'onere di comprendere le condizioni di attuazione dell'istituto[82].

Altra norma che provoca problemi di compatibilità con le regole del diritto processuale italiano è quella posta in materia di informazioni riservate, laddove il legislatore italiano di recepimento enumera un elenco di misure

[80] Secondo DE SANTIS A.D., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, 5, p. 1495 ss, nell'applicazione della norma è necessario valorizzare il principio di lealtà processuale, del cui rispetto si avverte oggi ad una esigenza di ripresa di mordente, secondo CONSOLO C., Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento», Rivista di diritto processuale, 2012, p. 1298 s..

[81] Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)e Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009), per riferimenti bibliografici vedi supra, nota 60. Sul punto, si rinvia anche a DONDI A., Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2008, p. 529 ss.

[82] In questo disattendendo le aspettative individuate da DE SANTIS A.D., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, 5, p. 1495 ss, per cui vedi supra nota 61. Inoltre, sul punto, si rinvia anche a COMOGLI P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

di tutela, tra le quali 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 non riservata. Si applicano, in ogni caso, le norme di cui all'articolo 210, comma 3, c.p.c., che prevede, in caso di informazioni riservate, l'accesso a parte del documento di un esperto, il quale redige una sintesi delle informazioni in forma aggregata e di cui all'art. 118 c.p.c., che impone il rispetto dei segreti previsti negli artt. 200 ss.

3.2. Prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante

Secondo un insegnamento tipico in materia di antitrust enforcement, i due canali, pubblico e privato, posti a tutela dell'effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea devono interagire, ove una reale connessione è necessaria in quanto identici sono gli obiettivi di tutela[83]. Tra le norme della direttiva che incidono in maniera più profonda tra i due meccanismi di tutela, vi sono senza dubbio quelle che disciplinano l'esibizione delle prove contenute nei fascicoli dell'autorità garante della concorrenza, di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva e 4 e 5 del decreto di recepimento. Incidentalmente, occorre segnalare che una parte della dottrina mette in dubbio l'esistenza di un ambito applicazione delle norme in esame, che sia residuale rispetto alla norma che attribuisce alle decisioni definitive della Commissione e delle autorità amministrative nazionali valore di prova privilegiata[84]. Secondo questa tesi, se l'accertamento amministrativo si è concluso con un provvedimento sanzionatorio, allora la violazione non deve essere provata, mentre, se l'accertamento si è

[83] Lo ribadisce anche il considerando 6 della direttiva 2014/104/UE. In dottrina, cfr., tra tutti, KOMNINOS A., Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, in The Competition Law Review, Volume 3, p. 5 ss; LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014.

[84] Articolo 9 direttiva 204/104/UE e articolo 7 decreto legislativo 3/2017, per cui vedi infra paragrafo 5.

concluso senza una sanzione, sembra difficile pensare che il giudice possa riconoscere la violazione delle norme a tutela della concorrenza sulla base degli stessi elementi che hanno portato l'autorità nazionale ad escluderle[85]. In effetti, questa impostazione non coglie nel segno, in quanto trascura che il provvedimento amministrativo, volto ad accertare l'avvenuta violazione della concorrenza, ha un oggetto diverso rispetto al giudizio civile, in cui si cercano le prove che la condotta anticoncorrenziale abbia poi provocato danni ai privati.

L'utilizzo del termine prova, in questo caso, merita una breve riflessione. Infatti, il documento di cui si ordina l'esecuzione si è formato come prova nel procedimento amministrativo: tale circostanza ripropone, nel processo civile anticoncorrenziale, la questione classica della circolarità della prova[86]. Tuttavia, secondo l'interpretazione assunta in questo lavoro, il termine prova non è utilizzato per attribuire un valore probatorio pregnante a tali documenti, ma è frutto, anche in questo caso, di un atecnicismo del legislatore. L'analisi del complesso delle norme dettate in materia permette di configurare l'esibizione di prove del fascicolo di un'autorità garante come una ipotesi particolare di ordine di divulgazione rivolto a un terzo particolare, come risulta confermato dalla sua collocazione sistematica e dal rinvio operato dall'articolo 6.1 della direttiva (articolo 4, comma 2, decreto legislativo) alle norme di cui all'articolo precedente: non c'è ragione di attribuire allo stesso termine, usato dal legislatore per disciplinare due ipotesi di uno stesso istituto, un significato diverso.

In linea con quanto appena affermato, si può sostenere che, sul piano dell'ordinamento interno, le norme in esame costituiscono una *lex specialis*

[85] COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

[86]Si vedano VANZ M.C., La circolarità della prova nei processi civili, Giuffrè, Milano, 2008 e GRAZIOSI A., Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 3, 2011, p. 693 ss; In tema di azioni civili per danno anticoncorrenziale, pone la questione VINCRE S., Risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1166 ss., che però non approfondisce.

rispetto all'articolo 210 c.p.c., non potendo essere inquadrate nella fattispecie di cui all'articolo 213 c.p.c. Infatti, la norma di cui all'articolo 6 della direttiva risulta modellata sull'esigenza di non interferire con il meccanismo pubblicistico di tutela della concorrenza, che risulta ancora il cardine principale dell'azione antitrust europea[87]. Sarebbe del tutto incompatibile con la *ratio* della disciplina l'attribuzione della funzione complementare e di controllo dell'indagine che, al contrario, la dottrina maggioritaria riconosce all'istituto di cui all'articolo 213 c.p.c.[88] A conferma di ciò, il legislatore italiano di recepimento, in contrasto con quanto auspicato da una parte della dottrina[89], non ha previsto la possibilità per il giudice di ordinare d'ufficio l'esibizione delle prove contenute nei fascicoli di un'autorità garante, rimanendo ferma la regola dell'istanza di parte.

Del resto, e al fine di assicurare la coerente ed efficace applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, è previsto, innanzitutto, che il giudice valuti la proporzionalità di questa richiesta, che deve essere formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto e al contenuto dei documenti (articolo 6, § 5, lettera a, direttiva e articolo 4, comma 3, lettera a, decreto legislativo). Sembra, dunque, eliminata la caratteristica genericità dell'istanza di esibizione di cui all'articolo 5 della direttiva, necessaria per colmare l'asimmetria informativa tra le parti. Come ulteriore garanzia a presidio dell'azione pubblica è previsto che il giudice informi l'autorità di concorrenza della richiesta di esibizione e gli invii gli atti rilevanti, al fine di permettere all'autorità di presentare osservazioni in merito alla proporzionalità delle richieste di esibizione.

---

[87]Lo confermano i Considerando nn. 6, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 della Direttiva 2014/104/UE, che considerano il tema dell'interazione tra *public* e *private enforcement* attraverso la specifica intersezione tra eventuale ordine di divulgazione in un processo civile e attività dell'autorità pubblica sempre considerando come obiettivo fondamentale quello di evitare di interferire in modo indebito con l'indagine dell'autorità amministrativa.

[88]FICCARELLI B., Esibizione di documenti e discovery, Giappichelli, Torino, 2004, p. 288 ss.

[89] FINOCCHIARO G., La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement, Il Diritto Industriale, 2016, 3 p. 221 ss.

Inoltre, sembra si possano interpretare gli ulteriori criteri previsti (lettere b e c degli articoli 6, § 5, direttiva e 4, comma 3, decreto legislativo) come un necessario contemperamento, rimesso al giudice, tra le esigenze di tutela risarcitoria dei privati e la necessità di salvaguardare il livello pubblicistico di tutela.

Proprio al fine di assicurare l'efficacia dell'azione pubblica in materia di tutela della concorrenza, la disciplina degli ordini di esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante ha una struttura tripartita.

Un primo gruppo di documenti non è mai divulgabile: fanno parte di questa *black list* le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione[90]. Tuttavia, è previsto[91] che la parte presenti richiesta motivata affinché il giudice acceda a tali prove al fine di garantire che il contenuto corrisponda effettivamente a dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e alle proposte di transazione, secondo le definizioni dettate dagli stessi legislatori europeo e nazionale[92]. Se manca la corrispondenza, il giudice può ordinare l'esibizione.

[90] Articolo 6, paragrafo 6, direttiva 2014/104/UE e articolo 4, comma 5, decreto legislativo 3/2017.

[91] Articolo 6, paragrafo 7, direttiva 2014/104/UE e articolo 4, comma 5, decreto legislativo 3/2017.

[92] Articolo 2, numeri 16) e 18), direttiva 2014/104/UE e articolo 1, lettere m) e p), decreto legislativo 3/2017.

A questo punto della trattazione[93], occorre soffermarsi sulla norma posta in materia di programma di clemenza[94], dato che l'eventuale attrito[95] tra questo istituto e azione civile anticoncorrenziale è un tema classico del diritto della concorrenza europea[96] e della letteratura specialistica[97]. Bisogna ricostruire attentamente il corretto ambito di applicazione della norma, che riguarda esclusivamente la dichiarazione legata a un programma di clemenza, la cui definizione è data nella direttiva e nel decreto legislativo. Si tratta di una dichiarazione orale o scritta presentata

[93] Si veda infra, capitolo 4, paragrafi 2 e ss, per lo studio della transazione come strumento alternativo di composizione delle controversie.

[94] Il programma di clemenza è uno strumento di accertamento *ex post* delle intese anticoncorrenziali, che riconosce alle imprese che collaborino con l'autorità garante della concorrenza, denunciando il cartello, una immunità o una riduzione della sanzione proporzionale all'aiuto dato all'indagine. Più precisamente, e guardando alle esperienze extraeuropee, gli USA fin dal 1978 sono dotati di un programma di clemenza, adottato ad opera del Department of Justice-Antitrust Division, successivamente aggiornato e, infine, integrato dall'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act del 2004.
In Europa, sono state emanate diverse Comunicazioni della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (in particolare, GUCE C-207 del 18 luglio 1996; 2002/C-45/03, in GUCE C-45 del 19 febbraio 2002; 2006/C 298/11, in GUCE C-298 dell'8 dicembre 2006). Inoltre, sono operativi altri ventisei Programmi nazionali di clemenza, che si inseriscono nel quadro delle competenze parallele degli Stati membri, e in particolare delle Autorità Garanti della Concorrenza, in relazione all'applicazione dell'art. 101 del Trattato di Funzionamento dell'Unione europea, coordinati dai paragrafi da 39 a 42 della Commissione sulla Cooperazione nell'ambito della Rete delle Autorità Garanti sulla concorrenza del 27 aprile 2004.

[95] Naturalmente, la difficile compatibilità tra azione civile anticoncorrenziale e programma di clemenza riguarda anche il regime solidale della responsabilità, per cui si rinvia al Capitolo 2, paragrafo 2.3.

[96] Nel Libro Bianco, la Commissione aveva proposto che, al fine di garantire l'efficacia dei programmi di clemenza, si applicasse una tutela adeguata alle dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole, indipendentemente dal fatto che la richiesta venisse accettata o rifiutata. Sul tema, il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul Libro Bianco aveva accolto con favore la proposta, intesa a preservare l'efficienza di tali programmi, sottolineando, inoltre, la necessità di evitare che l'applicazione dei programmi di clemenza finisse per mettere al riparo, al di là dello stretto necessario, i partecipanti ai cartelli dalle conseguenze civili della loro condotta illecita, a detrimento dei soggetti danneggiati.

[97]Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina dei *leniency programs*, anche rispetto alla sua reale efficacia, si rinvia a MELI M., I programmi di clemenza («deniency») e l'azione privata, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, p. 247 ss e a RONCO S., Programmi di clemenza e private enforcement: bilanciamento di interessi tra «pentitismo concorrenziale» e diritto al risarcimento del danno antitrust, in Politica del diritto, 2016, 3, p. 457 ss.

volontariamente da parte o per conto di una impresa o di una persona fisica o un'autorità garante della concorrenza, o una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata all'autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti. Dalla definizione risulta chiaro che la *black list* comprende esclusivamente la dichiarazione, in modo da evitare che l'impresa possa sottrarsi completamente alla responsabilità civile, indicando nella richiesta di ammissione al programma di clemenza tutti gli elementi di prova relativi all'esistenza della condotta restrittiva della concorrenza. Risultano escluse le informazioni preesistenti, cioè le prove esistenti indipendentemente dal procedimento di un'autorità garante della concorrenza, a prescindere dalla presenza o meno di siffatte informazioni nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

Un altro gruppo di documenti ricomprende le informazioni rese, da persone fisiche o giuridiche, nel corso del procedimento amministrativo, le informazioni redatte dall'Autorità e comunicate alle parti e le proposte di transazioni revocate: il giudice può emettere un ordine di esibizione relativo a questi documenti solo al termine del procedimento amministrativo.

Tutti gli altri tipi di documenti possono essere divulgati dal giudice in ogni momento.

In ogni caso, le prove possono essere utilizzate solo dalle parti che le abbiano acquisite tramite l'accesso al fascicolo o al soggetto che sia subentrato alla parte nella titolarità del diritto al risarcimento azionato in giudizio: il vincolo soggettivo è posto per evitare la cessione delle prove a titolo oneroso, dato che in alcuni Stati membri sono operativi enti che

acquistano dai potenziali attori i *claims* relativi a cause risarcitorie, al fine di farli valere in un'azione giudiziale o nell'ambito di accordi di transazione[98]. Il decreto legislativo conferma la struttura tripartita prevista dalla direttiva, prevedendo anche l'inutilizzabilità assoluta dei documenti rientranti nella *black list* e di quelli della *grey list* prima della fine del procedimento, qualora le parti riuscissero comunque ad accedervi nonostante il limite all'ordine di esibizione. La norma rappresenta una novità assoluta nel sistema del processo civile italiano, che risulta tutto improntato sul principio di acquisizione, mitigato soltanto dal divieto di utilizzo di prove incostituzionali o illecitamente acquisite[99]. Il legislatore italiano ha, poi, previsto che, nel caso di utilizzo delle prove della lista nera e della lista grigia in violazione ai limiti previsti, il giudice possa respingere in tutto o in parte le domande e le eccezioni alle quali le prove si riferiscono. La norma potrebbe essere interpretata come tentativo di introdurre, in Italia, la sanzione dello *striking out*[100] tipica del processo federale statunitense, ma, come sottolinea parte della dottrina[101], una decisione nel merito del giudice, che prescinda dalla fondatezza della domanda sulla base delle altre prove acquisite o utilizzabili, sarebbe in contrasto con i principi del giusto processo, essendo da preferire come una norma che configura l'inammissibilità in rito della domanda.

3.3. Sanzioni

La reale efficacia dei provvedimenti istruttori dipende dalle sanzioni previste in caso di inottemperanza.

---

[98] Così BRUZZONE G. – SAJA A., Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?, in Mercato concorrenza regole, aprile 2017, p. 9 ss.

[99] Sul punto, si rinvia al recente studio di PASSANTE L., La prova illecita nel processo civile, Giappichelli, Torino, 2017.

[100] ANSANELLI V., Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili, in DONDI A., ANSANELLI V., COMOGLIO P., Processi civili in evoluzione - Una prospettiva comparata, Giuffrè, Milano, 2015, p. 166 ss.

[101] COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 1005.

L'articolo 8 della direttiva lasciava ampi margini agli Stati, disponendo solo la necessità di misure sanzionatorie nei casi di mancato rispetto o rifiuto dell'ordine di esibizione, distruzione di prove rilevanti, mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti a tutela di informazioni riservate e violazione dei limiti all'uso di prove.

Il secondo paragrafo della direttiva, dopo aver stabilito che le sanzioni previste dagli Stati devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive, delinea una pregnante sanzione processuale[102], consentendo al giudice di ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce, nel caso di mancato adempimento dell'ordine di esibizione.

Il legislatore italiano ha scelto di accogliere l'indicazione, prevedendo che, nel caso di azioni risarcitorie antitrust, l'inottemperanza all'ordine di esibizione possa essere equiparata ad una *ficta confessio*: in base all'articolo 6 del decreto legislativo in esame*, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce*. Al fine di una corretta interpretazione della norma, grande rilevanza assume il riferimento all'operazione di valutazione di ogni elemento di prova. Infatti, il legislatore italiano, subordinando l'equiparazione alla *ficta confessio* della mancata ottemperanza all'ordine di esibizione all'analisi di tutti gli elementi di prova, di fatto attribuisce alla norma il valore di una inversione dell'onere della prova. Del resto, in mancanza di ulteriori elementi di prova, è ragionevole supporre che l'ottemperanza all'ordine di esibizione sarebbe stato l'unico mezzo per conoscere la circostanza controversa[103].

La norma è, in ogni caso, sensibilmente diversa da quella prevista al comma 2° dell'articolo 116 c.p.c., che si limita a prevedere che il giudice possa desumere argomenti di prova dal comportamento delle parti nel processo: non sfugge la diversa intensità dell'efficacia probatoria attribuita

[102] La previsione non ha un valore normativo, ma è meramente indicativa, non escludendo la possibilità di prevedere penali dissuasive o comunque forme di esecuzione indiretta.

[103] Questa ricostruzione della norma di cui all'articolo 6, comma 6, decreto legislativo 3/2017 è coerente con la dottrina maggioritaria sul punto, cui si rinvia: GRAZIOSI A., L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano, Giuffrè, Milano, 2003, p. 199 ss; ROMANO A.A., La tutela cautelare nel processo civile, Jovene, Napoli, 2004, p. 122.

dalle due disposizioni al mancato adempimento di un ordine di esibizione[104].

Accanto alla sanzione processuale, sono previste sanzioni amministrative pecuniarie di importo variabile (nel minimo sino a 15.000 euro e nel massimo sino a 150.000 euro) in caso di mancata ottemperanza dell'ordine, di esibizione ai sensi dell'art. 3 del decreto di distruzione di prove rilevanti e di utilizzo dei mezzi di prova contenuti nel fascicolo di un'autorità garante in violazione dei limiti previsti[105]. La sanzione si applica al terzo, alla parte, al legale rappresentante e, in via preventiva, alla parte o al terzo che distrugga prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento.

Qualora ricorra l'ipotesi di distruzione delle prove rilevanti[106], la norma è suscettibile di critiche sotto diversi profili. Nel caso in cui il valore del danno provocato in seguito alla violazione del diritto della concorrenza sia superiore alla sanzione, la parte potrebbe reputare conveniente procedere alla distruzione degli elementi di prova rilevanti, pur di evitare l'obbligazione risarcitoria. Infatti, alla distruzione delle prove il decreto legislativo non attribuisce la stessa efficacia probatoria della mancata ottemperanza all'ordine di esibizione, applicandosi, dunque, la norma generale di cui all'articolo 116 c.p.c. Inoltre, non è esplicitamente chiarito se siano necessari il dolo o la colpa o sia sufficiente il dato oggettivo della distruzione. Una parte della dottrina[107] ritiene che il dettato letterale – e precisamente l'utilizzo del verbo "distruggere" alla terza persona dell'indicativo presente – voglia riferirsi solo alla distruzione volontaria, ricomprendendo solo i casi di dolo e colpa grave e lasciando aperto il problema della distruzione incolpevole. Al contrario, sembra da preferire

[104] Così anche COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

[105] Articolo 6, commi 1, 2, 3, decreto legislativo 3/2017.

[106] Si sottolinea, tra l'altro, come la norma sembri ispirata dalle recenti modifiche della *Rule* 37 e della *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi in materia di mancata conservazione delle informazioni conservate elettronicamente.

[107] COMOGLIO P., Note ad una prima lettura del DLgs 3/2017, in Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2, 2017, p. 991 ss.

la tesi che ritiene sufficiente l'avvenuta distruzione, indipendentemente dall'elemento soggettivo, per diverse ragioni. Innanzitutto, proprio la forma verbale utilizzata è atta a descrivere in maniera generica e oggettiva l'elemento della distruzione delle prove rilevanti. Inoltre, l'importo della sanzione può essere molto variabile in dipendenza non solo del valore economico della controversia, ma anche in base alla modalità di compimento del fatto sanzionato, per cui la sanzione potrebbe essere molto maggiore in caso di distruzione colpevole e dolosa.

4. L'uso della prova economica: inquadramento della questione

A chiusura del capitolo precedente[108], si è detto come l'individuazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria e la connessa operazione di quantificazione del danno privato subito dalla distorsione della concorrenza debbano sopportare un certo grado di approssimazione, che discende dalle caratteristiche strutturali del danno. Una parte della dottrina[109] riconduce questa necessaria approssimazione alla circostanza che il giudizio sul danno risarcibile deve fondarsi su valutazioni di natura probabilistica.

L'affermazione potrebbe sembrare una mera formula generica e tralatizia: se la si vuole riempire di contenuto, per comprenderne il reale significato, sembra utile affrontare alcuni problemi correlati.

Innanzitutto, è opportuno interrogarsi sul ruolo probatorio della scienza economica nel processo civile, tema rispetto al quale l'illecito civile

[108] Vedi *supra*, capitolo 2, paragrafo 6.1., pagina 46.

[109] Su tutti, GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 215 ss. Si tratta solo di un esempio, perché l'affermazione è diffusa e condivisa. Del resto, anche la Guida pratica alla Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea che accompagna la comunicazione della commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2013., secondo la quale è impossibile conoscere con certezza l'evoluzione esatta di un mercato nel caso in cui non si fosse verificata l'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE (GP par. 16).

anticoncorrenziale fornisce un angolo visuale privilegiato. Se il tema più generale del ruolo della scienza nei giudizi civili di risarcimento del danno costituisce un *topos* tipico della letteratura specialistica[110], l'utilizzo delle teorie economiche al fine del risarcimento dei danni pone delle questioni peculiari. Infatti, i criteri, elaborati nel notissimo caso *Daubert*[111], cui devono attenersi i giudici per assicurare il rispetto dei canoni di validità scientifica, controllabilità, falsificabilità empirica, conoscenza ed accettazione diffusa da parte della comunità scientifica mal si applicano alla scienza economica. Come si vedrà meglio *infra* (paragrafo 4.2.), la diversità è imputabile alla circostanza in base alla quale i modelli econometrici non pongono questioni in termini di verità o falsità, ma di capacità predittiva, ove la verificazione passa attraverso la simulazione del modello scelto[112].

A causa dell'utilizzo di modelli econometrici, nel corso del processo civile di risarcimento del danno anticoncorrenziale può essere utile il ricorso all'istituto della consulenza tecnica. Inoltre, la specificità delle prove economiche si intreccia, com'è noto[113], a doppio filo con quella del grado

---

[110] Sul tema generale della prova scientifica nel processo civile si rinvia a Science in Court, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1998. In italiano, DENTI V., Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, in Riv. Dir. Proc., 1972, p. 414 ss; TARUFFO M., Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 2001, 3. p. 665 ss; PONZANELLI G., Scienza, verità e diritto: il caso Benedectin, in Foro it., 1994, IV, p. 184 ss.

Invece, rispetto alla questione particolare dell'utilizzo delle scienze sociali nel processo civile, MONAHAN – WALKER, Judicial Use of Social Science Research, in 15 Law and Hum. Beh., 1991, p. 571 ss.

[111] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Per un commento recente della sentenza, si veda, da ultimo, GRAHAM H., The Expert Witness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposal Amended 702 of the Federal Rules of Evidence, in 54 U. Miami L. Rev., 2000, p. 317 ss. La sentenza è stata pubblicata in Italia sulla Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civilie, 1996, 1, p. 277 ss, con commento di DONDI A., Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense, p. 261 ss.

[112] MUSCOLO G., Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centred systems?, Concorrenza e mercato, 2008, p. 450 ss.

[113] Il riferimento è al fortunato scritto di TARUFFO M., La prova scientifica nel processo civile, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005, 4, p. 1079 ss, in cui il tema dello standard della prova è considerato come preliminare a quello dell'uso probatorio della scienza nel diritto civile.

di conferma necessario perché un'allegazione della parte possa dirsi provata.

4.1. La consulenza tecnica

Rispetto al tema della consulenza tecnica, nel silenzio del legislatore europeo e in assenza di problemi particolari, si applicano le norme generali di cui agli articoli 61 ss c.p.c.[114]

Una parte della dottrina ritiene che possa essere molto utile nel processo civile per danno anticoncorrenziale l'utilizzo della consulenza tecnica preventiva[115]. Infatti, sebbene rappresenti, in ogni caso, un ausilio tecnico nella fase decisoria del processo e non debba essere considerata un mezzo per conoscere fatti o acquisire prove nel corso della istruzione, con la codificazione dell'articolo 696 bis c.p.c.,[116] l'istituto ha acquisito una rilevanza anche al fine di accertare l'illecito. Ciò, evidentemente, conferma la cosiddetta teoria della doppia *causa petendi*[117], di cui il processo civile per danni anticoncorrenziali costituisce una sperimentazione, ed è coerente con la tesi, sostenuta di recente dalla Corte di Cassazione[118], della necessaria duttilità degli istituti del codice di rito.

Al momento della selezione degli esperti, nei casi più difficili, se ricorre il presupposto della grave necessità, è possibile la nomina di un panel di consulenti; inoltre, possono essere nominati anche consulenti estranei all'albo o di un diverso distretto, ove il fine ultimo è quello di garantire la speciale competenza tecnica e specializzazione.

Vige, in ogni caso, il generale principio di centralità del giudice quale garante nel processo di acquisizione delle prove, da cui discendono due

---

[114] Si rinvia, sul punto, a MUSCOLO G., Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centred systems?, Concorrenza e mercato, 2008, p. 450 ss.

[115] VINCRE S., 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, p. 1172 ss. La tesi risulta avallata da Cassazione civile, sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695.

[116] Articolo 696 bis c.p.c., inserito dall'art. 2, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, come modificato dall'allegato alla L. 14 maggio 2005, n. 80, con decorrenza dal 1° marzo 2006.

[117] Per cui vedi *supra*, paragrafo 3.1.

[118] Cassazione civile, Sezione I, Sentenza 4 giugno 2015, n. 11564, Comi et al. c. Cargest S.r.l., per cui vedi *supra*, paragrafo 1.1.

corollari. Innanzitutto, l'esperto opera come mero esperto tecnico e, inoltre, le peculiarità della prova economica non possono inficiare il necessario rispetto del principio del contradditorio tra le parti. In proposito, interessante è l'approccio *hot tube* applicato *dall'Australian Competition Tribunal*, in base alla quale la Corte pone all'esperto ogni questione rilevante, al fine di identificare i punti del conflitto, e richiede anche una risposta sotto forma di relazione documentale.

Andando alla fase decisoria, l'uso della prova economica avviene secondo un metodo razionale di *decision making*. Si è detto che i modelli econometrici non rispondono a valori di vero/falso, ma a criteri di verificabilità. In altre parole, per valutare la prova economica, è necessario applicare i parametri di coerenza interna, ragionevolezza e robustezza. In estrema sintesi[119], per coerenza interna si intende l'assenza di contraddizioni logiche all'interno del modello; la ragionevolezza delle ipotesi indica la conformità ai risultati della teoria economica; la robustezza verifica la solidità di un modello al cambiare delle ipotesi sottostanti.

Infine, rispetto al tema dei principi che regolano la prova in materia di motivazione delle decisioni, giova ricordare che, in base alla giurisprudenza maggioritaria, non sussiste un onere di motivazione specifica nel caso in cui la sentenza rinvii alla consulenza tecnica, mentre, nel caso di consulenze tecniche difformi, sia sufficiente fare riferimento alla relazione accolta[120].

[119] Si rinvia a BUCCIROSSI P., Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno, Concorrenza e mercato, 2014, p. 323 ss per la descrizione dettagliata delle tre caratteristiche

[120] In giurisprudenza, si veda: Cassazione civile, sezione III, 14 febbraio 2006, n. 3191 e Cassazione civile, sez. lavoro, 3 agosto 2004, n. 14849; in dottrina, SALOMONE E., Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio, Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2002, p. 1017 ss.

4.2. Prova economica e standard probatori

La valutazione della prova economica impone di analizzare in maniera accurata il tema dello standard della prova, cioè del grado di conferma necessario perché un'allegazione della parte possa dirsi provata, anche in considerazione dell'asimmetria informativa in cui versa la parte che chiede il risarcimento del danno anticoncorrenziale, secondo quanto affermato dalla Direttiva[121]. Ancora una volta, in mancanza di un parametro generale rintracciabile nel testo della direttiva[122], bisogna rivolgersi all'ordinamento giuridico nazionale, in quanto sistema di riferimento in materia di processo civile. Le uniche norme espresse in tema di standard della prova si trovano all'articolo 116, comma 1, c.p.c., in base al quale *il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga diversamente.*

Com'è noto, la giurisprudenza recente[123]*,* abbandonando i parametri tradizionali della certezza morale e della verosimiglianza delle ipotesi e accogliendo alcune indicazioni della dottrina più autorevole[124], applica negli ultimi anni il criterio del *più probabile che no*[125].

In estrema sintesi, secondo la regola della preponderanza dell'evidenza, nella prova del nesso di causa tra fatto illecito e danno, bisogna distinguere tra causalità generale e causalità specifica. Il primo giudizio di causalità è una relazione logica tra fatti e classi di eventi ed è espresso dalla probabilità

---

[121] Cfr. Considerando nn. 14, 15, 47 della Direttiva 2014/104/UE.

[122]La norma all'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE, che disciplina l'effetto delle decisioni nazionali, deve essere considerata una regola in tema di standard della prova. In ogni caso, nessun articolo della direttiva fornisce indicazioni in ordine al parametro generale da usare per valutare il peso della prova.

[123] Cassazione civile, Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581. Si vedano anche Cassazione civile, sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619; Cassazione civile, sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238; Cassazione civile, sez. lavoro, 5 settembre 2006, n. 19047; Cassazione civile, sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400; Cassazione civile, sez. II, 21 gennaio 2000 n. 632, che affrontano il tema dei diversi standard probatori nel processo penale e in quello civile.

[124] Il riferimento è a TARUFFO M., Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, 2001, 3, 665 ss; La prova scientifica nel processo civile, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, 4, p. 1079 ss.
Il tema è sviluppato anche in STELLA F., A proposito di alcune sentenze civili in tema di causalità, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2005, p. 1159 ss.

[125] In realtà, nelle sentenze si usa la formula del "più probabile che non". Tuttavia, "no" è un segno olofrastico, mentre "non" può fungere soltanto da premessa negativa della frase che segue.

quantitativa o pascaliana. Invece, la causalità specifica indaga il rapporto tra il fatto illecito e il danno evento così come si è concretamente realizzato ed è ancorato alla probabilità logica o baconiana. Più analiticamente, la concezione quantitativa della probabilità serve a razionalizzare l'incertezza intorno al nesso causale che intercorre tra classi di eventi e determina la probabilità di realizzazione di un evento in base alla classe a cui appartiene. Invece, la concezione logica indaga il tema delle definizioni delle ipotesi su eventi particolari e specifici, facendo leva non sull'appartenenza di un evento alla classe ma sui singoli elementi di prova di volta in volta acquisiti nel processo.

Dalle definizioni date è evidente che la prima tipologia causale, che attiene alla gestione del rischio che un determinato comportamento, qualora venga posto in essere, poi provochi un tipo di danno, non dice nulla rispetto al giudizio di causalità civile ex articolo 2043 c.c. È chiaro, infatti, che valutare la causa di un danno privato impone di ricostruire il nesso di causalità specifica[126], cioè la relazione che intercorre tra il fatto illecito e il danno in concreto. Preme sottolineare, tra l'altro, come ciò sia del tutto in linea con la funzione attribuita al nesso eziologico nel capitolo precedente, in cui si è più volte sottolineato come la causalità non attenga alla gestione del rischio che un determinato comportamento illecito provochi un danno, ma sia una tecnica di costruzione della fattispecie concreta[127].

Lo conferma, tra l'altro, il rigoroso decalogo relativo alle possibili prove del nesso causale nelle azioni anticoncorrenziale formulato dalla recente giurisprudenza di Cassazione, in base al quale:

[126] In proposito, non è chiaro il passaggio in cui TARUFFO M., La prova scientifica nel processo civile, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, 4, p. 1094 ss sottolinea come nei mass torts il nesso di causalità possa essere solo generale, per cui lo strumento dell'illecito civile sarebbe inutile. Si può legittimamente contestare che, nell'ipotesi dei *mass torts*, la responsabilità civile, configurata come azioni individuali dal minimo valore economico, non sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi di compensazione e deterrenza, ma in ogni caso, qualora il legislatore comunque scegliesse la via dell'illecito aquiliano, il nesso di causalità va sempre ricostruito in via specifica.

[127] Vedi *supra*, capitolo 2, paragrafo 6.

la prova dell'insussistenza del nesso causale non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative, ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell'impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, e che valgano a dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita; occorrerebbe cioè dimostrare (in ipotesi) che la compagnia assicuratrice convenuta in giudizio ebbe a discostarsi dal trend degli aumenti accertato dall'AGCM e comune alle altre; o che la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che le hanno imposto determinate scelte di prezzo; o che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza; o che si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità; e così via: circostanze tutte che non basta siano genericamente affermate, ma che debbono essere documentate, indicando se del caso i criteri seguiti per la determinazione dei premi, gli elementi di costo gravanti sulla compagnia nel periodo dell'illecito, rispetto a quello precedente o successivo, i bilanci, e così via[128].

Chiarito ciò, si cercherà di proporre una riflessione in materia di efficacia probatoria. Secondo la dottrina[129], l'utilizzo del criterio del più probabile che no, per cui la prova può dirsi raggiunta quando la probabilità qualitativa è superiore al 51%, emerge come corollario del principio di razionalità, che è il fondamento logico anche dei criteri di ripartizione dell'onere della prova e cardine del processo civile italiano, in quanto applicazione del principio costituzionale del giusto processo.
Le argomentazioni della giurisprudenza a sostegno di tale filone interpretativo hanno segno diverso[130]. Innanzitutto, si sottolinea la differenza di valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza in quello civile, che giustifica l'emersione e l'utilizzo di standard probatori differenti. Inoltre, si rinvia a due sentenze della Corte

[128] Cassazione civile, sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5327, pt 5. Similmente, Cassazione civile, sez. III, 29 agosto 2011, n. 17702; Cassazione civile, sez. III, 31 agosto 2011, n. 17891; Cassazione civile, sez. III, 10 maggio 2011, , nn. 10211 e 10212 del 2011, n. 13486 del 2011; Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, nn. 27570, 27571, 27572, 27573 e 27574; Cass. 9 maggio 2012, nn. 7040, 7045, 7046.
[129] TARUFFO A., La prova scientifica nel processo civile, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, 4, p. 1103 ss.
[130] Cassazione Civile, Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581.

di Giustizia, in cui, proprio in tema di tutela della concorrenza, si applicano logiche di tipo probabilistico[131].

Naturalmente, una eventuale analisi critica di questa evoluzione interpretativa è esorbitante rispetto all'oggetto di questo lavoro. Tuttavia, si può quantomeno dubitare che l'applicazione del criterio della certezza probabilistica costituisca espressione del principio di razionalità in relazione alla prova del nesso causale specifico che intercorre tra condotta anticoncorrenziale e danno.

Si cercherà di spiegare l'ultima affermazione proprio a partire da una corretta interpretazione delle due sentenze della Corte di giustizia che la Cassazione 581/2008 pone a fondamento del suo ragionamento in tema di standard della prova del nesso di causalità nel giudizio civile.

Un quesito preliminare rispetto alla ricostruzione del nesso di causalità attiene all'accertamento della sussistenza dei due elementi su cui si instaura il giudizio di causalità. Bisogna, in altre parole, valutare se vi sia stata una condotta anticoncorrenziale e se vi sia effettivamente un evento lesivo: dopo che vengono ricostruiti i due termini del giudizio, si può procedere con l'indagine sulla relazione logica tra gli elementi.

Ora, nelle sentenze citate dalla Corte di Cassazione, il giudice europeo non riferisce la valutazione probabilistica al nesso di causalità tra condotta e danno privato, ma al carattere anticoncorrenziale dell'operazione posta in essere[132]. Quindi, la valutazione prospettica, fondata sul dato statistico, è funzionale alla ricostruzione di uno dei due elementi – la condotta – del nesso di causalità in un eventuale giudizio intorno alla responsabilità civile. Infatti, la decisione della Corte di Giustiza nel caso *Laval* riguarda l'analisi prospettica in ordine alla lesione della concorrenza in una operazione di concentrazione. Il riferimento al dato statistico serve al giudice europeo per soppesare la probabilità che una operazione di concentrazione abbia

[131] Corte di Giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, caso *Laval*, Raccolta della giurisprudenza 2010 I-00067; Corte di Giust., 13 luglio 2006, causa C-295/04 e C-298/04, caso *Manfredi*, Raccolta della giurisprudenza 2006 I-06619.

[132] La differenza è, invece, ben chiara a Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia di impresa – Sez. A, 3 marzo 2014, caso Brennercom Spa c. Telecom Italia.

un effetto distorsivo del diritto della concorrenza. A ben vedere, la sentenza nulla dice sul nesso di causa tra la condotta anticoncorrenziale e il danno eventualmente lamentato dai privati, ma applica un criterio probabilistico al fine di comprendere l'effetto sul mercato concorrenziale di una condotta.

In maniera identica, la sentenza del 2006 si limita a interpretare l'articolo 81 CE ritenendo che questo vieti una intesa o una pratica concordata qualora, in base ad una serie di elementi di fatto o di diritto, appaia sufficientemente probabile che tale intesa o pratica eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri.

Allo stesso modo, anche l'altro termine del giudizio di causalità è ricostruito attraverso il ricorso a dati statistici. È necessario, ancora una volta, partire dallo studio dei danni che tipicamente discendono dalla violazione della concorrenza[133]. Per semplicità espositiva, utilizzeremo l'esempio classico del danno da sovrapprezzo subito dagli acquirenti dei beni in seguito a un abuso di sfruttamento. La letteratura unanime sul punto insegna che da un illecito di sfruttamento che imponga per un bene offerto un prezzo sovraconcorrenziale derivi anzitutto un danno agli acquirenti di tale bene, i quali subiscono la diminuzione di un beneficio, ove la perdita del consumatore corrisponde all'aumento di benessere delle imprese: anche la valutazione in ordine al danno passa attraverso un'analisi prospettica del mercato.

Insomma, la peculiarità del danno anticoncorrenziale consiste proprio nell'esistenza di un deficit collettivo di conoscenza intorno agli elementi di fatto del giudizio di responsabilità, tale da essere colmato attraverso il ricorso a modelli econometrici, formulati sulla base di dati statistici che combinano probabilità quantitativa e probabilità logica.

Il giudice civile deve, in fase decisoria, operare un controllo sul ragionamento economico e convalidare i modelli utilizzati non attraverso i parametri vero/falso, ma secondo il criterio della loro capacità predittiva

[133] Per cui vedi supra, capitolo 1, paragrafo 7.

sulla base di criteri statistici[134]. Il rischio è che ancorare anche il giudizio sulla relazione tra gli elementi di giudizio a logiche di tipo meramente probabilistico possa aumentare il livello di incertezza e di imprevedibilità delle decisioni. In altre parole, non sembra conforme al principio di razionalità ritenere assolto l'onere probatorio nel caso in cui il nesso tra gli elementi del giudizio, già ricostruiti in via statistica, ricevano un grado di conferma (ad esempio, 51%) praticamente uguale a quello di smentita (49%). Piuttosto, si potrebbe combinare il consolidato criterio del più probabile che no con una interpretazione che valorizzi il dato letterale dell'articolo 116 c.p.c., in quanto espressione, almeno nell'ipotesi di illecito civile anticoncorrenziale, del principio di razionalità. Il libero convincimento, secondo il prudente apprezzamento, applicato in maniera elastica insieme alla regola della preponderanza dell'evidenza, potrebbe costituire il criterio di standard della prova: ciò, tra l'altro, avalla l'idea di un giudice pienamente calato nelle logiche del procedimento concorrenziale, che non faccia un uso meramente descrittivo, ma anche prescrittivo dell'argomentazione economica[135].

5. L'effetto delle decisioni finali

L'articolo 9, comma 1°, della Direttiva 2014/104/EU regola uno degli aspetti più importanti dell'intero sistema di *enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea, indicando l'approccio comune cui gli Stati membri devono conformarsi rispetto agli effetti, nel giudizio civile risarcitorio, delle decisioni definitive delle autorità nazionali[136]. Più

[134] MUSCOLO G., Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centred systems?, Concorrenza e mercato, 2008, p. 476 ss.

[135] GAVIL A., Competition Policy, Economics and Economists: are we expecting too much?, in Fordham Corporate Law Institute Review, Juris Publishing, NY, 2006, p. 575 ss.

[136] La bibliografia sul tema è molto vasta, per cui si rinvia, quanto al tema generale del rapporto tra decisioni della Commissione e delle autorità nazionali e giudizio civile a TROTTA A., Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione, in PACE L. F., Dizionario sistematico della concorrenza, Jovene, Napoli, 2013, p. 361; SIRAGUSA A., 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, 2013, p. 313 ss; CASSINIS P. – GALASSO G., Il ruolo dell'Autorità garante della

precisamente, il legislatore europeo della direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di provvedere affinché le violazioni constatate dalle decisioni definitive delle autorità nazionali siano considerate come definitivamente accertate nel processo civile risarcitorio, ove il vincolo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità né, evidentemente, il danno privato. Tale obbligo è stato adempiuto dal legislatore italiano del decreto legislativo di recepimento, il cui articolo 7, comma 1, prima parte, riprende fedelmente il dettato letterale della disciplina.

La previsione, volta a *migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni e promuovere il funzionamento del mercato interno*[137]*,* ha grande impatto sul sistema europeo di tutela della concorrenza, giungendo al culmine di un processo evolutivo che è necessario ripercorrere, al fine di ricostruire in maniera coerente la norma e affrontare le questioni che ancora rimangono aperte.

Il secondo comma dell'articolo 9 della direttiva riguarda, invece, il valore da attribuire alle decisioni definitive adottate dalle autorità nazionali degli altri Stati membri, che devono essere riconosciute almeno come prova *prima facie* dell'avvenuta violazione e devono essere valutate almeno come elementi di prova. Il legislatore italiano di recepimento ha scelto questa via, non estendendo l'efficacia probatoria vincolante alle decisioni definitive delle autorità degli altri Stati membri.

Infine, l'ultimo comma dell'articolo in esame fa salva la norma di cui all'articolo 267 TFUE, che prevede la competenza giurisdizionale esclusiva in ordine all'interpretazione dei Trattati e alla validità e all'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli

---

Concorrenza e del Mercato tra Public e private Enforcement, in BENACCHIO G. A. – CARPAGNANO M. (a cura di), I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali, Padova, 2012, p. 19; RORDORF R., Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust, in Le Società, 2014, 7, p. 789 ss. Si veda, inoltre, *infra*, per ulteriori e più puntuali riferimenti bibliografici.

[137] Così Considerando 34 della Direttiva 2014/104/UE.

organismi dell'Unione, nonché, nel caso in cui si pongano questioni del genere, la possibilità per i giudici nazionali e l'obbligo per quelli di ultima istanza di sollevare questione di interpretazione pregiudiziale, rimettendo gli atti alla Corte di Giustizia.

5.1. L'efficacia delle decisioni finali nelle precedenti esperienze europee

L'analisi dell'iter evolutivo culminato con l'adozione della regola di cui all'articolo 9 della Direttiva ha come punto di avvio necessario le statuizioni della giurisprudenza nel noto caso *Masterfoods*[138], in cui la Corte è chiamata a stabilire se l'obbligo di leale collaborazione imponga ai giudici nazionali di sospendere il procedimento in corso, fino alla pronuncia del Tribunale di primo grado sul ricorso ad esso proposto contro una decisione della Commissione; inoltre, si chiede alla Corte se una decisione della Commissione, che accerti l'avvenuta violazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea, impedisca di chiedere al giudice civile nazionale competente l'accertamento in senso contrario.

La Corte, chiamata a interrogarsi sui rapporti tra Commissione europea e giudice civile nazionale nell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione, sottolinea come sia la Commissione l'unico organo responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza: per svolgere questo ruolo, non può essere vincolata alle decisioni emesse dai giudici nazionali. Inoltre, l'articolo 5 del Trattato impone a tutti gli organi degli Stati membri, compresi quelli giurisdizionali, di astenersi dall'adottare provvedimenti che potrebbero mettere a rischio la realizzazione degli scopi del Trattato. A ciò si aggiunge che una decisione della Commissione, accertante la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza nel mercato europeo, è vincolante in tutti i suoi

[138] Corte di Giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/2000, caso Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd, Raccolta 2000 I-11369, pubblicato in Foro it. 2001, IV, 209, con nota di MIRANDA M. – RITTER. L. Un precedente significatico è rappresentato dal caso *Delimitis*, per cui si rinvia a Corte di Giust., 28 febbraio 1991, causa C-234/89, caso *Delimitis*, Raccolta della giurisprudenza 1991 I-00935.

elementi per i destinatari designati. Per questi motivi, un giudice nazionale, quando si pronuncia su un accordo o su una pratica la cui compatibilità con il diritto della concorrenza dell'Unione europea costituisca già oggetto di decisione da parte della Commissione, non può adottare una decisione contrastante con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contraddizione con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado. Inoltre, la Corte ritiene che, qualora il destinatario della decisione della Commissione abbia già presentato un ricorso di annullamento, spetti al giudice nazionale valutare se si debba sospendere il procedimento fino alla pronuncia di una sentenza definitiva. Infine, la sentenza *Masterfoods* sottolinea l'importante strumento del rinvio pregiudiziale, che i giudici nazionali sono chiamati a utilizzare nel caso in cui nutra dubbi in merito alla validità o all'interpretazione di un atto di una istituzione comunitaria.

Il principio, enucleato dal giudice europeo nel caso *Masterfoods*, risulta poi cristallizzato dall'articolo 16 del Regolamento n. 1/2003, che prevede l'obbligo dei giudici nazionali e delle autorità nazionali a tutela della concorrenza di non prendere in decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione[139]. Sottolineando come la regola si applichi non solo ai giudici nazionali, ma anche alle autorità pubbliche, la dottrina specialistica[140] ha dato una interpretazione peculiare della regola in questione, escludendo che da questa possano trarsi argomenti per sostenere la primazia del momento pubblico di tutela della concorrenza su quello privatistico. Infatti, secondo questo filone interpretativo, l'obbligo dei giudici nazionali di non contraddire la decisione dell'autorità europea di tutela della concorrenza costituisce riflesso della gerarchia che

[139] In dottrina, a commento dell'articolo 16 del Regolamento n. 1/2003, si rinvia a BIAVATI P., Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, 1, p. 97 ss; RAFFAELLI E. A., L'applicazione del diritto antitrust comunitario tra giudici nazionali e Commissione, in Riv. Dir. Proc., 2008, 3, p. 645 ss; NEGRI M., Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione EU, Int'L Lis, 2009, p. 135 ss.

[140] KOMNINOS A. P., Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, The Competition Law Review, 2006, vol. 3, p. 5 ss.

intercorre tra ordinamento europeo e sistemi nazionali nell'applicazione del diritto europeo, ove gli organi europei sono sovraordinati rispetto a quelli nazionali.

Probabilmente, la ricostruzione così riassunta coglie nel segno, ove tanto la sentenza *Masterfoods* quanto l'articolo 16 del Regolamento 1/2003 risultano volti a regolare il dinamismo interno ai rapporti tra organi dell'Unione e poteri degli Stati membri, al fine di affermare la supremazia dell'Unione rispetto all'interpretazione e all'attuazione del diritto europeo, e non a disciplinare il rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione.

L'attuale articolo 9 della direttiva risulta piuttosto ispirato dalle norme previste in alcuni ordinamenti europei[141]. In particolare, significativo è il § 33.4, ora 33.b, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen,* che riconosce un effetto probatorio vincolante alle decisioni accertanti la violazione della concorrenza della Commissione, del *Bundeskartellamt* e delle autorità nazionali della concorrenza dell'Unione, avendo, quindi, un ambito di applicazione più esteso rispetto all'attuale norma europea[142]. Anche l'ordinamento inglese dispone di una norma, precedente alla Direttiva, volta a regolare i rapporti tra decisioni dell'autorità pubblica e azioni private, dato che la *Section* 58 A *Competition Act* 1998[143] attribuisce efficacia vincolante alle decisioni definitive, in quanto non impugnate o confermate in giudizio, dell'autorità pubblica a tutela della concorrenza. Infine, una previsione simile è rintracciabile nell'ordinamento giuridico francese, ma solo con riferimento al contenzioso di gruppo[144].

---

[141] Si rinvia a MOLLERS T., Private enforcement of competition law in Europe. The Directive Proposal for Damages for infringements of competition law provisions, Europa e diritto privato, 2014, 3, p. 821 ss, per una breve analisi delle precedenti esperienze europee in materia di effetto delle decisioni finali delle autorità amministrative.

[142] Cfr. MEYER M., Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27 (32). Si rinvia a BORNKAMM J., in LANGEN E. – BUNTE H. J., Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, I, München, 2006, p. 835 per un confronto tra § 33 GWB e articolo 16 del Regolamento 1/2003.

[143] Competition Act 1998 c. 41, emendato dall'Enterprise Act 2002 c. 42.

[144] Cfr. Loi Hamon, art. L. 423-17, Code consommation.

In assenza di una norma espressa sul punto, il tema dell'effetto da attribuire alle decisioni dell'autorità a tutela della concorrenza e del mercato è stato al centro di un vivace dibattito della giurisprudenza e della dottrina italiane, laddove due erano state le principali ipotesi ricostruttive. Secondo alcune sentenze[145], salutate con favore da una parte della dottrina[146], all'accertamento dell'infrazione da parte dell'autorità amministrativa non poteva attribuirsi altro valore che quello di argomento di prova. La tesi partiva dal presupposto della profonda diversità tra *public* e *private enforcement* per natura e per finalità perseguita, ove alla funzione afflittiva degli strumenti pubblici, volti a garantire l'interesse generale ad un assetto concorrenziale del mercato corrispondeva una funzione meramente compensatoria degli strumenti di private enforcement azionabili dal privato. Da qui, si escludeva una superiorità dello strumento pubblicistico rispetto a quello privatistico, per cui, al momento della sentenza, il giudice avrebbe potuto operare diversamente rispetto all'infrazione contestata e ritenuta esistente dall'AGCM.

In maniera differente, altre pronunce attribuivano alle decisioni e agli atti del procedimento amministrativo il valore di prova privilegiata, per cui i fatti che la parte convenuta avrebbe potuto allegare come prova contraria per negare la sussistenza di una propria responsabilità in sede civile non sarebbero potuti coincidere nello stesso materiale probatorio e nelle stese argomentazioni già disattese in sede amministrativa: erano richiesti fatti ed argomenti nuovi o diversi, idonei ad escludere che il nesso causale tra

[145]Consiglio di Stato, 22 settembre 2014, n. 4773; pubblicata in Il Foro amm., 3, 2015, p. 781 ss, con nota di BALESTRA F. – TREMOLADA R., Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa; Cassazione civile, sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, che sottolinea l'inesistenza, nell'ordinamento giuridico della categoria della prova privilegiata.

[146] NEGRI M., Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, Giappichelli, Torino, 2006, p. 50 ss; BIAVATI P., Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2007, p. 97 ss.; BARIATTI S. – PERFETTI L. R., Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2008, p. 1151 ss.

condotta abusiva sanzionata e il preteso danno[147]. Da queste pronunce, una parte autorevole della dottrina riconosceva alla decisione amministrativa un valore in linea di massima vincolante, valorizzando l'impatto sistematico dell'articolo 16 del Regolamento 1/2003, i principi di coerenza applicativa e certezza giuridica e il principio di non contraddizione del potere statale nelle sue diverse manifestazioni[148].

5.2. L'effetto vincolante delle decisioni definitive e le tradizionali categorie italiane

L'articolo 7, comma 1, del decreto legislativo 3/2017 recepisce fedelmente la previsione della direttiva 2014/104/EU, stabilendo l'efficacia vincolante, rispetto all'accertamento della condotta illecita, delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, purché queste siano definitive, in quanto non impugnate entro il termine o confermate dal giudice amministrativo competente.

Da qui emerge la necessità di collocare questo vincolo al potere di accertamento del giudice civile all'interno delle tradizionali categorie concettuali italiane. Non si tratta, evidentemente, di un problema meramente dogmatico, ma di una questione che ha profonde applicazioni pratiche. Infatti, definire la natura dell'effetto vincolante delle decisioni finali permette di interrogarsi sull'eventuale contrasto con il principio costituzionale del giusto processo, codificato dall'articolo 101 Costituzione, e di individuare l'ambito di applicazione della norma, rispetto al quale permangono delle perplessità.

---

[147] Cassazione civile, sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, e sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486; Cassazione civile, sez. III, 14 marzo 2011, nn. 5941 e 5942; Cassazione civile, sez. III, 2 febbraio 63/03, n. 2305; Cassazione civile, sez. III, 20 giugno 2011 n. 13486; Cassazione civile, sez. III, 26 maggio 2011 n. 11610.

[148] LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 649 ss; TESAURO C., Recenti sviluppi del private antitrust enforcement, in Mercato concorrenza regole, 2011, p. 427 ss; FABBIO P., L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa, in Concorrenza e mercato, 2013, p. 193 ss.

Una parte della dottrina ritiene si tratti di una ipotesi di prova legale, attribuendo alla norma una funzione di alleggerimento dell'onere probatorio, con l'introduzione di una presunzione *iuris et de iure* del fatto antigiuridico[149]. Questa ipotesi ricostruttiva, in linea con le indicazioni originarie del Libro Bianco[150], risulta inadatta a descrivere in modo pieno le peculiarità della norma in esame, che preclude al giudice civile ogni possibile accertamento in ordine alla condotta nella sua materialità e non solo nel suo carattere antigiuridico.

Altra parte della dottrina propende per la tesi che assimila l'effetto vincolante delle decisioni definitive al meccanismo di operatività del giudicato penale di condanna ex articolo 651 del nostro c.p.p.[151]. In effetti, molte sono le analogie tra le due discipline: il vincolo si riferisce alle sole pronunce di condanna e, parallelamente, alle sole decisioni definitive di accertamento della violazione; l'effetto si esplica solo nelle azioni civili risarcitorie (o restitutorie, nel caso del giudicato penale di condanna); non è rilevante la presenza, nel corso del procedimento penale o di quello dell'autorità amministrativa, del terzo che si avvantaggia della condanna. Tuttavia, neanche questa tesi può essere accolta, perché trascura l'aspetto più rilevante dell'intera questione, e cioè che il vincolo all'accertamento del giudice civile è posto, nel caso di cui all'articolo 7 del decreto legislativo di recepimento, a causa dell'esistenza di un provvedimento

[149]Ben rappresentata da IANNUCELLI P. La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'UE e la Direttiva 2014/104, Giuffrè, Milano, 2015, p. 163 ss.

[150] Il riferimento è, in particolare, al punto 2.3 del Libro Bianco del 2 aprile 2008, in cui si afferma che le decisioni definitive adottare dalla Commissione o da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che confermi la decisione dell'autorità nazionale o che constati l'infrazione debbano essere accettate come prova inconfutabile dell'infrazione. In effetti, il Libro Bianco proponeva di estendere il vincolo alle decisioni definitive anche delle autorità nazionali rispetto a cause civili per il risarcimento dei danni antitrust incardinate di fronte a giudici di un altro Stato membro. Sul punto, si rinvia a VINCRE S., La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile, in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1175, per una rapida analisi del Libro Verde e del Libro Bianco come precedenti della norma in esame.

[151] DE CRISTOFARO M., Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement, AIDA, 2015, p. 100 ss.

soggettivamente non giurisdizionale[152]. La norma risulta doppiamente derogatoria ed eccezionale e si pongono problemi di compatibilità con il principio, italiano ed europeo, del giusto processo[153].

L'eventuale contrasto tra i principi fondamentali del giusto processo, che impongono il rispetto della garanzia dell'azione e del contraddittorio, e la regola della subordinazione del giudice soltanto alla legge è fortemente sottolineato da altre due ipotesi ricostruttive della dottrina, che meritano di essere combinate e accolte.

La prima di queste tesi interpretative, nel cercare un contemperamento tra il principio costituzionale del giusto processo e l'esigenza di ottemperare agli obblighi europei, ritiene necessario negare alla norma una valenza processual-civilistica e ricostruirla utilizzando le categorie della teoria analitica dell'illecito. Secondo questa impostazione, nelle azioni *follow on*, l'accertamento definitivo della condotta anticoncorrenziale è un atto costitutivo concorrente dell'illecito civile e del diritto al risarcimento del danno[154]. Sarebbe, quindi, il provvedimento con cui l'Agcm accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa ad essere un fatto, che contribuisce a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto del consumatore danneggiato, in modo simile a quanto avviene, secondo l'insegnamento tradizionale[155], per i provvedimenti costitutivi rispetto a controversie civili successive vertenti sul contenuto o sulla risarcibilità di un interesse legittimo[156].

---

[152] Si rinvia a TONOLETTI B., L'accertamento amministrativo, Padova, Cedam, 2001, 80 ss per uno studio che illustra similitudini e differenze che intercorrono tra sentenza e provvedimento amministrativo.

[153] Il rischio di contrasto tra la norma in esame e il principio, comune agli ordinamenti costituzionali italiano ed europeo, del giusto processo, è sottolineato da RORDORF R., Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust, Le Società, 2014, 7, p. 784 ss.

[154] DE SANTIS A., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1495 ss.

[155] Cfr. COSTANTINO G., Contributo allo studio del litisconsorzio necessario, Napoli 1979, 501 ss., spec. 511 ss.

[156] CAPACCIOLI E., Interessi legittimi e risarcimento dei danni, in CAPACCIOLI E., Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico, CEDAM, Padova, 1978, p. 100 ss.

La tesi del provvedimento amministrativo definitivo come fatto costitutivo concorrente dell'illecito civile ha ricevuto critiche da una parte della dottrina, che ha sostenuto l'impossibilità di inquadrare la previsione in esame all'interno delle tradizionali categorie civilistiche, a causa delle peculiarità del conflitto di interessi in gioco, e l'inutilità di tale operazione, ove la reale esigenza sarebbe quella di riflettere sulla *ratio* della decisione[157]. Conclusa la ricognizione sintetica delle principali teorie elaborate dalla dottrina in ordine alla natura giuridica del vincolo di cui all'articolo 7, si cercherà adesso di svolgere una riflessione che, combinando alcuni spunti forniti dalle ultime due ricostruzioni illustrate – maggiormente consapevoli del conflitto di interesse in esame – cerchi di restituire una norma che sia coerente con il settore dell'ordinamento cui appartiene, e cioè il diritto della concorrenza dell'Unione europea, e con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

5.3. L'eventuale contrasto con l'articolo 101 della Costituzione

Lo studio condotto in questo lavoro di tesi suggerisce l'opportunità di combinare insieme le due ipotesi ricostruttive da ultimo sintetizzate, laddove l'una interpreta l'articolo 7 come norma che attribuisce alla decisione definitiva il ruolo di fatto costitutivo concorrente dell'elemento dell'illecito, mentre l'altra la considera un *unicuum* nell'ordinamento giuridico italiano, proponendo una riflessione che si concentri sulla *ratio* della previsione. Due sono gli obiettivi dell'operazione di sintesi che si è scelto di svolgere: innanzitutto, è necessario adattare la tesi del provvedimento amministrativo (o della sentenza amministrativa di rigetto) come elemento dell'illecito civile alle caratteristiche del sistema binario europeo di tutela della concorrenza; inoltre, si vuole mostrare in che termini la previsione in esame costituisca applicazione di alcuni corollari del principio del giusto processo, ben potendo rintracciare, nell'ordinamento giuridico nazionale, un complesso sistema di garanzie

[157] NEGRI M., L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile, Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, 2, p. 476 ss.

che elimini l'eventuale contrasto tra l'effetto vincolante delle decisioni definitive e il principio di garanzia del contraddittorio.

Preliminarmente, però, preme rilevare alcune differenze fondamentali tra l'ipotesi di *private antitrust litigation* e il caso classico di interessi legittimi, derivanti da un provvedimento amministrativo, e risarcimento del danno. In proposito, bisogna chiarire ulteriormente – lo si è ripetuto più volte nel corso del capitolo precedente[158] – che, nel caso di azioni civile risarcitoria, occorre svolgere una valutazione in ordine al criterio soggettivo di imputazione del danno privato autonoma rispetto all'esame relativo all'elemento soggettivo della condotta anticoncorrenziale. Inoltre, l'articolo 7 introduce, come previsto dall'articolo 9 della direttiva, un effetto vincolante *secundum eventum*, in quanto il vincolo si applica solo in caso di accertamento positivo.

Tenendo conto di questi punti, la norma che vincola il giudice all'accertamento della decisione definitiva dell'autorità amministrativa nazionale persegue l'obiettivo fondamentale dell'efficacia e della coerenza dell'applicazione delle norme europee e nazionali poste a tutela del mercato concorrenziale e risulta, pertanto, del tutto in linea con gli scopi del sistema in cui è inserito. Del resto, anche se le procedure di *public* e quelle di *private enforcement* sono molto differenti, tuttavia condividono un tratto in comune, e cioè il passaggio dell'accertamento della violazione della normativa *antitrust*, che risulta necessario, per un livello di tutela, al fine di verificare la lesione dell'interesse pubblico e, per l'altro, affinché sorga l'obbligazione risarcitoria.

Per risolvere la questione relativa agli eventuali attriti con il principio del giusto processo, codificato all'articolo 101 Costituzione e 6 CEDU, giova avanzare una riflessione sulle caratteristiche delle decisioni definitive dell'Autorità amministrativa, distinguendo tra profili oggettivi e profili soggettivi di efficacia[159].

---

[158] Vedi supra, capitolo 2, paragrafi 5 e ss.

[159] Allo stesso modo, anche la dottrina pubblicistica affronta il tema della compatibilità dell'efficacia vincolante delle decisioni finali utilizzando come presupposto argomentativo di partenza le caratteristiche dell'atto amministrativo enucleate dall'evoluzione della dottrina: cfr.

Quanto al profilo oggettivo, la dottrina attuale riconosce al provvedimento amministrativo la natura di atto idoneo ad innovare unilateralmente la realtà giuridica[160]. Infatti, l'autorità amministrativa anticoncorrenziale, nell'emanare la sua decisione, utilizza la discrezionalità tecnica che le è riconosciuta al fine di operare una transazione tra norme e fatti. Da un punto di vista oggettivo, è un'attività paragiurisdizionale, nel senso che è scandita dalle stesse fasi attraverso le quali si esercita l'attività giurisdizionale: interpretazione delle norme, ricostruzione dei fatti, sussunzione della fattispecie concreta all'interno della fattispecie astratta nella fase istruttoria, decisione motivata[161].

Le incertezze riguardano per lo più il profilo soggettivo, per due profili opposti: al procedimento amministrativo non partecipa la parte che avanza la pretesa risarcitoria nel processo civile e, d'altro lato, il procedimento amministrativo non ha le stesse garanzie di tutela del contraddittorio del processo civile.

Rispetto al primo dei due punti, è ormai antiquata l'idea della vincolatività del provvedimento solo nei confronti di PA e soggetto che partecipa al provvedimento. Se il provvedimento amministrativo costituisce epilogo del potere pubblico, ciò vale *a fortiori* per la decisione dell'autorità antitrust, che, essendo volta al presidio del mercato, inevitabilmente deve tener conto della posizione di tutti coloro che vantino un interesse alla vicenda[162]. Il provvedimento amministrativo detta regole concrete produttive di effetti e nei confronti di tutti i soggetti giuridici interessati: anche in un sistema organizzato nei termini di doppio binario, allorquando il provvedimento intervenga, concretizza l'ordinamento e, in quanto

GILIBERTI B., Public e private enforcement nell'articolo 9, co. 1, della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento dei danni nei rapporti privatistici, in Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario, 2016, p. 77 ss.

[160] CLARICH M., Giudicato e potere amministrativo, Cedam, Padova, 1989.

[161] Ancora, si rinvia a TONOLETTI B., L'accertamento amministrativo, Cedam, Padova,2001, 80 ss per un approfondito confronto tra sentenza e provvedimento amministrativo.

[162] Lo conferma l'articolo 14 della legge 287/90, che impone all'Autorità la notifica dell'apertura delle procedure di infrazione sia alle imprese che agli enti interessati.

manifestazione del potere pubblico, diventa la regola applicabile in quei luoghi.

Le decisioni definitive della Commissione e dell'autorità amministrativa nazionale hanno, quindi, natura pubblica e, essendo volte all'accertamento dell'infrazione del diritto della concorrenza, la norma di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 3/2017, sancendone la vincolatività degli effetti e impedendo, quindi, una duplicazione dell'accertamento anche in sede civile, risulta espressione del principio di ragionevole durata del processo, che è uno dei principi di cui si compone il giusto processo. Tra l'altro, sottolineando la natura di atto pubblico del provvedimento dell'autorità amministrativa indipendente e considerando che questo, in sede civile, è solo uno dei fattori concorrenti necessari a costituire un elemento dell'illecito, si superano anche le perplessità derivanti da un eventuale contrasto tra questa norma e il principio in base al quale il giudice italiano debba essere soggetto soltanto alla legge.

Il secondo aspetto problematico non può risolversi facendo riferimento alla natura dell'atto amministrativo, ma deve avere al centro il tema del diritto di difesa del soggetto, sotto il profilo dell'interesse all'accesso della tutela giurisdizionale e della sua attualità[163].

L'ordinamento giuridico italiano conosce un sistema di garanzie tali da limare l'eventuale contrasto tra l'effetto vincolante delle decisioni definitive dell'autorità amministrativa indipendente. Innanzitutto, la decisione può essere impugnata, ove bisogna permettere un controllo pieno da parte del giudice amministrativo. Il problema è che, spesso, questo controllo, soprattutto rispetto al profilo del mercato rilevante,

[163] Si tratta, del resto, di questioni già dibattute in tema di pregiudizialità amministrativa. In proposito, si ricorda come, negli ordinamenti europei, sia diffuso il riconoscimento delle eccezioni di illegittimità, ossia rimedi, concessi agli amministrati, per contestare in ogni tempo, nell'ambito di un giudizio principale avente ad oggetto la protezione dei loro diritti, atti amministrativi che li riguardino e che non avrebbero potuto contestare tempestivamente. Cfr. DE PRETIS D. – CORTESE F., Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato, in FALCON G. (a cura di), Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato, CEDAM, Padova, 2010, p. 340 ss.

risulta di pura attendibilità. Ciò deriva, evidentemente, da un *modus operandi* tipico del settore dell'ordinamento in esame, in cui l'autorità amministrativa indipendente è chiamata ad applicare teorie economiche e modelli econometrici, che, come si è già detto[164], non pongono questioni in termini di verità o falsità, ma di capacità predittiva del modello. A ciò si aggiunge che, nel caso di azione pubblica, il modello econometrico risulta scelto dall'autorità amministrativa nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica. Il tema, già al centro della sentenza CEDU *Menarini*[165], ha spinto il legislatore italiano di recepimento, nella seconda parte dell'articolo 7, comma 1, a chiarire che il sindacato del giudice amministrativo di ricorso

> *comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.*

Naturalmente, la previsione di un controllo da parte del giudice amministrativo non elimina la questione alla radice, essendo ben possibile che la decisione diventi definitiva non perché confermata da una sentenza amministrativa di rigetto ma perché non impugnata. Anche in questo caso, si possono rintracciare alcune norme a tutela del principio costituzionale del giusto processo. Infatti, qualora la decisione provenga dalla Commissione europea o in caso di decisione dell'autorità nazionale che applichi il diritto europeo, è possibile, nel caso di dubbio sulla legittimità dell'atto e sul contrasto del provvedimento con il principio, europeo e italiano, del giusto processo, utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex articolo 267 TFUE[166], cui rinvia anche il terzo comma dell'articolo 7.

---

[164] Vedi supra, paragrafi 4 e ss.

[165] CEDU, 27 settembre 2011, Ricorso n. 43509/08, caso *Menarini c. Italia*.

[166] Lo conferma il caso *Masterfoods*, che sottolinea che la decisione della Commissione deve essere legittima, per cui si veda Corte di Giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/2000, caso Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd, Raccolta 2000 I-11369, pubblicato in Foro it. 2001, IV, 209, con nota di MIRANDA M. – RITTER L.

Infine, qualora la decisione dell'autorità amministrativa nazionale applichi il diritto della concorrenza italiano, essendo il caso privo di un rilievo europeo, la Relazione illustrativa del decreto italiano di recepimento sottolinea la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in base alla quale il giudice civile potrebbe discostarsi, in circostanze eccezionali, da una decisione definitiva perché non impugnata che ritenga irrimediabilmente viziata. La Relazione illustrativa prospetta, sia pure timidamente, una interessante ipotesi di applicazione decentrata della teoria dei controlimiti, ove si legge che, in virtù dell'articolo 101, comma 2, Costituzione,

> *non si può desumere che il giudice del risarcimento sia in ogni caso soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva a séguito della scadenza del termine per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, anche qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità*[167].

La previsione dell'articolo 7 del decreto legislativo di recepimento si inserisce, quindi, in un sistema di garanzie che assicurano il rispetto del diritto di difesa e del principio di assoggettamento del giusto processo e costituisce, anzi, espressione dei principi di ragionevole durata del processo e di non contraddizione nelle manifestazioni del potere pubblico. Tuttavia, l'espresso riferimento operato dall'articolo 7, comma 1, all'azione del risarcimento del danno – da combinarsi con la previsione per cui le norme del decreto di recepimento si applicano anche alle azioni collettive risarcitorie ex articolo 140 bis cod. civ – e la necessità di considerare la decisione definitiva come fatto costitutivo dell'illecito civile nelle azioni *follow on*, in modo da restituire un quadro coerente con i principi dell'ordinamento costituzionale, escludono che si possa estendere analogicamente la norma in esame alle azioni di nullità, alle domande di tutela inibitoria e alle domande di regresso tra i corresponsabili della violazione. Giova anche sottolineare che la norma riferisce questo effetto

[167] Così la Relazione illustrativa del Decreto legislativo n. 3/2017, p. 10.

vincolante alle sole decisioni definitive, nel cui novero non vanno incluse le decisioni con impegni, secondo quanto già ricostruito dalla giurisprudenza italiana[168].

Diverso è il discorso che deve farsi in ordine ai giudizi arbitrali[169], che saranno oggetto di un'analisi più approfondita[170]. In questa sede, si possono anticipare alcune considerazioni, in base alle quali sarebbe schizofrenico un ordinamento che imponga soltanto al giudice civile, e non al collegio arbitrale, il vincolo derivante da un provvedimento amministrativo definitivo, di cui, tra l'altro, si è sottolineata la natura di epilogo del potere pubblico. Potrebbe, viceversa, sostenersi che l'arbitrato, in quanto istituto giuridico che per eccellenza rappresenta il principio di autonomia privata, mal tollererebbe un vincolo del genere. Tuttavia, bisogna ricordare, ancora una volta, i due obiettivi che trasversalmente caratterizzano tutti i meccanismi di *private enforcement* del diritto della concorrenza: compensazione e deterrenza, nei termini già ampiamente illustrati[171]. In questo micro-sistema, parte del più grande settore dell'ordinamento rappresentato dal diritto della concorrenza (europeo e nazionale), l'arbitrato è un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ove il conflitto di interesse in gioco è identico all'azione civile risarcitoria[172]: l'applicazione dell'efficacia vincolante delle decisioni definitive anche nell'ipotesi di arbitrato costituisce una interpretazione estensiva di legge eccezionale e non una ipotesi di analogia.

---

[168] Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 28 luglio 2015, BT Italia S.p.a. c. Vodafone Omnitel N.V.

[169] Il tema è posto, ma non approfondito, da NEGRI M., L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile, Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, 2, p. 476 ss. e da VALERINI F., Gli effetti delle decisioni dell'AGCM sul processo civile, in SASSANI B. (a cura di), Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, Pisa, 2017, p. 121 ss., p. 126). Si rinvia anche a RASIA C., Tutela giudiziale europea e arbitrato, Bologna, 2010, p. 150.

[170] Per cui vedi *infra*, capitolo 4, paragrafi 2, 3, 4.

[171] Vedi supra, capitolo 2, paragrafo 1, e capitolo 3, paragrafo 1.

[172] NAZZINI R. Arbitrability of competition claims in tort and the principle of effectiveness of EU law, in European Business L.R., 2017, p. 796 ss.

Capitolo 4. Altri strumenti di private antitrust enforcement

Sommario

1. Gli altri strumenti di private antitrust enforcement; **2.** Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: questioni preliminari; **2.1.** Arbitrato rituale e controversie in materia di diritto della concorrenza; **2.2.** Tutela collettiva e metodi alternativi di composizione delle controversie; **2.3.** Il ricorso a metodi di *consensual settlements* e gli obiettivi di compensazione e deterrenza; **3.** Effetto sospensivo e altri effetti dei procedimenti di composizione consensuale delle controversie**; 3.1.** Sospensione del termine di prescrizione e decadenza; **3.2.** La sospensione del procedimento eventualmente già in corso; **3.3.** Composizione consensuale e sanzione amministrativa; **4.** Effetto delle transazioni consensuali sulle successive azioni; **4.1.** Transazioni parziarie e regime della solidarietà; **4.2.** Transazioni parziarie e azioni civili risarcitoria promosse da più danneggiati nei confronti di più danneggianti; **4.3.** La controversa applicazione dell'articolo 16 all'arbitrato rituale; **5.** Contratto e antitrust; **5.1.** I contratti d'impresa: costruzione di una categoria e sua funzione; **5.2.** Invalidità dei contratti che realizzano la condotta anticoncorrenziale.

---

1. Gli altri strumenti di private antitrust enforcement

Nei capitoli precedenti, si è analizzata la disciplina sostanziale e processuale dell'azione civile per il risarcimento del danno anticoncorrenziale, in quanto principale istituto che compone il sistema civilistico di tutela della concorrenza dell'Unione europea.

Come si è detto[1], il presente lavoro si propone di analizzare i mutamenti che l'emersione del principio di concorrenza come clausola generale provoca sugli istituti principali del diritto privato, europeo e nazionale. Duplice è lo scopo della ricerca: sul fronte del diritto della concorrenza, si intende valutare l'effettiva efficacia, rispetto al perseguimento degli scopi proclamati, dell'utilizzo del diritto privato; rispetto agli istituti civilistici, si vuole soppesarne la reale duttilità e la coerenza interna, in un quadro europeo di tradizioni privatistiche diverse. A questi fini, concluso lo studio dell'illecito civile anticoncorrenziale, appare utile descrivere e vagliare criticamente gli altri istituti di diritto privato che l'ordinamento europeo strumentalmente utilizza al fine di realizzare e tutelare l'assetto anticoncorrenziale del mercato.

Esigenze di *brevitas* e di coerenza del lavoro giustificano la scelta di analizzare solo categorie civilistiche e istituti di diritto privato direttamente connessi con la materia del risarcimento del danno anticoncorrenziale[2].

Per questa ragione, può facilmente procedersi alla identificazione del nucleo tematico fondamentale delle pagine che seguono, in cui si analizzeranno, innanzitutto, i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, quali disciplinati dagli articoli 18 e 19 della Direttiva 2014/104/UE e dagli articoli 15 e 16 del Decreto legislativo 3/2017 (vedi *infra*, paragrafi 2, 3, 4).

Si è scelto, poi, di decrivere il rapporto tra diritto del contratto e diritto antitrust, e, in particolare, le intersezioni tra i settori in materia di contratti di impresa (vedi *infra*, paragrafo 5.1.) e di vizi di validità dei contratti a valle dell'intesa o dei contratti mediante i quali si realizza l'abuso (vedi *infra*, paragrafo 5.2.): si tratta, in entrambi i casi, di temi storicamente molto importanti, ma rispetto ai quali il dibattito può dirsi, in definitiva, concluso.

[1] Vedi supra, Introduzione, paragrafo 2.

[2] Si eviterà, quindi, di studiare la tutela cautelare, in quanto strumento non connesso direttamente con l'illecito civile.

2. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie

Il Considerando 48 della Direttiva 2014/104/UE sostiene la necessità di promuovere il ricorso ai metodi di composizione alternativa delle controversie, al fine di ridurre le incertezze per gli autori della violazione e i soggetti danneggiati. Per raggiungere questo scopo, la direttiva detta norme volte a regolare la sospensione del procedimento eventualmente già pendente, a disciplinare l'effetto del ricorso a metodi alternativi di composizione delle controversie sui termini di prescrizione e a derogare al regime della responsabilità in solido, quale delineata all'articolo 11 della stessa direttiva. Tutte le disposizioni sulla composizione consensuale delle controversie sono dettate al fine declamato di facilitare il ricorso a tali meccanismi e ad aumentarne l'efficacia: si tratta di una indicazione importante per diverse ragioni. Infatti, da un lato, occorre interrogarsi su quali siano gli obiettivi efficacemente perseguiti dalla scelta legislativa che promuove i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie. Più precisamente, si deve comprendere se questi strumenti siano funzionali a raggiungere gli obiettivi di compensazione o deterrenza cui è orientata l'intera disciplina oppure se perseguano risultati in parte differenti. D'altro lato, indipendentemente dalla coerenza di tali meccanismi con gli obiettivi dell'intero micro-sistema del danno antitrust, poiché il legislatore europeo afferma la necessità di facilitare il ricorso alla composizione consensuale delle controversie, tutti i problemi applicativi che sorgono dal recepimento della direttiva devono essere risolti in modo da sostenere la diffusione delle transazioni consensuali.

È necessario sviluppare una breve riflessione sui termini utilizzati dal legislatore europeo e da quello nazionale. In base alla definizione di cui all'articolo 2 della direttiva, per composizione consensuale delle controversie deve intendersi *qualsiasi meccanismo che consenta una risoluzione stragiudiziale di una controversia riguardante una richiesta di risarcimento dei danni*[3],

[3] Articolo 2, n. 21), Direttiva 2014/104/EU.

mentre la transazione consensuale è un *accordo raggiunto tramite una composizione consensuale delle controversie*[4]. Ulteriori indicazioni provengono, poi, dal già richiamato Considerando 48, che presenta un elenco esemplificativo dei meccanismi di composizione consensuale, indicando *le transazioni stragiudiziali (comprese quelle in cui un giudice può dichiarare vincolante una transazione), l'arbitrato, la mediazione o la conciliazione*.
La tecnica legislativa del decreto italiano di riferimento è ben diversa, in quanto puntuale è il riferimento

> *ai procedimenti di risoluzione stragiudiziale di una controversia, riguardanti una richiesta di risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto della concorrenza, di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, e al titolo II-bis della parte V del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, nonché i procedimenti di arbitrato di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile*[5].

Anche la definizione di accordo che compone la controversia prevede un riferimento preciso alla disciplina della negoziazione, della mediazione, delle ADR introdotte con il codice del consumo e dell'arbitrato, ove il legislatore italiano utilizza l'espressione di composizione consensuale delle controversie per indicare l'insieme delle forme alternative di soluzione delle controversie, siano esse autonome o eteronome.
Tuttavia, la differenza terminologica più rilevante emerge dal confronto tra gli articoli 18 e 19 della direttiva e gli articoli 15 e 16 del decreto legislativo. Infatti, come ha notato la dottrina specialistica ben prima del recepimento[6], l'articolo 18 fa riferimento alle composizioni consensuali, mentre l'art. 19 si riferisce alla transazione, poiché il primo regola il procedimento in corso, mentre l'articolo successivo disciplina l'effetto della composizione consensuale. Non si tratta di una differenza di poco conto, ma ha una ricaduta profonda sull'ambito di applicazione delle due

[4] Articolo 2, n. 22), Direttiva 2014/104/EU
[5] Articolo 1, lett. s), Decreto Legislativo 3/2017.
[6] BASTIANON S., La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai Consensual settlements, Concorrenza e mercato, 2014, p. 331 ss.

norme, la prima delle quali mal si adatta ai meccanismi di composizione consensuale non procedimentalizzati. Nella disciplina italiana di riferimento, si utilizza in entrambi i casi l'espressione *effetti della composizione consensuale*. Vero è che l'articolo 15 rinvia puntualmente alle norme che regolano negoziazione, mediazione, ADR e arbitrato, mentre l'articolo 16 non opera alcun richiamo, per cui si potrebbe ritenere che le due norme abbiano ambiti di applicazione differenti. A questa ricostruzione può, però, obiettarsi che le definizioni di cui all'articolo 2 costituiscono indici della volontà del legislatore di non ricomprendere, nell'ambito di applicazione della intera disciplina, gli istituti che non presentino un iter formalizzato e tassativo[7], quali il negozio di accertamento e il negozio transattivo[8].

Giova da subito sottolineare come il decreto legislativo richiami – oltre alla disciplina in materia di negoziazione, di mediazione, di ADR – anche le norme in tema di arbitrato, goffamente riferendosi tanto all'arbitrato rituale quanto a quello irrituale. La compromettibilità delle controversie che vertono sull'applicazione del diritto della concorrenza, europeo e nazionale, è un tema classico della dottrina e della giurisprudenza specialistica, la cui evoluzione è interessante ripercorrere[9]. Infatti, nonostante la disciplina in esame riconosca *a posteriori* l'ammissibilità dell'arbitrato rituale in materia di risarcimento del danno anticoncorrenziale, dubbi permangono sulla opportunità della scelta legislativa. Innanzitutto, su un piano squisitamente tecnico, è errato accomunare l'arbitrato rituale, in cui la definizione della disputa promana da un terzo, il cui *decisum* ha natura giuridizionale[10], con gli altri meccanismi

[7] Il problema è affrontato anche da ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

[8] Il riferimento è, naturalmente, alla transazione tramite accordo contrattuale che avvenga in forme diverse da quelle definite all'articolo 808 ter c.p.c.

[9] Vedi *infra*, paragrafo 2.1.

[10] Anche prima della introduzione dell'articolo 824 bis c.p.c., la giurisprudenza attribuiva all'attività arbitrale natura giurisdizionale ed equiparava gli effetti del lodo a quella della sentenza, come sottolineato in Cass., 26 maggio 2014, n. 11634, in Foro it., 2014, I, c. 2845.

di composizione consensuale delle controversie. Dalla strutturale lontananza dell'arbitrato rituale con gli altri procedimenti che portano ad una transazione della lite, discendono problemi applicativi profondi, come si illustrerà nel corso della trattazione.

Nel rilevare i problemi di coordinamento delle norme in esame con la disciplina dei singoli istituti, quale prevista dall'ordinamento italiano, giova ricordare che, anche in materia antitrust, si applica l'obbligo di negoziazione assistita per le liti riguardanti il pagamento di somme di denaro non eccedenti i 50.000 euro.

Infine, non si legge alcun riferimento alla possibilità di composizione stragiudiziale delle pretese risarcitorie dedotte con azioni di classe, la cui disciplina deve essere ricostruita dall'interprete[11].

2.1. Arbitrato rituale e controversie in materia di diritto della concorrenza

La direttiva 2014/104/UE e il decreto legislativo 3/2017, menzionando esplicitamente l'arbitrato rituale, offrono un riconoscimento legislativo *a posteriori* della compromettibilità delle controversie in materia antitrust. Sul tema, mai affrontato a livello legislativo, esiste una bibliografia sterminata[12], che ha tratto alimento dall'abbondante giurisprudenza, europea, italiana, internazionale, che sarà sinteticamente ripercorsa.

Spunti utili provengono dal confronto con la principale esperienza antitrust extraeuropea, poiché negli USA, fin dal 1985, è ammesso il

[11] Vedi *infra*, paragrafo 2.2.

[12] Tra i contributi recenti, si veda BASTIANON S., L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario, in Foro it., 1999, IV, c. 471 ss; KOMNINOS A., Arbitration and modernization of European competition law enforcement, in World Competition, 2003, p. 215 ss; SALVANESCHI L., Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust, in Corr. giur., 2003, p. 1628 ss.; RADICATI DI BRONZOLO L. G., Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte, in Riv. Arb., 2004, p. 9 ss; CANALE G., Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 2005, p. 1223 ss; LANDOLT P., Modernised EC competition law in international arbitration, The Hague, 2006; KOMNINOS A., Arbitration and EU competition law, disponibile online https://papers.ssrn.com; NAZZINI R., Are claims for tortious damages for breach of the antitrust rules arbitrable in the european union? Some reflections on the CDC case in the Court of Justice, Rivista italiana di Antitrust, 2016, 1, p. 60 ss.

ricorso a procedimenti arbitrali nel caso di controversie relative al diritto della concorrenza, sulla base dell'approccio pragmatico in base al quale

> *if arbitral tribunals are to take a central place in the international legal order, national courts will need to shake off the old judicial hostility to arbitration*[13].

La Corte Suprema supera l'orientamento tradizionale che esclude la possibilità di ricorrere all'arbitrato nel caso di controversie anticoncorrenziali, pur sottolineando l'esigenza di salvaguardare l'effettività della disciplina, in quanto volta al perseguimento della politica antitrust. Sebbene si escluda che il ricorso all'arbitrato possa di per sé solo minacciare l'effettiva applicazione del diritto antitrust, rimane la possibilità per le Corti nazionali di controllare ("*take a second look*") l'operato degli arbitri, al fine di assicurare che non ci sia contrasto alla politica pubblica.
Il riferimento alla giurisprudenza statunitense consente di individuare in maniera nitida i reali termini della questione. Si discute dell'ammissibilità dell'arbitrato rituale in caso di controversie vertenti sul diritto della concorrenza perché si tratta di un settore dell'ordinamento che riconosce diritti ai singoli al fine di perseguire una determinata politica economica: la tutela dei singoli è uno strumento mediato di regolazione del mercato, per cui è dubbia l'opportunità che le controversie vengano definite attraverso il ricorso a un meccanismo che, pur avendo natura giurisdizionale, non offre le stesse garanzie del giudice civile ordinario.
In ogni caso, una progressiva apertura si nota anche nei Paesi dell'Europa[14], mentre nell'Unione europea si registrano una serie di pronunce significative, in cui si dà indiretto riconoscimento all'arbitrato rituale nell'ambito delle materie anticoncorrenziali. Tra queste, giova

[13] USA: Mitsubishi v Soler 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985), 638.
[14] Cfr. CANALE G., Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario, Riv. trim. dir. proc. Civ., 2005, p. 1223 ss per l'analisi della progressiva apertura degli ordinamenti verso l'ammissibilità. Tra i casi più rilevanti, si segnalano ET Plus SA v Welter [2005] APP.L.R. 11/07 nel Regno Unito e Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace, Paris Court of Appeal, 19 May 1993, in Francia.

ricordare il caso *Nordest v. Reederei Mond*[15], in cui la Corte di Giustizia risponde alla questione se un tribunale arbitrale, chiamato ad affrontare una controversia in tema di diritto della concorrenza, possa rivolgersi al giudice europeo ex articolo 267 TFEU. La Corte esclude che un tribunale arbitrale sia una Corte ai sensi di questo articolo, ma non mette in discussione la possibilità di risolvere controversie riguardanti l'applicazione del diritto della concorrenza attraverso un lodo arbitrale. Anche nel caso *Eco Swiss*[16] si ha un ulteriore riconoscimento indiretto, ove si stabilisce che un giudice nazionale deve accogliere l'impugnazione di un lodo arbitrale per nullità fondata su violazione di norme nazionali di ordine pubblico, se ritiene che il lodo sia in contrasto con l'articolo 101 TFUE. Torna, quindi, il riferimento alla esigenza di salvaguardare gli obiettivi della disciplina a tutela del mercato concorrenziale.

Prima di analizzare come la giurisprudenza italiana abbia affrontato il tema della compromettibilità di una controversia antitrust, occorre sottolineare come, nel caso di controversia sorta in assenza di un precedente contratto, qual è sicuramente l'illecito civile anticoncorrenziale, sia difficile che le parti abbiano scelto di rimettersi alla decisione di arbitri. Tuttavia, non può escludersi che, sorta la responsabilità extracontrattuale, le parti decidano di rimettere la determinazione del *quantum* del risarcimento al tribunale arbitrale, al pari di quanto previsto, nell'ordinamento giuridico italiano, dall'articolo 808 *bis* c.p.c. Questa ipotesi pone la questione centrale che attiene alla formulazione della clausola compromissoria, che è stata risolta in maniera differente nei diversi ordinamenti. Nel Regno Unito, è stata elaborata la teoria della presunzione "*pro-arbitration*", secondo la quale bisogna interpretare estensivamente la convenzione compromissoria, in modo da includere anche le controversie per illeciti extracontrattuali, in

[15] Corte di Giust., 23 marzo 1982, causa C-102/81, caso *Nordest v. Reederei Mond*, Raccolta della giurisprudenza 1982 01095.

[16] Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-03055, in Corr. giur., 2000, p. 32 ss., con nota di ONNIBONI; Eur. e dir. priv., 2000, p. 663 ss., con nota di RIZZO A.; Riv. dir. int., 2000, p. 189 ss.; Dir. ind., 2000, p. 57 ss., con nota di FERRANTE M.

caso di dubbio[17]. Negli USA, invece, alcune sentenze hanno escluso che una clausola compromissoria, contenente un generico riferimento a tutte le controversie riguardanti l'accordo, fossero applicabili nel caso di responsabilità extracontrattuale[18].

In Unione europea, il tema è al centro della pronuncia per il caso CDC[19], in cui la Corte di Giustizia è chiamata a rispondere alla questione se, nel caso di azioni risarcitorie per danni anticoncorrenziali, il principio di effettiva attuazione del divieto di intese consenta di tener conto delle clausole compromissorie (e delle clausole attributive di competenza) contenute in contratti precedentemente stipulati tra le parti, qualora ciò comporti una deroga al giudice competente a livello internazionale ai sensi dell'articolo 5, punto 3, e/o dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 nei confronti di tutti i convenuti e/o per tutte le rivendicazioni proposte o parte di esse. Occorre ricostruire la fattispecie concreta, per comprendere il riferimento congiunto ai preesistenti accordi contrattuali tra le parti e al successivo sorgere di una responsabilità extracontrattuale per illecito anticoncorrenziale. Nel caso sottostante la pronuncia della Corte di Giustizia, alcune imprese commettono una violazione dell'articolo 101 TFUE, sanzionata dalla Commissione, partecipando ad una intesa anticoncorrenziale. Il danno privato, derivante dalla violazione del diritto della concorrenza dell'Unione, è subito da operatori del mercato, i quali erano già legati alle imprese colluse da un precedente rapporto contrattuale: danneggiati e danneggianti avevano stipulato, infatti, un contratto di fornitura, il cui regolamento contrattuale conteneva una clausola che rimetteva ad un lodo arbitrale le controversie eventualmente sorte dalle parti[20].

---

[17] Decisione della House of Lords, Fiona Trust v. Privalov, UKHL 40 on appeal from: [2007] EWCA Civ.

[18] United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC, July 26, 2011.

[19] Corte di Giustizia, 21 maggio 2015, causa C-352/13, caso *CDC*, Racc. dig. Gen.

[20] Nel testo, si legge una esemplificazione, poiché, in realtà, i contratti di fornitura stipulati tra le parti prevedevano non solo clausole compromissorie, ma anche clausole attributive di competenza, derogatorie alle norme europee volte a individuare il foro competente.

La questione preliminare posta alla Corte riguarda, quindi, la possibilità che una clausola compromissoria, inserita in un contratto di fornitura, ricomprenda effettivamente diritti risarcitori, derivanti non già dai contratti di fornitura in questione, bensì dall'illecito costituito da un accordo collusivo esterno a tali contratti. Il giudice europeo ricorda che una clausola compromissoria, per essere valida, deve soddisfare il requisito di un consenso chiaro e non viziato, prestato da entrambe le parti. Nella fattispecie concreta sottesa al caso CDC, la clausola era stata inserita in un contratto di fornitura, attraverso il quale una delle parti aveva poi commesso una condotta in violazione del diritto europeo a tutela della concorrenza. L'intesa illecita, che aveva provocato il danno privato, non era nota alla presunta vittima nel momento in cui essa ha concluso siffatto accordo. Per questa ragione, la clausola inserita nel contratto di fornitura non può essere interpretata estensivamente, in modo da ricomprendere anche il danno extracontrattuale. Ciò, evidentemente, non esclude in radice la possibilità che il soggetto danneggiato accetti successivamente di ricorrere all'istituto dell'arbitrato per la determinazione del danno anticoncorrenziale, in quanto è del tutto possibile ammettere che la vittima aderisca, con piena cognizione di causa, ad una convenzione compromissoria, dopo aver appreso dell'esistenza dell'intesa vietata dall'articolo 101 TFUE.

Chiariti questi aspetti preliminari, occorre rivolgersi al sistema nazionale, dato che il problema dell'ammissibilità della devoluzione ad arbitri delle liti *antitrust* deve essere risolto, nel rispetto del principio di autonomia procedurale, sulla base delle norme nazionali, che sono libere di dettare le regole specifiche sul punto.

L'indiretto riconoscimento della compromettibilità delle liti antitrust da parte del diritto europeo non si traduce in un obbligo per gli Stati, almeno fino alla Direttiva 2014/104/UE. Infatti, la giurisprudenza europea non ha mai ritenuto in contrasto con il diritto europeo una legislazione interna che vieti di sottoporre ad arbitri le questioni di diritto antitrust.

Il problema della rimessione ad un collegio arbitrale delle controversie anticoncorrenziali è stato scomposto in più punti dalla giurisprudenza nazionale[21].

La prima ipotesi riguarda il caso in cui la materia anticoncorrenziale sia pregiudiziale rispetto alla questione rimessa alla decisione arbitrale. Il problema può risolversi prescindendo da una reale valutazione dell'arbitrabilità delle controversie anticoncorrenziali. Infatti, in base alla regola di cui all'articolo 819, comma 1°, gli arbitri possono affrontare e risolvere *incidenter tantum*, ma senza autorità di giudicato, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, ivi comprese quelle in materie non arbitrabili[22].

Prima della riforma operata dal decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006, la tesi della non compromettibilità della materia antitrust si fondava sull'attribuzione esclusiva della competenza in materia antitrust alla Corte di Appello. Si tratta di una ricostruzione da rifiutare radicalmente, perché trascura le reali ragioni che giustificano il riconoscimento della competenza, per le controversie vertenti sull'applicazione della disciplina antitrust, in capo a un giudice specifico, la Corte d'Appello, prima, i cosiddetti Tribunali per le imprese di Milano, Roma e Napoli, dopo. Infatti, com'è stato già ampiamente sottolineato[23], l'individuazione di un giudice superspecializzato risponde ad esigenze differenti: non è indice dell'indisponibilità dei diritti riconosciuti da questo settore

[21] Per un'analisi puntuale del tema, si rinvia a CANALE G., Antitrust e arbitrato, Riv. Dir. proc., 2006, p. 1207 ss.

[22] Del resto, ma sia detto incidentalmente, prima della riforma del d.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, il divieto per gli arbitri di conoscere della questione non compromettibile, neppure *incidenter tantum*, non era espressamente previsto dalla legge, ma era riconducibile alla interpretazione largamente prevalente in dottrina: cfr. DANOVI F., La pregiudizialità nell'arbitrato rituale, CEDAM, Padova, 1999, p. 125 ss; CARPI F., Il procedimento dell'arbitrato riformato, in Riv. arb. 1994, p. 666, che pure auspicava l'opportunità della decisione *incidenter tantum*; LEVONI A., La pregiudizialità nel processo arbitrale, Torino, 1975, p. 119 s. Tuttavia, argomentazioni di segno diverso si leggevano in LUISO F. P., Diritto processuale civile, IV, Giuffrè, Milano, 2017, ultima ed., p. 344 ss.

[23] Vedi supra, Capitolo 2, paragrafo 2.

dell'ordinamento, ma si giustifica in considerazione delle difficoltà e delle peculiarità dell'ipotesi di illecito.

Dopo la riforma del 2006, perché sia esclusa la compromettibilità di una materia, l'attuale formulazione dell'articolo 806 c.p.c. richiede espresso divieto di legge, che non occorre in materia antitrust. Pur mancando un divieto espresso, i dubbi sull'ammissibilità di arbitrato nelle controversie antitrust sono legittimi a patto di considerare indisponibili i diritti riconosciuti dal settore dell'ordinamento in esame.

Secondo l'insegnamento tradizionale[24], avallato dalla giurisprudenza[25], il divieto di arbitrato è corollario del divieto espresso o implicito di rinunzia o di dismissione dei diritti indisponibili. Qualora la tutela giurisdizionale sia monopolio dei titolari dei relativi interessi, i quali abbiano il potere di rinunciare alla tutela conseguibile mediante la domanda giudiziale, la materia può essere oggetto di procedimento arbitrale.

Sulla base di questo insegnamento, che scinde la nozione di norma imperativa con quella di diritti indisponibili e tende a fare coincidere il divieto di arbitrato con la sussistenza di diritti indisponibili, la giurisprudenza italiana ha ammesso l'arbitrato rituale in controversie in materia di diritto della concorrenza: le norme sostanziali che compongono il diritto della concorrenza sono imperative, ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili, in quanto irrinunziabili, intrasmissibili ed imprescrittibili[26].

Nonostante le previsioni della direttiva siano state recepite in un ordinamento che già riteneva pacificamente arbitrabili le questioni in materia di concorrenza, numerosi sono i problemi applicativi che discendono dalla necessità di armonizzare le norme di cui agli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 3/2017 con la disciplina di cui al Titolo VIII, Libro IV, del codice di rito italiano.

---

[24] VERDE G. (a cura di), Diritto dell'arbitrato rituale, Giappichelli, Torino, 2000, p. 60

[25] Corte di Appello di Milano, 13 settembre 2002, n. 2090, cit., p. 106 ss.

[26] Corte di appello di Milano, 13 settembre 2002, n. 2090, in Riv. arbitrato, 2004, p. 105 ss. Corte di appello di Milano, 15 luglio 2006, n. 1897, in Riv. arbitrato, 2006, p. 744 ss.

2.2. Tutela collettiva e metodi alternativi di composizione delle controversie

Come si è detto, il legislatore europeo ha deciso di escludere, dall'ambito di applicazione della direttiva sul danno anticoncorrenziale, la materia della tutela collettiva, che, già al centro del dibattito sul diritto privato europeo e sul sistema europeo dei rimedi civili, acquista peculiare rilevanza nel caso di illecito in esame, a causa delle caratteristiche strutturali dei danni provocati dagli abusi anticoncorrenziali, e in particolare da quelli di sfruttamento, che solitamente sono delle perdite di piccola entità ma subite da una platea molto vasta di soggetti[27].

La disciplina italiana di recepimento si applica, per espressa previsione normativa[28], alle azioni collettive di cui all'articolo 140 *bis* del codice del consumo. Se la scelta appare del tutto opportuna, si può, però, rimproverare al legislatore italiano di non averla perseguita in maniera coerente nelle altre norme del decreto legislativo, in cui non si legge alcun tentativo di armonizzare le norme *ad hoc* dettate in tema di azione civile anticoncorrenziale con le previsioni eventualmente in contrasto in tema di tutela collettiva. Non fanno eccezione, naturalmente, neanche i due articoli in esame, dedicati ai meccanismi di composizione consensuale delle controversie, cui, in applicazione della norma che ricostruisce in generale l'ambito di applicazione della disciplina, si può fare ricorso anche in caso di contenzioso di classe.

Spetta, quindi, all'interprete il compito di ricostruire la disciplina[29]. Un principio cardine è ravvisato nel comma 15 dell'articolo 140 bis c. cons, che subordina la vincolatività di qualsiasi accordo di risoluzione non giurisdizionale alla necessaria dichiarazione espressa da parte degli aderenti all'azione di classe. L'ordinamento italiano attribuisce a tutti i meccanismi di composizione consensuale delle controversie una struttura

[27] Si rinvia al Capitolo 2, paragrafo 2.2., per la puntuale analisi di questo aspetto.

[28] Articolo 1, comma 1, Decreto legislativo 3/2017.

[29] Il tema è posto da ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

spiccatamente privatistica, che probabilmente non è pienamente funzionale alla effettività del diritto della concorrenza europea. Naturalmente, la norma si applica, come si è incidentalmente sottolineato, nel caso di composizione non giurisdizionale, essendo sensibilmente diverso il discorso da svolgere in caso di arbitrato rituale.

Giova, adesso, procedere in maniera ordinata, per comprendere la possibilità, nell'ambito di un'azione di classe anticoncorrenziale, di esperire uno dei meccanismi di composizione consensuale delle controversie individuati dagli articoli 2 e 15 del decreto legislativo 3/2017. Non si pongono problemi particolari rispetto alla possibilità di mediazione, procedimento disciplinato dal decreto legislativo 28/10, il cui articolo 15, imponendo di attendere la scadenza del termine, previsto per il deposito delle mediazioni, prima di procedere alla composizione della causa, è del tutto in linea con le condizioni di vincolatività delle transazioni ex comma 15, articolo 140 bis cod. cons. Si deve, poi, sottolineare che le cause risarcitorie di classe sono escluse dal novero delle controversie per le quali il previo esperimento di un tentativo è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In materia di negoziazione, alcuni dubbi possono sorgere dal dettato di cui all'articolo 3, comma 1, d.l. n. 132/14. La norma, infatti, stabilisce che l'obbligo generale, che impone un tentativo di negoziazione assistita in caso di controversie per somme uguale o inferiore a 50.000, non si applichi alle controversie che sorgono da contratti *Business to Consumer*. Stante la natura extracontrattuale della responsabilità per danno anticoncorrenziale e dato che la disciplina del decreto legislativo si applica anche in tema di azione di classe, non dovrebbero essere escluse le azioni di classe per il risarcimento del danno provocato dalla violazione del diritto della concorrenza. Per dimostrare di aver assolto l'obbligo, il proponente, rappresentante della classe, deve allegare di aver invitato l'impresa convenuta alla stipulazione della convenzione di negoziazione assistita in relazione alla propria pretesa risarcitoria.

Le procedure ADR di cui al decreto legislativo 130/15 si applicano, per espressa previsione legislativa, solo alle controversie relative alle obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di vendita o di servizi, per cui sono escluse le azioni di classe per il risarcimento del danno anticoncorrenziale.

Più complessa è la discussione relativa alla possibilità di procedere ad arbitrato rituale nelle controversie di classe anticoncorrenziale, ove, in linea generale, acceso è stato il dibattito intorno all'arbitrato di classe, stimolato anche dal confronto con le esperienze d'oltreoceano[30].

In Italia, le difficoltà applicative maggiori discendono dalla necessità di conciliare la disciplina dell'arbitrato con la previsione di cui al comma 5 dell'articolo 140 bis c. cons., che prevede l'obbligo di notificare al P.M. la domanda dell'attore, al fine di consentirgli l'esercizio della facoltà di intervento nella fase di ammissibilità. La struttura stessa della fase di ammissibilità sarebbe incompatibile con la convenzione compromissoria che l'articolo 808 bis c.p.c. richiede perché si proceda all'arbitrato di controversie non contrattuali. In altre parole, la non compromettibilità delle azioni di classe non discenderebbe dalla indisponibilità, ex articolo 806 c.p.c., dei diritti (nel caso di specie, il diritto al risarcimento del danno anticoncorrenziale), ma dalla procedura speciale configurata dall'articolo 140 bis c. cons.

Eventualmente, si dovrebbe ritenere che le parti, deferendo il giudizio agli arbitri, possano rinunciare alla valutazione sull'ammissibilità dell'azione di classe anticoncorrenziale, a patto di chiarire in maniera espressa, nella

[30]La possibilità di ricorrere all'arbitrato di classe è stata oggetto, in USA, di una involuzione, ben documentata da PALMIERI A., Arbitrati individuali coatti e ghettizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense, in Foro it., 2016, V, c. 81 ss. Sul tema, la dottrina italiana si è concentrata molto, per cui si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici adeguati, a CASONI G., Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti, in Riv. arbitrato, 2011, p. 118 ss.; GABOARDI M., Arbitrato e azione di classe, in Riv. dir. proc., 2014, p. 987 ss. Tra le sentenze, cfr, *ex multis*, a *Keating c. superior Court of Alameda County,* 31 Cal. 3d 584, 645 (1982); *Supreme Court Southland Corp. V. Keating*, 104 S. Ct. 852 (1984); *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003); *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp.,* 559 U.S. 662 (2010); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 321 (2011); *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304 (2013).

convenzione compromissoria, la deroga parziale all'iter procedimentale enucleato all'articolo 140 bis c. cons[31].

Vi è poi chi, affrontando il tema specifico delle azioni di classe anticoncorrenziale, propone di valorizzare il dettato letterale dell'articolo 15, comma 2, dlgs 3/2017, che parla di richiesta concorde delle parti alla sospensione della lite[32]. La norma potrebbe essere interpretata nel senso di riconoscere ad attore e convenuto, i quali intravedano l'opportunità di concludere il giudizio con un lodo arbitrale, la possibilità di chiedere al giudice di sospendere il processo di classe per prescindere dallo scrutinio preliminare di ammissibilità e realizzare una *class arbitration*.

In alternativa, la sospensione della lite potrebbe essere usata al fine di avviare un tentativo di mediazione o di negoziazione assistita "collettiva".

2.3. Il ricorso a metodi di *consensual settlements* e gli obiettivi di compensazione e deterrenza

Prima di procedere all'analisi puntuale degli effetti della composizione consensuale delle controversie, quali disciplinati dagli articoli 15 e 16 del decreto legislativo di recepimento, occorre riflettere sulla reale esigenza di incentivare il ricorso a questi meccanismi. Sul punto, il lungo preambolo della direttiva si riferisce più volte all'obiettivo dichiarato di garantire una compensazione del danno provocato dall'illecito anticoncorrenziale. Già qui può registrarsi un parziale scollamento rispetto agli obiettivi della disciplina delle azioni civili antitrust, volte, come si è sottolineato, anche ad assicurare la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione. Si è già detto come il problema sia stato al centro del dibattito sulla

[31] BRIGUGLIO A., Class arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini, in Riv. arbitrato, 2015, p. 219 ss., sottolinea, del resto, che *la funzione filtrante e protettiva della quale, oltretutto, ha maggior senso in un giudizio pubblico piuttosto che in un giudizio privato. Il che vale a dire però ed invariabilmente che la convenzione arbitrale dovrà fari riferimento esplicito al giudizio di classe (anche mediante indicativa relatio al modello ex art. 140 bis o in altro modo). La clausola "silente" non avrà insomma valenza estensiva rispetto ad un giudizio e ad una forma di tutela che, per come puntualmente disciplinati dall'art. 140 bis (fase di ammissibilità inclusa), non sono ricomprendibili nel generico "tutte le controversie.*

[32] ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (*consensual settlements*) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

compromettibilità delle controversie antitrust, ove il giudice europeo ha riconosciuto la possibilità di annullare il lodo per contrasto con l'ordine pubblico, nel caso di mancato rispetto delle norme imperative poste a tutela dell'assetto concorrenziale del mercato.

In effetti, il problema riguarda la coerenza del ricorso ai meccanismi di composizione consensuale delle controversie non solo rispetto alla funzione di deterrenza, riconosciuta al risarcimento del danno anticoncorrenziale, ma anche nei confronti del principio del pieno risarcimento del danno.

Infatti, la transazione è, secondo l'articolo 1965 c.c., il contratto con il quale, facendo reciproche concessioni, le parti pongono fine a una lite già incominciata o in procinto di sorgere. Da qui, generalizzando, può dirsi che la conclusione di una lite attraverso meccanismi di composizione consensuale presuppone sempre un bilanciamento tra le pretese, tale per cui non è garantito il risarcimento pieno del danno sofferto. Questo è un tratto comune in tutti gli Stati membri, ove *consensual dispute resolution is a complex exercise of give and take*, come sottolineato dalla dottrina comparatistica[33]. Il ricorso a metodi di *consensual settlements* deve essere incentivato non in quanto strumenti garanti della piena compensazione del danno, ma poiché funzionale ad evitare i costi e l'alea implicita di un'azione giudiziale.

Anche per questo, rende perplessi la scelta di accomunare ai meccanismi di composizione stragiudiziale delle controversie anche l'arbitrato rituale, che non è una transazione, spesso ha costi pari o superiori al giudizio ordinario e non è in grado di eliminare l'alea insita in ogni giudizio. Certo, la necessità che venga stipulata una convenzione *ad hoc* per deferire al giudizio arbitrale la controversia permette di supporre che le parti riconoscano già la sussistenza del diritto al risarcimento del danno e rimettano al lodo arbitrale il compito di definire il *quantum* del

[33] KORTMANN J. – WESSELING R., Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions, CPI Antitrust Chronicle, August 2013, 1, p. 1 ss.

risarcimento: il ricorso all'arbitrato rituale consente alle parti di superare le difficoltà probatorie in punto di causa materiale ed elemento soggettivo. Se così non fosse, l'istituto dell'arbitrato rituale costituirebbe un'arma dalla lama spuntata nell'arsenale del *private antitrust enforcement*. Infatti, a fronte della natura giurisdizionale del lodo, l'articolo 816 *ter* riconosce all'arbitro solo poteri officiosi, per cui questi può essere assistito da consulenti tecnici e richiedere informazioni scritte alla P.A. Poiché l'arbitro è privo di poteri coercitivi, non può trovare applicazione la disciplina speciale in materia di ordini di esibizione, prevista dal Capo II del Decreto legislativo 3/2017[34]. L'arbitrato è, infatti, un processo isonomico, ove grande rilevanza ha il momento del contradditorio[35], che mal si adatta all'esigenza di controbilanciare l'asimmetria informativa tipica delle controversie sul danno anticoncorrenziale.

3. Effetto sospensivo e altri effetti dei procedimenti di composizione consensuale delle controversie

L'articolo 18 della Direttiva impone agli Stati membri di prevedere una serie di norme volte a disciplinare gli effetti dell'avvio di un procedimento di composizione consensuale delle controversie in punto di sospensione del termine di prescrizione dell'azione, di decadenza, di sospensione dell'eventuale procedimento civile già in corso e di sanzione amministrativa irrogata successivamente al risarcimento versato in seguito a composizione consensuale. Il complesso di norme è recepito dall'articolo 15 del decreto legislativo 3/2017, che si compone di quattro commi di cui conviene fornire un'analisi separata.

3.1. Sospensione del termine di prescrizione e decadenza

L'articolo 18, comma 1, della Direttiva prescrive agli Stati membri l'obbligo di provvedere la sospensione del termine di prescrizione per

[34] Vedi supra, Capitolo 3, paragrafo 3.
[35] DE NOVA G., Errori cognitivi e lodo arbitrale, in Riv. Arbitrato, 2016, p. 575 ss.

intentare un'azione per il risarcimento del danno per la durata del procedimento di composizione consensuale delle controversie. La sospensione del termine di prescrizione si applica solo nei confronti delle parti che sono o sono state coinvolte o rappresentate in tale procedimento. La *ratio* della norma è enucleata al Considerando 49, ove si sottolinea che il termine di prescrizione per intentare un'azione per il risarcimento del danno potrebbe scadere prima dell'effettivo raggiungimento, da parte dei soggetti danneggiati e degli autori della violazione, di un accordo sul risarcimento del danno. Per questa ragione[36], è necessaria la sospensione del termine di prescrizione dell'azione, in modo da dare a entrambe le parti una reale possibilità di procedere a una composizione consensuale delle controversie prima di intentare un'azione dinanzi al giudice nazionale.

L'obbligo è adempiuto dall'articolo 15, comma 1, del decreto legislativo 3/2017, che, come è stato già anticipato, presenta dei rinvii puntuali alle discipline dei singoli istituti. Più precisamente, i diversi referenti temporali, individuati dall'articolo in esame, coincidono con gli atti introduttivi dei singoli istituti, equiparati, rispetto alla sospensione della prescrizione, alla proposizione di una domanda giudiziale. Infatti, in base all'articolo 5, comma 6, d.lgs. n. 28/10, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale dalla comunicazione alle parti. Dallo stesso momento, la domanda di mediazione impedisce la decadenza una sola volta, per cui, in caso di fallimento del tentativo, la domanda giudiziale deve essere proposta entro lo stesso termine di decadenza.

In virtù dell'articolo 8 d.l. n. 132/14, si producono in punto di prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una negoziazione assistita, dalla sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita oppure dalla sottoscrizione della convenzione. Dalla stessa data è impedita la

[36] Tuttavia, sottolineano l'eventuale effetto di disincentivo delle norme in tema di prescrizione in materia di controversia antitrust KORTMANN J. – WESSELING R., Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions, CPI Antitrust Chronicle, August 2013, 1, disponibile online.

decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non accettato nel termine di cui all'articolo 4, comma 1, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il termine di decadenza che decorre dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine o dalla dichiarazione di mancato accorso.
Ex articolo 141 *quinquies* cod. cons, la sospensione della prescrizione avviene dalla data di recepimento, da parte dell'organismo di ADR, della relativa domanda. Inoltre, il recepimento della domanda di ADR impedisce la decadenza una sola volta. Nel caso in cui la procedura fallisca, i termini di prescrizione e decadenza decorrono nuovamente dalla data della comunicazione delle parti.
Infine, in materia di arbitrato, è richiamato l'articolo 2943, comma 4, c.c., in base al quale la prescrizione è interrotta dall'atto notificato con il quale una parte dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.
Diversi sono i problemi applicativi che sorgono dalla norma.
Si è già detto del valore da attribuire al silenzio del legislatore rispetto ai metodi non procedimentalizzati, probabilmente esclusi dall'ambito di applicazione data la difficoltà di riconoscere l'operatività dell'effetto interruttivo permanente della prescrizione ad istituti che strutturalmente non presentino un *iter* formalizzato e tassativo[37].
Piuttosto, l'interprete deve interrogarsi sul significato da attribuire – se semplice svista o tecnica di disciplina – al mancato rinvio, in materia di arbitrato, all'articolo 2945, comma 4, c.c., che regola l'effetto permanente interruttivo della prescrizione.
Occorre distinguere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, in quanto diverse sono le discipline sul punto previste per i due istituti.
Rispetto all'arbitrato rituale, non può interpretarsi il silenzio del legislatore come indice della volontà di escludere un effetto permanente interruttivo della prescrizione, ove la lacuna va colmata con le norme del codice. La soluzione trova argomenti tanto dal micro-sistema rappresentato dalla

[37] Vedi supra, paragrafo 2., anche per i riferimenti bibliografici.

disciplina del risarcimento del danno anticoncorrenziale, quanto dalle norme che l'ordinamento giuridico italiano detta in materia di arbitrato rituale. Infatti, da un lato, occorre ricordare che la direttiva sottolinea la necessità di incentivare il ricorso a metodi di composizione consensuale delle controversie, che deve guidare l'interprete nella risoluzione dei problemi applicativi sorti dalle norme. Al di là dei dubbi – già illustrati[38] – relativi alla reale efficacia dell'arbitrato rituale al perseguimento degli obiettivi del danno antitrust, non può tacersi che l'articolo 18 della direttiva riferisce, in maniera indifferenziata, l'effetto sospensivo a tutte le tecniche di soluzioni alternative delle liti. Inoltre, sarebbe del tutto irrazionale una disciplina diversa da quella generale dell'istituto nel caso in cui l'arbitrato rituale sia esperito nell'ambito di una controversia relativa al risarcimento di un danno anticoncorrenziale. Una parte della dottrina[39] propone di valorizzare il riferimento che il comma successivo opera in blocco alle norme in materia di arbitrato. La tesi non convince, dato che la collocazione dell'inciso è evidentemente volta a rinviare alla disciplina che regola la sospensione del procedimento eventualmente già in corso, in caso di successivo avvio di procedimento arbitrale.

Rispetto, invece, all'arbitrato irrituale, la questione è di segno diverso, perché sono le norme dettate dall'ordinamento giuridico italiano a essere differenti. Infatti, secondo l'insegnamento tradizionale[40], l'atto che dà inizio ad un arbitrato libero provoca una interruzione istantanea, ma non una interruzione permanente del decorso dei termini di prescrizione, a causa della natura negoziale della decisione.

Infine, nell'articolo 15 manca il riferimento (presente, invece, nel dettato finale dell'articolo 18, comma 1, direttiva) che precisa come la sospensione del termine di prescrizione si applichi solo nei confronti delle parti che sono o sono state coinvolte o rappresentate dal procedimento di

[38] Vedi supra, paragrafo 2.3.

[39] ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate, 2/2018, p. 555 ss.

[40] BIAVATI P., sub articolo 808 ter c.p.c., in CARPI F. (a cura di), L'arbitrato, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 184 ss.

composizione consensuale. Il principio discende, comunque, dalle norme italiane che regolano i singoli istituti e, nel caso di *consensual settlements*, è in linea con il comma 15 dell'articolo 140 bis del codice del consumo.

3.2. La sospensione del procedimento eventualmente già in corso

Il comma 2, articolo 18 della direttiva 2014/104/UE recita che

> *Fatte salve le disposizioni nazionali in materia di arbitrato, gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali investiti di un'azione per il risarcimento del danno possano sospendere il procedimento fino a due anni, nel caso in cui attore e convenuto partecipino ad una composizione consensuale delle controversie.*

Anche in questo caso, l'obiettivo del legislatore europeo, quale emerge nel 50° considerando, è l'incentivazione della composizione consensuale delle controversie. La disciplina italiana di recepimento si trova ai commi 2 e 3 dell'articolo 15, D.lgs. 3/17 e dal comma 3, che subordina la sospensione del procedimento in corso all'istanza di parte. Probabilmente, il legislatore italiano ha scelto di rimettere alle parti il potere di chiedere la sospensione del processo in virtù della considerazione che il ricorso a metodi alternativi di composizione delle controversie non è idonea a garantire una conclusione del giudizio più celere rispetto al procedimento giudiziario. È previsto, inoltre, che la sospensione del procedimento non possa superare i due anni: nel rispetto di questo termine massimo, il tempo trascorso durante l'esperimento della procedura non si calcola ai fini della durata ragionevole del processo.

Anche rispetto a questa disposizione, compito dell'interprete è quello di coordinare la previsione in esame con le norme dell'ordinamento italiano dettate per i singoli istituti.

Quanto alla mediazione, bisogna richiamare il disposto di cui al comma 2°, art. 5, decreto legislativo 28/10, in base al quale è ben possibile che il giudice ne ordini l'espletamento anche in grado di appello.

Più complesse sono le questioni che sorgono dalla necessità di un coordinamento sistematico con le disposizioni in materia di arbitrato, cui

l'articolo 15, comma 2°, c.c. rinvia in blocco. Infatti, lo studio della contemporanea pendenza della stessa causa davanti al giudice ordinario e agli arbitri rituali è un tema classico della dottrina specialistica[41]. Come è ben noto, la formulazione letterale dell'articolo 819 ter, comma 1, c.p.c si limita a regolare il caso in cui la domanda giudiziale sia avanzata prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale, mentre tace rispetto all'ipotesi inversa in cui precedente è il deferimento della controversia al giudizio arbitrale. La tesi prevalente in dottrina sostiene una interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della norma, in base alla quale, in entrambi i casi, si applica il sistema delle vie parallele[42], adottato dalla giurisprudenza[43]. Tuttavia, questo filone interpretativo non raccoglie un consenso unanime, ove esiste una opposta teoria dottrinale della litispendenza zoppa o a senso unico, in base alla quale dal silenzio dell'articolo 819 ter, comma 1, c.p.c discenderebbe una inammissibilità della domanda proposta in sede ordinaria dopo l'instaurazione del procedimento arbitrale[44].

Il sistema delle vie parallele – così come, nel caso in cui sia precedente l'azione civile, anche la tesi della indipendenza zoppa – è in contrasto con l'articolo 15, comma 2, per cui bisogna interrogarsi sul significato dell'inciso "*fatte salve le disposizioni in tema di arbitrato*" e individuare quale delle due norme prevalga. In altre parole, si tratta di comprendere se, in tema di *antitrust litigation*, il giudice ordinario possa sospendere il processo statale, su istanza di parte, in deroga alla norma di cui all'articolo 819 ter, comma 1, c.p.c.

---

[41] Ben prima della riforma e dell'introduzione dell'articolo 819 ter c.p.c, la tesi delle vie parallele raccoglieva la maggioranza dei consensi in dottrina., per cui si rinvia a BOVE M., Il patto compromissorio, Riv. Dir. civ., 2002, I, p. 442 ss, che pure ritiene, *de jure condendo*, preferibile un sistema per cui l'instaurazione dell'arbitrato provoca l'incompetenza del giudice civile ordinario; RICCI E. F., L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria, Riv. Dir. proc., 2000, p. 500 ss.

[42] Vedi *supra*, nota 42, e cfr anche LUISO F. P., Rapporti tra arbitro e giudice, in Riv. Arbitrato, 2005, p. 772 ss.

[43] Vedi, ex *multis*, Cass., 30 agosto 2000, n. 11404, pubbl. in Giust. civ., 2001, I, p. 2185 ss, con nota di VITALE M., L'incertezza del diritto sulla sindacabilità della competenza arbitrale; Cass., 30 luglio 2004, n. 14557.

[44] VERDE G., Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli, Torino, 2010, p. 23 ss.

Vi è chi ritiene che il riferimento alle norme in tema di arbitrato serva al legislatore ad escludere che, in punto di sospensione del processo, possano applicarsi norme particolari nel caso di arbitrato per il risarcimento del danno *antitrust*[45].

Tale tesi è sicuramente ragionevole nei suoi effetti, ma presuppone che il legislatore italiano di recepimento abbia adottato una tecnica redazionale a dir poco incoerente con l'obiettivo perseguito: l'articolo 15, comma 2°, rinvierebbe in maniera puntuale alla disciplina generale dell'arbitrato rituale solo per escludere dal proprio ambito di applicazione l'istituto.

Dato che ogni sforzo interpretativo impone di considerare il dato normativo come dotato di senso, sembra più corretto metodologicamente tentare una ricostruzione differente. Intanto, può dirsi che l'adozione di una regola speciale, nel caso di arbitro rituale per controversie risarcitorie antitrust, si giustifichi in virtù della declamata esigenza di incentivare le tecniche di composizione alternative delle controversie. In questo senso, il generico rinvio alle norme in materia di arbitrato indicherebbe, come di consueto, la necessità di applicare la disciplina generale per gli aspetti che non siano specificamente disciplinati dalla norma di dettaglio. In particolare, nel caso in cui vi sia l'istanza di parte, il richiamo alle norme in tema di arbitrato serve a escludere, nonostante la possibile sospensione del procedimento ordinario, la priorità di una via rispetto all'altra, per cui spetta sia al giudice che all'arbitro procedere alla verifica in ordine alla validità e alla efficacia della clausola compromissoria. Soprattutto, nel caso in cui manchi l'istanza di parte, si applicherà il sistema delle vie parallele e il raccordo tra le due vie avverrà a valle delle decisioni, cioè dal confronto tra lodo e sentenza[46].

Non c'è dubbio, in ogni caso, che il dettato letterale del decreto italiano sia poco chiaro. Probabilmente, l'inciso è un mero calco del richiamo, operato dalla disposizione corrispondente della direttiva, alle norme

[45] ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (*consensual settlements*) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

[46] FAZZALARI E., L'arbitrato, vol. 6, Il processo civile, UTET, Torino, 1997.

nazionali in materia di arbitrato. Tuttavia, il testo europeo ha un significato diverso e si giustifica alla luce della grande diversità, registrabile in materia, tra i vari ordinamenti europei, alcuni dei quali prevedono l'incompetenza *ipso iure* del giudice in caso di pendenza del processo arbitrale[47].

Infine, la norma, pur ponendo un onere di riassunzione entro trenta giorni dalla formalizzazione della mancata conciliazione, non disciplina gli effetti della mancata osservanza di questo termine, cui potrebbe conseguire o l'estinzione o la cancellazione della causa dal ruolo. Il termine deve essere considerato perentorio, in modo che l'inutile decorrenza costituisce una ipotesi di inattività qualificata, con immediata *mors litis* ex art. 307, comma 3, c.p.c. Qualora, invece, al termine della procedura compositiva, la lite non sia tacitata entro la scadenza del termine di sospensione e non si abbia neanche la constatazione o la verbalizzazione della chiusura della procedura, la riassunzione avviene o attraverso la comparizione all'udienza fissata dal giudice ex art. 296 c.p.c. o con istanza per la riassunzione del processo secondo quanto previsto dall'art. 297, comma 2°, c.p.c. in ordine alla sospensione concordata[48].

3.3. Composizione consensuale e sanzione amministrativa

L'ultimo paragrafo dell'articolo 18 della direttiva 2014/104/UE prevede la possibilità, per l'autorità anticoncorrenziale, di considerare, prima della decisione di infliggere un'ammenda, il risarcimento versato a seguito di una transazione consensuale come fattore attenuante. La norma è recepita dal quarto comma dell'articolo 15, decreto legislativo 3/2017, che, rinviando alla legge antitrust italiana[49], stabilisce che l'AGCM può tenere

[47] Per la descrizione del sistema francese, si veda BOVE M., La relazione al decreto legislativo 40/2006, Guida al diritto, 2006, 8, p. 107 ss.

[48] Così anche ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (*consensual settlements*) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

[49] La norma rinvia, in particolare, all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha istituito l'autorità garante della concorrenza e del mercato. La sanzione cui si fa riferimento nel testo è quella di cui all'articolo 15, comma 1, della stessa legge, opportunamente richiamata nel testo del decreto legislativo.

conto del risarcimento del danno pagato dall'autore della violazione a seguito di una procedura di composizione consensuale della controversia e prima della decisione dell'autorità.
La fattispecie di riferimento è quella di un'azione risarcitoria *stand alone*, conclusa in via stragiudiziale con il pagamento di una somma da parte dell'autore della violazione prima che l'AGCM lo diffidi per l'infrazione commessa: ricorrendo questa ipotesi, la sanzione di cui al comma 1 dell'articolo 15 della legge antitrust italiana potrà essere più tenue. Secondo alcuni commentatori, l'idea ricalca la previsione del risarcimento del danno subito dalla parte offesa quale circostanza attenuante in sede di quantificazione della pena[50].

4. Effetto delle transazioni consensuali sulle successive azioni

Per incoraggiare le transazioni[51], l'autore di una violazione, il quale abbia pagato un risarcimento a seguito di una composizione consensuale, non dovrebbe ritrovarsi in una situazione peggiore, nei confronti dei coautori della violazione, rispetto a quella in cui si sarebbe altrimenti trovato se non avesse accettato di ricorrere alla transazione. Per questa ragione, l'articolo 19 della Direttiva e l'articolo 16 del decreto legislativo italiano di recepimento dettano una serie di norme volte a derogare il regime di responsabilità in solido tra i coautori della violazione che generalmente si applica in caso di illecito civile anticoncorrenziale[52].

4.1. Transazioni parziarie e regime della solidarietà

Il paragrafo 1 dell'articolo 19 direttiva impone agli Stati membri di prevedere che dalla richiesta di un soggetto danneggiato che abbia

[50] BASTIANON S., La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai *consensual settlements*, Concorrenza e mercato, 2014, p. 331 ss.
[51] Anche in questo caso, il termine transazioni è usato nel testo in maniera atecnica, sul modello di Direttiva e Decreto legislativo. Per chiarimenti sul punto, si rinvia al paragrafo 2.
[52] Articolo 11, direttiva 2014/104/UE e articolo 9 decreto legislativo 3/2017. Per il commento, si rinvia supra, Capitolo 2, paragrafo 2.3.

partecipato ad una transazione delle controversie sia sottratta la parte di danno del coautore della violazione che abbia accettato la transazione. È, inoltre, previsto che il resto della domanda di risarcimento possa essere esercitata solo nei confronti dei coautori della violazione della concorrenza, i quali non possono chiedere all'impresa che abbia partecipato alla transazione il contributo per il resto della domanda di risarcimento (paragrafo 2).

Il dettato letterale della norma italiana di recepimento, contenuta all'articolo 16, commi 1 e 2, decreto legislativo, non è chiarissimo, ma va ricostruito alla luce delle indicazioni della direttiva. L'ipotesi che occorre è quella in cui il danneggiato, in parte risarcito grazie alla conclusione di una transazione parziaria, poi agisca in un giudizio civile nei confronti degli altri danneggiati. In questo caso, la norma prevede che il danneggiato non possa chiedere il risarcimento della quota corrispondente alla parte di danno commessa dall'impresa con cui abbia stipulato la composizione consensuale delle controversie e deroga al vincolo di solidarietà di cui all'articolo 11 della direttiva, applicando un principio di *proportionate share reduction*.

La norma in esame va messa in rapporto sistematico con la regola generale di cui all'articolo 1304 c.c., che si riferisce alla transazione per l'intero debito[53], stipulata dal creditore con un solo dei condebitori. Nel caso di transazione parziaria, si ha la riduzione del debito per la percentuale della quota transatta, sciogliendo il vincolo solidale tra il condebitore stipulante e gli altri condebitori, i quali rimangono obbligati nei limiti della quota[54]. La differenza tra la norma di parte generale e quella dettata per le

[53] Cfr, anche per la ricostruzione bibliografica, a DEL PRATO E., voce Transazione (diritto privato), in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, p. 833; DEL PRATO E., Sulla transazione del debitore in solido, inRiv. dir. priv., 2009, p. 53 ss.; FRANZONI M. La transazione, Padova, 2001, p. 300 ss.; D'ADDA A., L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale, in Riv. dir. priv., 2007, p. 317 ss. Contrario SCHLESINGER P., Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido, in Corr. giur., 1992, p. 425 ss.

[54] Così, tra le sentenze più recenti, Cass. 17 gennaio 2013, n. 1025, in Foro it., 2013, I, c. 1580; Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in Resp. civ. e prev., 2012, p. 1189, con nota di DE MAURO A., in Foro it., 2012, I, c. 1477 e in Giust. civ., 2013, I, p. 725, con nota di PERROTTA G.; Cass. 17 gennaio 2008, n. 868; Cass. 27 marzo 2007, n. 7485, in Giust. civ., 2008, I, p. 1780.

controversie risarcitorie antitrust si coglie se si considera l'ultimo orientamento della Suprema Corte, secondo la quale:

> *Qualora risulti che la transazione ha avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che la ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido è destinato a ridursi in misura corrispondente all'ammontare di quanto pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se invece il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura proporzionale alla quota di chi ha transatto*[55].

La Cassazione ritiene, quindi, necessario applicare un correttivo alla riduzione pro quota al fine di mantenere l'equilibrio compensativo del rimedio, evitando, cioè, che il danneggiato ottenga un risarcimento maggiore dell'ammontare complessivo e che i condebitori vedano un aggravamento della loro posizione. Invece, nelle azioni per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, ad essere detratta è la quota di danno attribuibile alla parte che ha partecipato alla composizione consensuale delle controversie, e non la somma risultante dall'accordo, senza che si applichi in maniera residuale il criterio della riduzione *pro tanto*.

In una ottica pragmatica, la regola speciale dell'articolo 16, commi 1 e 2, del decreto legislativo 3/2017 non coincide con la soluzione del giudice di legittimità solo nel caso in cui l'accordo riconosca al danneggiato una somma superiore alla propria quota ideale di responsabilità[56]. Si ipotizzi che, a seguito della condotta anticoncorrenziale di A e B, corresponsabili al 50%, Y subisca un danno di 100 e ottenga dalla transazione con A 60. In base alla norma del decreto legislativo sul danno anticoncorrenziale, che applica in maniera rigorosa il criterio *pro quota*, Y può chiedere a B 50,

[55] Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in Giust. civ., 2012, I, p. 2063 ss., con nota di D'ALESSANDRO F.

[56] Come viene notato da BASTIANON S., La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai *consensual settlements*, Concorrenza e mercato, 2014, p. 331 ss.

ottenendo così un risarcimento di 110. Secondo la Cassazione, il criterio correttivo della riduzione *pro tanto* dovrebbe operare nel senso per cui Y può agire in giudizio contro B per 40, ove dovrebbe riconoscersi al coautore A regresso di 10 nei confronti di B.

Una parte della dottrina sostiene la necessità di estendere i criteri individuati dalla Cassazione anche nel caso di anno anticoncorrenziale, ove il correttivo alla regola *pro quota*, applicato attraverso un'applicazione residuale del criterio *pro tanto*, non pare profilare un problema di compatibilità con la direttiva comunitaria, essendo salvo il principio di effettività[57]. La tesi è razionale perché coerente con la chiara volontà del legislatore europeo di escludere ogni forma di sovracompensazione[58]. Tra l'altro, se si considera l'insieme di norme poste dall'articolo in esame, si comprende come l'applicazione del criterio pro quota, nel micro-sistema di riferimento, sorregge comunque una funzione esclusivamente compensativa, e mai sanzionatoria, del rimedio.

Infatti, il comma successivo prevede una reviviscenza della solidarietà in caso di insolvenza dei coautori che non abbiano partecipato alla composizione consensuale, ma la regola è suscettibile di deroga da parte dell'accordo transattivo. Si applica l'articolo 1313 c.c[59], che, ricorrendo una rinunzia del creditore alla solidarietà verso alcuno dei debitori, dispone la ripartizione del debito del soggetto insolvente tra tutti i condebitori, compreso quello che era stato liberato dalla solidarietà. Quindi, il combinato disposto della norma di dettaglio con la disciplina generale di fatto impedisce che il danneggiante si assicuri la transazione tombale della lite[60].

---

[57] ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

[58] Sostengono che, in caso di transazione di una controversia risarcitoria anticoncorrenziale, sia sempre la quota di danno attribuibile a dover essere dedotta KORTMANN J. – WESSELING R., Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions, CPI Antitrust Chronicle, August 2013, 1, disponibile online.

[59] GRONDONA M., Delle obbligazioni in solido: articoli 1307-1313, in Comm. UTET, Torino, 2013, p. 445 s.

[60] AFFERNI G., Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale, Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, 1, p. 213 ss.

4.2. Transazioni parziarie e azioni civili risarcitoria promosse da più danneggiati nei confronti di più danneggianti

Gli articoli 19, § 4, della direttiva e 16, comma 4, del decreto legislativo regolano la fattispecie in cui l'azione civile risarcitoria è promossa da più soggetti nei confronti degli autori della violazione, dopo che, per la stessa condotta anticoncorrenziale, sia intervenuta una composizione consensuale della controversia tra uno (o qualche) danneggiato e uno (o qualche) danneggiante.

L'obiettivo è quello di assicurare il trasferimento del costo del danno da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, evitando situazioni in cui

> *i coautori partecipanti alla transazione, con la corresponsione di un contributo ai coautori della violazione non partecipanti alla transazione per danni da essi pagati a soggetti danneggiati non partecipanti alla transazione, paghino un importo totale di risarcimento superiore alla loro responsabilità relativa per il danno causato dalla violazione*[61].

La previsione è coerente non solo con la funzione di compensazione dell'illecito civile anticoncorrenziale, ma, evitando la possibilità di una ripartizione del tutto iniqua della responsabilità dei danneggianti, è in linea anche con la funzione deterrente, nel senso che è strumentale alla realizzazione di un sistema di incentivi attraverso i quali l'impresa razionale internalizza i costi di una violazione, secondo quanto già illustrato[62].

Al fine di comprendere meglio la fattispecie concreta e la *ratio* della norma, l'esempio, già avanzato al paragrafo precedente, deve essere modificato in maniera opportuna: presupposto di partenza è che il danno complessivo di 100, di cui le imprese A e B sono responsabili in identica misura, è subito sia da Y che da X, che hanno diritto, quindi, ad un risarcimento di 50 ciascuno. Y e A raggiungono un accordo transattivo, grazie al quale il danneggiato Y ottiene 40. X ottiene da B, nel corso di un giudizio di fronte

[61] Considerando 52, direttiva 2014/104/UE.

[62] Vedi supra, Capitolo 2, paragrafo 1.

al giudice ordinario, 50, che B paga, agendo poi in regresso nei confronti di A per ottenere 25, cioè la metà del debito pagato a X, pari alla quota di responsabilità. Se non ci fosse questa regola, A pagherebbe complessivamente 65, pur avendo contribuito alla quota del danno complessivo di 100 solo al 50%.
Per evitare questo, la norma italiana di recepimento, pensata per regolare le azioni di rivalsa all'interno di categorie omogenee di debiti risarcitori, impone al giudice di applicare il comma 2 dell'articolo 2055 c.c. e di tenere conto del risarcimento corrisposto dal coautore interessato nell'ambito di un accordo che compone la controversia concluso in precedenza.

4.3. La controversa applicazione dell'articolo 16 all'arbitrato rituale

Il comma 5 dell'articolo in esame stabilisce che le previsioni dei commi precedenti si applicano anche in caso di lodo emesso ex capo IV del Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile (artt. 820 e ss c.p.c.).
Desta grande perplessità, in quanto fonte di grossi problemi sistematici, la scelta di inserire, nell'ambito di applicazione delle norme analizzate, anche l'ipotesi di conclusione della controversia con lodo arbitrale. Infatti, considerata la funzione autenticamente giurisdizionale dell'istituto dell'arbitrato rituale, dovrebbero operare i principi di indivisibilità della prestazione e le norme in tema di limiti soggettivi del giudicato, che hanno come corollario l'impossibilità di limitare il *petitum* alla quota imputabile al convenuto.

5. Contratto e antitrust

Prima di affrontare i nodi problematici cruciali che sorgono dall'interferenza tra le norme del diritto del contratto e le regole antitrust, occorre fissare l'ipotesi di partenza dell'analisi, secondo la quale le attuali formulazioni degli articoli 2 TUE e 3 TFUE, a livello europeo, e dell'articolo 117 Costituzione, sul piano nazionale, indicando espressamente il modello di mercato concorrenziale, abbiano modificato

la costituzione economica[63] e convertito il tradizionale rapporto tra diritto privato e diritto antitrust. La concorrenza effettiva, come modo di funzionamento reale del mercato, assurge al rango di bene costituzionalmente tutelato, in quanto strumento per realizzare il fine ulteriore del benessere collettivo, perché in grado di conciliare i vantaggi della produzione di massa con quelli del pluralismo economico[64]. Si tratta di un presupposto fondamentale: solo se la concorrenza effettiva costituisce un bene giuridicamente tutelato, può dirsi che gli istituti di diritto privato devono essere funzionalmente orientati alla realizzazione delle finalità della disciplina antitrust, perché in questa ottica la concorrenza è un obiettivo da realizzare e informa di sé l'esercizio della libertà dai singoli, che deve essere coerente al modello di mercato individuato dall'ordinamento europeo e nazionale.

Se la concorrenza effettiva è clausola generale del diritto privato europeo, il diritto del contratto di fonte europea è intrinsecamente connesso alla disciplina della regolazione del mercato e l'intero diritto privato – nazionale ed europeo, visto il grado di compenetrazione dei due ordinamenti – è interessato dal diritto della concorrenza, fino al punto in cui i confini fra i due settori del diritto diventano più labili e anzi tendono a scomparire[65]. Del resto, una delle condizioni essenziali di esercizio delle libertà negoziale è rappresentata proprio dall'esistenza di un mercato concorrenziale, ma la libertà negoziale può rivolgersi anche in senso anticoncorrenziale[66].

---

[63] Cfr. LIBERTINI M., La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001, Moneta e credito, 12/2015, p. 365 ss.

[64] Cfr. IUDICA G., Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore. Clausole abusive e razionalità del mercato*,* in Le nuove leggi civili commentate, n. 20, 1997, fascicoli 4/5, p. 777 ss.

[65] In tema, si veda OSTI C., L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica, in OLIVIERI G. e ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Editori Laterza, 2008, p. 36 ss.

[66] Così, LIBERTINI M., Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano, in Rivista di diritto commerciale, 2002, p. 433 e ss e MAUGERI M., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A., Contratto e antitrust, Editori Laterza, 2008, p. 175 ss.

Il rapporto tra contratto ed esperienza antitrust, laddove la natura degli interessi coinvolti giustifica l'intromissione del legislatore, che detta una disciplina analitica del regolamento negoziale, modellando un nuovo statuto normativo dell'autonomia privata e definendo i profili soggettivi dell'accordo[67].

Come già affermato[68], l'individuo economico[69] incontra, nel suo agire, il limite intrinseco del rispetto dei comportamenti imposti dai settori del diritto che individuano la costruzione del mercato, unico ed efficiente, come obiettivo, e l'autonomia privata deve conformarsi al paradigma concorrenziale, in un contesto in cui assume importanza primaria la libertà di accedere al mercato. Naturalmente, la connessione tra regole del contratto e regole del mercato e l'affermazione del diritto della concorrenza come clausola generale del diritto privato – risultato della crescente energia che l'Unione europea ha dispiegato per la promozione delle policy concorrenziali – hanno poi un riflesso nell'esperienza giurisprudenziale. Infatti, dato che la ricevibilità o la irricevibilità dell'atto di autonomia privata dipende dalla sua concreta capacità di influenzare il mercato concorrenziale, viene a delinearsi il profilo di un giudice, comunitario e nazionale, pienamente calato nel raggiungimento dell'obiettivo della realizzazione e della tutela del mercato concorrenziale, cui finisce per essere attribuita una funzione poietica significativa.

Si è scelto, anche per esigenze di sintesi, di circoscrivere il vasto tema del rapporto tra diritto del contratto e diritto della concorrenza limitando lo studio ai punti di contatto più significativi tra i due settori dell'ordinamento giuridico, e precisamente la categoria dei contratti di impresa e la sorte dei contratti a valle.

---

[67] Per uno studio accurato intorno al tema del rapporto tra diritto del contratto e regolazione del mercato si veda AZZARO A. M. (a cura di), Contratto e mercato, Giappichelli editore, Torino, 2004.

[68] Vedi *supra*, paragrafo 3.1.

[69] Cfr. ROPPO V., I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto, in ROJAS ELGUETA G. - VARDI N. (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma TrE-Press, Roma, 2014, p. 25 ss.

5.1. I contratti d'impresa: costruzione di una categoria e sua funzione

Come è stato osservato da una parte della dottrina[70], all'espressione *contratti di impresa* potrebbe essere attribuito un significato molto vasto, utilizzando strumentalmente, come referente logico ricostruttivo, l'attitudine del diritto dei contratti a modellarsi sulle logiche del mercato concorrenziale[71]. In questo senso, sarebbe ricompreso nella nozione di contratto di impresa ogni contratto attratto nell'orbita di una impresa, ma tale impostazione, che ha il merito di sottolineare come l'agire sul mercato sia innanzitutto un agire negoziale, attribuisce un significato molto generico alla nozione di contratti di impresa[72].

Per delimitare utilmente la categoria dei contratti di impresa è, invece, necessario utilizzare i concetti dell'economia descrittiva, perché il collegamento funzionale tra imprenditore, impresa e azienda costituisce l'elemento fondante di una *realtà giuridica globale*[73]. Tradizionalmente, il criterio necessario per circoscrivere i contratti di impresa si rinviene nella interrelazione tra l'impresa, intesa come attività, e le singole fattispecie che la compongono, rappresentate dagli atti, cosicché sono qualificati come contratti di impresa tutti i contratti compiuti dall'imprenditore per

[70] Cfr. CAPO G., Attività d'impresa e formazione del contratto, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2001, p. 48 ss.

[71] Uno studio più approfondito è stato sviluppato in PULEIO G., L'interpretazione secondo concorrenza dei contratti di impresa: una proposta, in BELLONI I. – CALDERAI V., Metodo giuridico e interpretazione Un confronto interdisciplinare su Senso e consenso di Aurelio Gentili, ETS, 2018, Pisa, p. 95 ss.

[72] Può dirsi, anzi, che in questo modo l'agire negoziale quasi conoscerebbe esclusivamente la contrattazione d'impresa, con un conseguente annullamento del valore effettivo di tale categoria.

[73] L'espressione è in OPPO G., Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano, in Rivista di diritto civile 1978, I, p. 591 ss. Dato che il legislatore ha posto l'impresa come attività economica organizzata, l'imprenditore come soggetto e l'azienda come complesso di beni al centro del sistema del diritto commerciale, numerosi sono gli studi volti a delimitare gli esatti connotati del fenomeno economico e la sua rilevanza in termini giuridici. Cfr., ad esempio: ASCARELLI T., Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1957, p. 7 e ss; AULETTA G. – SALANITRO N., Diritto commerciale, Milano, 1984, p. 15 ss; FERRO-LUZZI P., L'impresa, in AA. VV., L'impresa, in Quaderni romani di diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1985, p. 7 ss; NICITA A. – SCOPPA V., Economia dei contratti, Carocci, Roma, 2005, p. 269 ss.

l'esercizio dell'impresa[74]. I singoli atti, posti in essere e destinati ad esplicare i propri effetti nell'ambito della realtà giuridica globale dell'impresa, finiscono per essere segnati nella loro concreta disciplina, perché l'inserimento dei contratti nell'orbita dell'impresa costituisce l'*input* di processi evolutivi importanti, che influenzano profondamente la struttura e la funzione negoziale[75]. Infatti, una parte della dottrina ha enucleato aspetti di disciplina peculiari nel quadro generale del diritto dei contratti, laddove, da un lato, la tutela dell'autonomia privata dovrebbe collimare con quella della concorrenza[76] e, dall'altro lato, si assisterebbe ad un processo di spersonalizzazione delle vicende negoziali, funzionale alle esigenze di una economia dei consumi e delle relazioni di massa[77]. Tale impostazione, che appare del tutto imperniata sul ruolo dell'atto, in quanto fonte dei rapporti, è stata criticata su più fronti.

---

[74] La dottrina classica in tema di contratti di impresa declina tale criterio in due elementi, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo, rappresentati rispettivamente dalla partecipazione al negozio di un imprenditore e dal collegamento funzionale dell'atto all'attività di impresa. Cfr DALMARTELLO A., I contratti delle imprese commerciali, Cedam, Padova, 1962, p. 95 ss; ANGELICI C., La contrattazione d'impresa, in AA. VV., L'impresa, in Quaderni romani di diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1985, p. 183 ss; BUONOCORE V., Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali, Giuffrè, Milano, 2000, p. 171 ss; OPPO G., Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano, in Rivista di diritto civile, 1978, I, p. 591 ss e in L'impresa come fattispecie, in Rivista di diritto civile, 1982, I, p. 112 ss.

[75] L'inserimento del contratto nell'orbita della impresa può anche influire sul tipo, come efficacemente osservato, tra gli altri, da BUONOCORE V., I contratti di impresa, in I contratti di impresa. Casi e materiali di diritto commerciale, BUONOCORE V. – LUMINOSO A. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1993, I, p. 19 ss. L'esempio principale, in tal senso, è costituito dal contratto di assicurazione: FERRI G., L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione, in Studi sulle assicurazioni per il cinquantenario dell'I.N.A., Roma, 1963, p. 127 ss; SANTORO-PASSARELLI F., La causa nel contratto di assicurazione, in Studi sulle assicurazioni per il cinquantenario dell'I.N.A., Roma, 1963, p. 210 ss; GAMBINO A., L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Esi, Milano, 1964; DENOZZA F., Contratto e impresa nell'assicurazione a premio, Giuffrè, Milano, 1978.

[76] Vedi, ad esempio, ZOPPINI A., Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza e OSTI C., L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica, entrambi in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e Antitrust, Laterza, 2008, p. 3 e p. 26 ss.

[77] ALPA G. – CHINÈ G., Contratti di massa, in AA. VV., I contratti in generale. Aggiornamento 1991- 1998, ALPA G. – BESSONE M. (a cura di), Utet, Torino, 1999, p. 387 ss.

La teorizzazione del diritto dell'impresa imperniato sulla coppia atto – attività cede alla tentazione di una valorizzazione dogmatica dell'impresa[78]. Di contro, alcuni Autori[79] hanno denunciato i rischi di una eccessiva dogmatizzazione, perché il compito del giurista, e cioè lo *sforzo costante di adeguamento della realtà alla norma*[80], non deve risolversi nella ricerca dell'essenza dei concetti giuridici o dell'archetipo dell'esperienza giuridica. Partendo dal presupposto che le categorie giuridiche non sono mai definizioni reali e calando questo dato al fenomeno contrattuale in esame, alcuni studiosi hanno disconosciuto la possibilità di attribuire una valenza normativa alla locuzione dei contratti di impresa, che è pertanto usata con una funzione meramente descrittiva e sintetica[81].

Altra parte della dottrina ha proposto una riflessione differente, volta a far emergere la centralità del mercato, in cui avviene lo scambio, mezzo di interazione fra i soggetti economici e strumento di accrescimento del benessere. La definizione della categoria dei contratti di impresa attraverso il criterio distintivo rappresentato dal rapporto di maggiore vicinanza che gli atti hanno con il mercato perde di significato nel sistema attuale, in cui ciascun individuo è coinvolto nel mercato ed è chiamato a svolgervi un ruolo[82]. Per questa ragione, l'individuazione dei fenomeni ricompresi nella

---

[78] FERRO-LUZZI P., I contratti associativi, Giuffrè, Milano, 1971; ANGELICI C., Diritto commerciale, Laterza, Roma – Bari, 2009; LIBONATI B., Le categorie del diritto commerciale, in Rivista di diritto societario, 2002, p. 1 ss.

[79] Cfr. GITTI G. – MAUGERI M.R. – NOTARI M. (a cura di), I contratti per l'impresa – I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia, il Mulino, Bologna, 2012, in particolare l'introduzione dei curatori del volume e gli scritti di LIBERTINI M., Autonomia individuale e autonomia di impresa, p. 33 ss., e di VETTORI G., I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali, p. 97 ss.

[80] ASCARELLI T., Norma giuridica e realtà sociale, in Studi in onore di F. Messineo per il suo XXXV anno di insegnamento, Giuffrè, Milano, 1959, p. 61.

[81] Perfettamente rappresentativi di questa impostazione sono gli scritti di GENTILI A. sull'argomento: Sull'interpretazione dei contratti normativi, Contratto e impresa, 1999, p. 1162; L'interpretazione del contratto standard, Milano, 2008; I contratti di impresa e il diritto comune europeo, Rivista di diritto privato, 2006, 1, p. 7 ss; Senso e consenso, Giappichelli, Torino, 2014, p. 627 ss. In tal senso anche DI MARZIO F., I contratti tra imprese, in LIPARI N. e RESCIGNO P. (a cura di), Diritto civile, Giuffrè, Milano, 2009, p. 76 ss.

[82] Cfr. DENOZZA F., Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale, in Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu.

categoria determinata è stata affrontata valorizzando la connessione strumentale con le articolazioni della vicenda imprenditoriale sul piano della realtà economico – sociale. Modificati i criteri statici della presenza dell'imprenditore e del collegamento tra atto e attività, il referente logico necessario ricostruttivo dei contratti di impresa consiste nella individuazione del conflitto di interessi sottostante alla operazione economica: continua ad avere rilievo il collegamento tra atto e attività, ma tale nesso funzionale è visto nella sua dimensione dinamica. La differenza del referente socioeconomico si recupera in seguito all'applicazione dell'unico metodo possibile, che è quello che ha come *input* l'analisi approfondita dei fenomeni empirici e la ricognizione storica e sociologica della materia, al fine di una costruzione razionale delle norme[83]. Interrogarsi sulla natura giuridica dei contratti di impresa significa, infatti, analizzare la funzione che il contratto svolge nella competizione economica, al fine di verificare se e in che termini sia applicabile la disciplina dello schema generale del contratto. Ragionando per conflitti di interesse, si recupera il valore normativo della categoria, definendo così il punto relativo alla utilità dell'indagine, che non è solo concettualistica. Si tratta, infatti, di stabilire l'esistenza di un gruppo di norme che siano riferibili soltanto all'insieme dei contratti di impresa e siano suscettibili di applicazione analogica anche ai contratti di impresa non nominati. Se la fattispecie normativa è una sintesi degli elementi esponenziali di un certo conflitto di interessi, può dirsi che la locuzione in esame serva a raggruppare contratti cui sono sottesi conflitti di interessi e paradigmi di funzionamento dello scambio diversi da quelli tipici dell'atto di disposizione dell'individuo proprietario, sul cui calco è modellata la disciplina generale dei contratti del codice civile[84]. Può sembrare che tale

[83]La proposta del metodo del diritto commerciale come metodo di applicazione generale è in LIBERTINI M., Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia, in Rivista delle società, 2013, p. 1 ss e in (versione riveduta e ampliata) Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu.

[84] Cfr. LIBERTINI M., Autonomia individuale e autonomia di impresa*,* in GITTI G., MAUGERI M.R., NOTARI M. (a cura di*),* I contratti per l'impresa- I. Produzione, circolazione,

impostazione riecheggi l'antica distinzione tra contratti commerciali e contratti civili. In realtà, la prospettiva di questa parte della dottrina è opposta ed è nel senso del superamento della dicotomia. In proposito, si è affermato innanzitutto come l'eliminazione dell'atto di commercio dal sistema attuale non sia d'ostacolo alla enucleazione di una categoria di atti cui sono sottesi paradigmi di funzionamento dello scambio diversi da quelli dell'individuo proprietario, purché questo non conduca a contraddire le tendenze unitarie così come sono attuate nel sistema[85]. Inoltre, se il profilo rilevante è il modo attraverso il quale il soggetto si presenta sul mercato, la presenza di un'impresa, che attraverso quel contratto eserciti la sua attività, non può che porre dei problemi in parte differenti.

La categoria dei contratti di impresa può poi essere ulteriormente scorporata in tipi diversi, ciascuno dotato di caratteristiche peculiari: in particolare, nell'ambito della categoria tradizionalmente si distinguono i

gestione, garanzia, il Mulino, Bologna, 2012, p. 33 ss; SAMBUCCI L., Il contratto dell'impresa, Giuffrè, Milano, 2002, p. 33.

[85]Per un confronto tra le nozioni di atto di commercio e di contratto di impresa, si veda SAMBUCCI L., Il contratto dell'impresa, Giuffrè, Milano, 2002, p. 59 ss. Per una riflessione in merito ai rapporti tra diritto civile e diritto commerciale, cfr. MAUGERI M.R., Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato oggi, in Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu.

contratti B2c[86], i contratti B2B[87], i contratti B2b[88], i contratti normativi[89], i contratti pubblici[90] e i contratti internazionali[91].

---

[86] L'espressione indica sinteticamente i contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, disciplinati dal codice del consumo, che è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano su impulso delle numerose direttive europee in argomento. Può dirsi, anzi, che il diritto privato europeo tenda a coincidere con il diritto del consumatore, tanto che la dottrina degli ultimi anni ha analizzato a fondo il tema della *consumerizzazione* del diritto civile, interrogandosi sulla reale portata dell'effetto disgregante di tale fenomeno, in grado di spezzare le linee non solo del sistema generale del diritto dei contratti, ma anche dei singoli contratti. La letteratura in materia è molto vasta. Senza alcuna pretesa di esaustività, e con particolare riferimento alla riflessione sul rapporto tra disciplina generale del codice civile e diritto dei consumatori, si rinvia a: ROPPO V., Il contratto, in IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di), Trattato di diritto privato, Giuffrè, 2011, p. 855 ss; ALESSI R., La disciplina generale del diritto del contratto, Giappichelli, Torino, 2015, p. 63 ss; NAVARRETTA E. (a cura di), Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, Giuffrè, Milano, 2007; SIRENA P., La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori in NAVARRETTA E. (a cura di), Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, Giuffrè editore, 2008, p. 493 ss; PATTI S., Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni, Riv. Trim dir. proc. Civ., 2008, p. 735 ss; MELI M. – MAUGERI M.R. (a cura di), L'armonizzazione del diritto privato europeo, Giuffrè, Milano, 2004, con particolare riferimento a BARCELLONA M., Per un codice civile europeo, p. 175 ss; VETTORI G., La disciplina generale del contratto nel tempo presente, in Rivista di diritto privato, 2004, p. 313 ss; PATTI S., I contratti del consumatore e la ricodificazione interna, in Europa e diritto privato, 2003, p. 503 ss.

[87] Sono i contratti stipulati tra imprese di pari forza contrattuale. Cfr. CIAN G., Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa, in Rivista di diritto civile, 2004, I, p. 849 ss; MONATERI P. G., I contratti d'impresa e il diritto comunitario, in Rivista di diritto civile, 2005, I, p. 489 ss; SAMBUCCI L., Il contratto dell'impresa, Giuffrè, Milano, 2002.

[88]Si tratta dei cosiddetti contratti asimmetrici fra imprese aventi diverso potere contrattuale. Cfr. GITTI V. G. e VILLA G. (a cura di), Il terzo contratto, il Mulino, Bologna, 2008; ROPPO V., Il contratto del duemila, Giappichelli, Torino, 2002; VETTORI G., Oltre il consumatore, in Persona e mercato, 2011, 1, consultabile in www.personaemercato.it.

[89] L'espressione, che ha origine dottrinale, ha un significato molto vasto, in quanto serve ad individuare tutti gli strumenti dell'autonomia privata che predispongono clausole e norme destinate a valere in successivi ed eventuali contratti che saranno stipulati tra le parti, con terzi o addirittura tra terzi. Cfr. GITTI G., Contratti regolamentari e normativi, Cedam, Padova, 1994.

[90] Sono i contratti di impresa, che si caratterizzano per una particolare complessità e un accentuato formalismo, conclusi con le pubbliche amministrazioni. Per un'analisi specifica delle peculiarità ermeneutiche dei contratti pubblici, si veda PENNASILICO M., L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti, in Rass. Dir. Civ., 2005, p. 428 ss.

[91] Come sottolineato da BONELL M. J., Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali, Giuffrè, Milano, 1976, p. 3, da tempo, ormai, nell'ambito del commercio internazionale, gli stessi operatori hanno consolidato una propria regolamentazione dettagliata, sotto forma di una fitta rete di clausole standard, che sono diventate vera e propria autonormazione.

Dato che l'esercizio dell'impresa avviene attraverso l'agire negoziale sul mercato, non solo si crea un rapporto di connessione funzionale tra contratto, libertà contrattuale e libertà di concorrenza[92], ma è soprattutto attraverso i contratti di impresa che oggi si realizza, in larga misura, una reale innovazione delle regole e degli strumenti del mercato[93], tanto che l'ordinamento giuridico tende a disciplinare l'attività economica stessa e le sue ripercussioni concrete sul mercato e sulla concorrenza.

5.2. Invalidità dei contratti che realizzano la condotta anticoncorrenziale

La complessità della interazione tra disciplina della concorrenza e categorie civilistiche si coglie nel processo di ricostruzione del regime da applicare ai contratti a valle di una intesa anticoncorrenziale e dei contratti attraverso i quali si realizza il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante.

È necessario condurre discorsi distinti per le due fattispecie, che pongono problemi differenti, a lungo scandagliati dalla dottrina[94].

Rispetto ai contratti a valle di una intesa anticoncorrenziale, cioè dei contratti stipulati da una impresa partecipante con un soggetto terzo

[92] Già nel 1977, RAISER L. aveva intuito l'esigenza di una rimeditazione complessiva della teoria del contratto, cfr. Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, tradotto in italiano come Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni, traduzione di GRAZIADEI M., a cura di C.M. Mazzoni, Giuffrè, Milano, 1990, p. 98 ss.

[93]In GALGANO F., I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, in Trattato, GALGANO F. (diretto da), Cedam, Torino, 1995, I, p. XXVII, una riflessione sul contratto di impresa come principale fonte di innovazione giuridica.

[94] Per una completa disamina delle diverse ricostruzioni, oltre che per una esaustiva rassegna bibliografica, si veda MAUGERI M., Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici, Ed. It., 2006; TADDEI ELMI, Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi, in Persona e mercato, 1, 2011, p. 198; MELI M., Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Giuffrè, Milano, 2001, p. 170 ss; GUIZZI G., Mercato concorrenziale e teoria del contratto, in Rivista di diritto commerciale, I, p. 68 ss, in particolare p. 84.

estraneo all'accordo, una parte della giurisprudenza[95] e della dottrina[96], stante l'espressa nullità accordata alle intese ex articoli 101 TFUE e 2 della legge antitrust, sostiene la tesi della nullità derivata. La nullità si trasmetterebbe dall'intesa vietata ai contratti stipulati con i terzi, perché, in una ottica funzionale, il divieto di intese anticoncorrenziali non vuole vietare solo un comportamento, ma ne vuole radicalmente escludere gli effetti distorsivi della concorrenza. In questa prospettiva, la successiva contrattazione con soggetti terzi costituisce una esecuzione dell'accordo illecito e, pertanto, i negozi posti in essere in base a questi risultano nulli. A soluzioni analoghe, giunge chi ritiene che il contratto a valle sia nullo per illiceità di causa[97] o di oggetto[98].

In maniera differente, una parte della dottrina, più attenta alla corretta applicazione delle norma in tema di nullità[99], sottolinea come, in linea di

---

[95] Corte di Giust., 14 dicembre 1984, causa C-319/82, caso *Société de vente de ciments et bétons de l'est*, Raccolta della giurisprudenza 1983 04173. Si esprime a favore di questa tesi, pur senza giungere alla sua applicazione, Cassazione civile, Sezioni Unite, 4 febbraio 2005, n. 2207: *il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco dell' intesa anticoncorrenziale nulla, essendo essenziale a realizzarne gli effetti. Nel realizzare l'intesa, il contratto "a valle" esclude ogni possibilità di scelta da parte del consumatore.*

[96] CAMILLERI E., Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza, Jovene, Napoli, 2008, p. 97 ss. Si veda anche, con riferimento alla validità delle clausole inserite nei contratti tra banche e clientela sulla base di norme bancarie uniformi dichiarate in contrasto con la normativa antitrust, SALANITRO N., Disciplina antitrust e contratti bancari, in Banca borsa tit. cred., 1995, II, p. 420 ss e in La concorrenza nel settore bancario, in Banca borsa tit. cred., 1996, I, p. 765 ss; TUCCI G., Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto, nota a Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, in Contratti, 1996, p. 152 ss; UBERTAZZI L.C., Concorrenza e norme bancarie uniformi, Giuffrè, Milano, 1986, p. 98 e ss.

[97] DELLI PRISCOLI L., La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario, nota a Cassazione civile, 1° febbraio 1999, n. 827, in Giur. comm., 1999, II, p. 226 ss. In giurisprudenza v. Tribunale di Roma, 20 febbraio 1997, in Giur. comm., 1999, II, p. 449.

[98] Tra questi, CASTRONOVO C. in Antitrust e abuso di responsabilità civile, in Danno e responsabilità, 2004, 5, p. 473 e in Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi, in Danno e responsabilità, 2004, 12, p. 1168, che esamina, in particolare, la validità della clausola nella parte relativa all'accordo di cartello. Si veda anche ALBANESE A., Contratto mercato responsabilità, Giuffrè, Milano, 2009, p. 258 ss e BERTOLOTTI A., Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta, nota a Trib. Genova ord. 21/5/96, in Giur. it., 3, 1997, I, sez. II, 167- 174, il quale fa riferimento a nullità dell'oggetto per contrasto all'ordine pubblico economico.

[99] Si veda, in proposito, sia pure con argomentazioni e proposte dissimili, LIBERTINI M., Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II), in Danno e resp., 2005, p. 246 ss; MAUGERI M., Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici, Ed. It., 2006;

massima, il contratto a valle di una intesa anticoncorrenziale non abbia né oggetto né causa contrario alla normativa imperativa antitrust, essendo pertanto impossibile applicare in maniera automatica la sanzione civilistica della nullità. Del resto, non coglie nel segno neanche la tesi che ritiene il contratto a valle nullo per contrasto all'ordine pubblico economico, secondo la quale, se non si ammettesse la nullità derivata dei contratti a valle, sarebbe gravemente a rischio il raggiungimento degli obiettivi del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Infatti, a ben vedere,il contratto a valle ben potrebbe essere privo di profili ed effetti anticoncorrenziali, nonostante il prezzo o una determinata clausola[100] risultino determinati in un accordo di cartello a monte. Anche in questa ipotesi, infatti, il singolo contratto a valle non sembra di per sé violare la norma imperativa antitrust, poiché la sanzione della nullità delle intese è comminata dall'ordinamento a fine di colpire la ripetizione su vasta scala delle condotte negoziali riproduttive dei contenuti del cartello e prima ancora alla condotta materiale delle imprese aderenti al cartello, che pattuiscono di allinearsi nel proporre le medesime condizioni, falsando la dinamica concorrenziale, mentre non riguarda il singolo regolamento negoziale[101].

NAVARRETTA E., Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, in Rivista di diritto civile, 1, 2005, p. 507 ss, e in particolare 520; VETTORI G., Contratto e concorrenza, in Rivista di diritto privato, 2004, p. 765 ss; MELI M., Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Giuffrè, Milano, 2001, p. 162.

[100] In proposito, MAUGERI M., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A., Contratto e antitrust, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 175 ss, e in particolare p. 180, rileva come, se si applicasse il regime civilistico della nullità ex articolo 1418 c.c., primo comma, dovrebbe trovare applicazione anche la norma di cui all'articolo 1419 c.c., primo comma, potendo risultare che i contraenti non avrebbero concluso il contratto, senza la clausola colpita da nullità.

[101] Una spiegazione più approfondita del fenomeno si trova in MAUGERI M. R., Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici, Ed. It. 2006, p. 45. Inoltre, il singolo contratto, pur costituendo una modalità esplicativa di un illecito anticoncorrenziale, ben potrebbe non avere effetti anticoncorrenziali di per sé solo, come affermato in MAUGERI M. R., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 175 ss, in particolare p. 181.

Per questi motivi, e pur rimanendo aspro il confronto della dottrina sul punto[102], si può ritenere che l'eventuale comportamento dell'impresa, che abbia imposto condizioni attuative di una intesa anticoncorrenziale, costituisca un illecito prenegoziale, laddove il rimedio esperibile è quello risarcitorio.

Diversa è l'ipotesi in cui il contratto stipulato da un partecipante all'intesa con un soggetto terzo dia vita ad una intesa secondaria, attuativa dell'incontro originario e con esso collegato: in questo caso, il contratto a valle, che concorre a realizzare l'illecito anticoncorrenziale, è nullo[103].

Ancora più complesso appare il quadro relativo al regime giuridico da applicare al contratto abusivo dell'impresa in posizione dominante, dato che gli articoli 102 TFUE e 3 della legge antitrust, dopo aver individuato la fattispecie e posto il divieto di abuso, nulla dicono quanto alla sanzione da applicare[104].

Una parte della dottrina sostiene la tesi dell'estensione al caso in esame del regime di nullità di protezione, utilizzando diverse argomentazioni, e in particolare attraverso l'estensione analogica dell'articolo 36 del codice del consumo. Tuttavia, com'è stato efficacemente sottolineato[105], la *ratio* posta a fondamento delle norme a tutela della concorrenza, tra le quali si inscrive la disciplina dell'articolo 102 TFUE, è pronfondamente diversa da quella posta a tutela del consumatore: infatti, il divieto di abuso di posizione

---

[102] Si segnala, inoltre, la presenza di Autori che sostengono la tesi dell'annullabilità (MELI M., Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Giuffrè, Milano, 2001, p. 190 ss) e della riduzione a equità (GUIZZI G., Mercato concorrenziale e teoria del contratto, in Rivista di diritto commerciale, I, 1999, p. 99 e ss).

[103]La distinzione in esame riprende quella tedesca tra *Ausführungsverträge* e *Folgeverträge*, che però è rifiutata come arbitraria da una parte della civilistica italiana, in particolare CASTRONOVO C., L'avventura delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 29 ss.

[104] MAUGERI M. R., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Laterza, Bari-Roma, p. 175 ss, in particolare p. 182 ss, illustra le ragioni storiche del silenzio del legislatore sul punto, ravvisata nella originaria derivazione della norma da un istituto tedesco simile, che però non prevedeva espressamente il divieto del comportamento abusivo.

[105] Cfr. MAUGERI M. R., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Laterza, Bari-Roma, 2008, p. 175 ss; NAVARRETTA E., La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2007, 11, II, p. 419 ss.

dominante mira a evitare le inefficienze derivanti da una contrattazione in ambiente monopolistico, al fine di tutelare il mercato. Le norme poste a tutela del consumatore sono volte, invece, a proteggere la parte debole, vittima di un'asimmetria informativa. Nonostante si possa affermare che anche la disciplina del codice del consumo abbia come interesse generale quello di tutelare il mercato, in ogni caso la disciplina individua come *medium* della tutela il consumatore.

Un'altra ipotesi ermenuetica è quella che reputa applicabile analogicamente la disciplina posta all'articolo 9 della legge sulla subfornitura, in tema di abuso di posizione dominante. In particolare, secondo questa tesi, bisogna distinguere tra contratti abusivi stipulati dall'impresa in posizione dominante con altre imprese e contratti abusivi stipulati con il consumatore finale. Nella prima ipotesi, i contratti sono nulli in quanto sarebbe configurabile anche un abuso di dipendenza economica, e dunque l'applicazione della norma in esame opererebbe in via diretta. Invece, più difficile è che si verifichino i presupposti della fattispecie di abuso di dipendenza economica nel caso di contratti stipulati con il consumatore finale, che sarebbero nulli in seguito ad un'applicazione analogica della norma in esame[106].

Altra parte della dottrina[107] affronta la questione partendo dalla distinzione tra le due categorie in cui è possibile ricondurre l'abuso di posizione dominante, in particolare quella dell'illecito di sfruttamento e quella dell'illecito di impedimento.

Come già detto, nella prima ipotesi di illecito, l'impresa dominante utilizza surrettiziamente la propria posizione di dominanza economica sul mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti sovracompetitivi, mentre la seconda ricomprende le condotte volte a

[106] Le argomentazioni per esteso della tesi, qui brevemente ripercorsa, si trovano in LIBERTINI M., Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II), in Danno e responsabilità, 3/2005, p. 237 ss, in particolare p. 248 ss.

[107]MAUGERI M. R., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A., Contratto e antitrust, Laterza, Bari-Roma, 2008, p. 175 ss, in particolare p. 185 ss., e anche MAUGERI M. R., Abuso di dipendenza economica e autonomia privata, Milano, Giuffrè, 2003, p. 113 ss.

estromettere i concorrenti dal mercato o a impedire loro di farvi ingresso o di aumentare le proprie quote di mercato, riducendone così la libertà di concorrenza soggettiva.
Si prenda in considerazione la prima categoria di abuso, ben esemplificate dalla clausola con cui l'impresa dominante impone direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, al fine di trarre profitti sovraconcorrenziali. A questa ipotesi, ben potrebbe applicarsi, secondo tale tesi, la norma di cui all'articolo 1339 c.c., ottenendo, in questo modo, l'integrazione del regolamento contrattuale con una clausola, che il giudice elabora al termine di una complessa operazione di individuazione del prezzo e delle condizioni praticati sui mercati di confronto. Nel caso, invece, di abusi di impedimento, la soluzione vista sarebbe praticabile solo nell'ipotesi di clausole abusive cui l'altro contraente sia stato obbligato a prestare l'assenso: tali clausole, infatti, realizzano un abuso di sfruttamento, pur essendo volte a escludere dal mercato un operatore economico. Le clausole attraverso le quali si realizza un abuso di impedimento, cui l'altro contraente abbia spontanemante aderito, sarebbero nulle ex articolo 1418 c.c. solo se idonee a realizzare l'abuso[108].

[108]Contrario TADDEI ELMI G., Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi, in Persona e mercato, 1, 2011, p. 198 ss, in particolare p. 203 ss, il quale afferma che non possa applicarsi l'articolo 1418 c.c. a nessun tipo di abuso di posizione dominante. Infatti, quanto agli abusi di sfruttamento, si rileva qui che la nullità ex articolo 1418 c.c. può derivare solo dalla violazione di una regola di validità, mentre il divieto di abuso di posizione dominante di sfruttamento colpisce un comportamento dell'impresa dominante e non può estendersi al regolamento negoziale. Rispetto agli abusi escludenti, il divieto colpisce non il singolo contratto in quanto tale, ma gli effetti complessivi dell'insieme di contratti perpetranti l'abuso, con conseguente impossibilità di applicare l'articolo 1418, comma 1, c.c.

Conclusioni

Sommario

1. Premessa; **2.** L'illecito civile antitrust e la disciplina europea della responsabilità extracontrattuale; **3.** Effettività del rimedio e duttilità degli strumenti processuali nazionali; **4.** La claudicante complementarietà tra *private* e *public enforcement* del diritto europeo della concorrenza;

1. Premessa

Nell'introduzione a questo lavoro, sono stati individuati quattro obiettivi della ricerca, volta a valutare la reale attitudine delle previsioni della Direttiva 2014/104/EU in punto di azioni risarcitorie antitrust a raggiungere gli scopi espressamente assegnati dal legislatore all'istituto e a ricostruire, nel caso di lacune, norme adeguate al perseguimento di tali scopi declamati e coerenti con il quadro di valori europeo in tema di responsabilità civile (i e ii, paragrafo 2.); ad analizzare l'effettività e l'efficienza del processo civile anticoncorrenziale, nel momento in cui le prescrizioni europee devono trovare applicazione nel sistema della giustizia civile italiana (iii, paragrafo 3); a considerare complessivamente gli strumenti civilistici di tutela del diritto della concorrenza dell'Unione europea, in rapporto con il distinto apparato pubblicistico di *antitrust enforcement* (iv, paragrafo 4).

Si cercherà, adesso, di tirare sinteticamente le fila della ricerca, procedendo in maniera analitica per ciascuno di questi obiettivi.

2. L'illecito civile antitrust e la disciplina europea della responsabilità extracontrattuale

La natura bifronte e anfibologica[1] del risarcimento civile per danno derivante da condotta anticoncorrenziale costituisce una buona occasione di indagine intorno all'esistenza di un sistema europeo di responsabilità extracontrattuale.

Più estesamente, si è visto come la disciplina dell'ipotesi di illecito in esame risulti dall'*aquis* comunitario, dalla Direttiva 2014/104/EU, dalle leggi nazionali di recepimento e dalle regole operazionali proprie della responsabilità extracontrattuale, che, in questo lavoro di tesi, sono state ricostruite in una dimensione europea.

L'elezione del diritto privato europeo a sistema, al fine di colmare le lacune della disciplina di settore, risulta giustificata da una serie nutrite di ragioni. Innanzitutto, si è mostrato come l'Unione europea abbia sempre privilegiato il rimedio risarcitorio come strumento di affermazione della piena effettività del diritto europeo, sebbene attraverso due distinti *modus operandi*. Nei casi in cui l'Unione non abbia competenza legislativa esclusiva in materia, la Corte di Giustizia utilizza strumentalmente la responsabilità civile degli Stati per dotare di applicazione orizzontale le norme europee, mentre, nel caso in cui l'Unione abbia competenza legislativa esclusiva, viene regolato direttamente il rimedio, secondo quanto è avvenuto nel caso di danno *antitrust*.

L'effetto complessivo è lo scardinamento del sistema della responsabilità civile nazionale, tale per cui risulta privo di senso affrontare una riorganizzazione della responsabilità extracontrattuale a livello di diritto interno[2]. Un primo risultato del mutamento delle fonti può ravvisarsi, quindi, nel deterioramento del rapporto espresso in termini di deroga ed eccezioni.

---

[1] Secondo l'espressione coniata da SCODITTI E., Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in Foro it., 2004, IV, p. 4 ss in riferimento alla responsabilità civile dello Stato.

[2] È quanto sostenuto da SALVI C., Diritto europeo e responsabilità civile, Resp. Civ. e prev., 1, 1999, p. 29 ss. Naturalmente, si rinvia al testo per ulteriori riferimenti bibliografici.

Ma il dinamismo interno al processo di affermazione del diritto privato europeo ha anche un ulteriore e profondo risultato, che attiene alle funzioni della responsabilità civile. Nel corso della trattazione, si è mostrato come il principio di effettività del diritto della concorrenza dell'Unione[3], calco dell'intera disciplina del danno anticoncorrenziale, modelli l'istituto secondo logiche diverse da quella puramente compensatoria. Sono state, così, individuate le due anime dell'illecito, che, oltre a traslare il danno ingiusto da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, è volto anche a realizzare la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato. Particolarmente utili sono risultati, sul punto, gli insegnamenti dell'analisi economica del diritto che, riscrivendo la tradizionale definizione della responsabilità civile attraverso il criterio della efficienza, crea un sistema di incentivi tale da indurre le imprese ad internalizzare i costi sociali derivanti dalla condotta anticoncorrenziale, acquisendo adeguate misure di protezione. Inoltre, la scelta dello strumento metodologico dell'analisi economica ha permesso anche di mostrare in che termini compensazione e deterrenza sottendano questioni diverse sul piano della politica del diritto, sicché l'espressa esclusione di ogni forma di sovracompensazione non priva il rimedio risarcitorio anticoncorrenziale di una funzione deterrente. Infatti, la deterrenza attiene agli obiettivi generali della responsabilità extracontrattuale – quali declamati dai principi e perseguiti dalle norme dettare per gestire il rischio che il comportamento illecito venga compiuto – mentre l'alternativa compensazione/sovracompensazione riguarda la risposta sanzionatoria in concreto.

Fermo questo quadro di riferimento, risultano coerenti le previsioni, che discendono dalla Direttiva 2014/104/EU e dal Decreto Legislativo 3/2017, in materia di giudice competente[4], responsabilità solidale delle imprese danneggianti[5] e di prescrizione[6], in quanto adeguate alle

[3] Considerando nn. 1, 2, 3, 4, 54 e articolo 1, Direttiva 2014/104/EU.
[4] Articolo 18, Decreto legislativo 3/2017.
[5] Articolo 11, Direttiva 2014/104/EU e articolo 9, Decreto legislativo 3/2017.
[6] Articolo 10, Direttiva 2014/104/EU e articolo 8, Decreto legislativo 3/2017.

peculiarità della materia in esame. Più articolata è la riflessione svolta in materia di legittimazione attiva, che, stante la natura plurioffensiva dell'illecito, si snoda lungo due crinali fondamentali: il tema del *passing on*[7] e quello della tutela collettiva, connessi al problema dei rapporti di forza tra apparato privatistico e apparato pubblicistico di tutela della concorrenza, affrontato *infra* (paragrafo 4).

Nell'economia complessiva del lavoro di tesi, rilevanza centrale è stata attribuita all'operazione ermeneutica volta a tracciare il rapporto funzionale tra gli elementi fondanti dell'illecito – interesse tutelato, causa, elemento soggettivo, giudizio di selezione del danno risarcibile – in modo che siano coerenti con gli obiettivi che l'ordinamento europeo riconosce al sistema in cui è inserito.

L'attrazione della materia del danno civile anticoncorrenziale entro il sistema del diritto della concorrenza dell'Unione europea rende del tutto peculiare il conflitto di interessi sottostante al tipo di illecito in esame. Infatti, si registra uno scollamento tra il tradizionale *target* civilistico (effettività dei diritti, e quindi effettività dei rimedi volti a garantirli) e quello del diritto europeo (effettività di un settore dell'ordinamento, il diritto antitrust europeo, volto a realizzare un assetto economico concorrenziale), che ha una ricaduta operativa diretta nella delimitazione dell'ambito di protezione della norma violata, ove l'interesse giuridicamente tutelato è proprio l'assetto concorrenziale del mercato[8]. La delimitazione in termini così generali dell'ambito di protezione della norma violata, al fine di realizzare l'effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea, giustifica l'utilizzo, per l'ipotesi di illecito in esame, di regole operazionali *ad hoc* in tema di causalità, elemento soggettivo e individuazione delle voci di danno risarcibile.

L'analisi è stata condotta a partire dallo studio della risarcibilità dei prezzi di protezione, in seguito alla sentenza *Kone*[9]. La ricerca affronta il problema

[7] Articoli 12 e ss, Direttiva 2014/104/EU e articoli 10 e ss, Decreto legislativo 3/2017.
[8] Vedi *supra*, Capitolo 2, paragrafo 1.4.
[9] Corte di Giust., sez. V, 5 giugno 2014, causa C-557/12, caso *Kone*, Raccolta digitale generale.

della risarcibilità degli *umbrella prices*, mostrando come il tema non attenga alla sussistenza di un rapporto causale, ma ponga con forza l'accento sul concetto di rischio diffuso, rispetto al quale lo strumento della responsabilità civile è strutturalmente inadeguato, per cui solo in caso di condotte anticoncorrenziali di dimensioni eccezionalmente vaste il danno da prezzo di protezione è imputabile ai cartellisti.

Infatti, attraverso lo studio delle tradizioni giuridiche europee e, in particolare, delle sentenze in cui per la prima volta sono state elaborati i criteri della *conditio sine qua non* e dell'equivalenza delle cause e i correttivi della causalità adeguata e dello scopo della norma violata[10], si è cercato di dimostrare la difficile applicazione delle regole usualmente praticate dalla giurisprudenza italiana all'ipotesi di illecito in esame. A causa dell'ampiezza dell'ambito di protezione della norma violata, la tutela del mercato concorrenziale, cui corrisponde una doppia funzione (compensatoria e deterrente) del rimedio, il correttivo dello scopo della norma violata finisce paradossalmente, nel caso specifico del danno anticoncorrenziale, per allargare l'area della responsabilità. D'altro lato, tutti i correttivi che fanno capo all'area del rischio, e cioè il criterio della prevedibilità del danno e quello della causa adeguata, selezionano utilmente le sequenze causali risarcibili solo in caso di responsabilità per colpa. Poiché entrambi i criteri svolgono una selezione tra le catene causali, utilizzando come variabili estensive ciò che il danneggiante avrebbe dovuto pronosticare, la valutazione eziologica finisce per dipendere dal criterio di imputazione della responsabilità. In altre ipotesi di illecito civile, non si ha una sovrapposizione tra i due elementi, poiché le valutazioni sulla prevedibilità del danno e sulla ovvietà o straordinarietà di un avvenimento vanno svolte *ex ante*, in base alle migliori conoscenze scientifiche del momento. Invece, in questa ipotesi di illecito, sembra che proprio i danneggianti siano gli operatori economici in grado di prevedere con maggiore accuratezza gli effetti sul mercato di una condotta anticoncorrenziale.

[10] Bundesgerichtshof, 11 May 1951, I ZR 106/50 BGHZ 2, 138; Bundesgerichtshof, 24 October 1985, IX ZR 91/84; BGH, 30 settembre 1980, NJW 1981, 113.

In generale, tutti i criteri correttivi alla *conditio sine qua non* elaborati da dottrina e giurisprudenza sono funzionali a ipotesi di responsabilità civile in cui pressante è l'esigenza di selezionare la sequenza causale rilevante in modo che sia assicurato l'aggancio tra i danni subiti e la fattispecie astratta. Questa impostazione mal si adatta al tipo di illecito in esame. Infatti, nell'ipotesi di danno anticoncorrenziale, il danno concreto subito dai privati corrisponde al danno ingiusto che la fattispecie astratta mira a evitare, cioè un *pure economic loss*[11] che deriva dall'effetto di una pratica restrittiva sulle economie individuali. In maniera differente, la condotta anticoncorrenziale non provoca diverse sequenze causali, delle quali bisogna distinguere quelle rilevanti ai fini del risarcimento, ma determina conseguenze negative che si diffondono, spesso con effetto moltiplicativo, per il sistema economico, dato che la lesione dell'economia individuale produce a sua volta conseguenze su altre economie[12].

Si è argomentato nel senso di un capovolgimento, almeno per questa ipotesi di illecito civile, del rapporto tra giudizio di causa materiale e criteri di imputazione della responsabilità, laddove al primo deve essere attribuita una funzione servente rispetto al secondo, in quanto le norme sull'elemento soggettivo rappresentano regole preposte alla gestione del rischio.

Rispetto al criterio soggettivo di imputazione della responsabilità, è stato svolto un confronto tra le varie ipotesi di responsabilità civile di fonte europea[13], che dimostra come l'alternativa secca tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva sia molto riduttiva. Anche a livello di diritto nazionale, si ritiene superata una ricostruzione dell'elemento

---

[11] LIBERTINI M., La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari, in Concorrenza e mercato, 1, 2014, p. 265 ss.

[12] TRIMARCHI P., Illecito (dir. priv.), Enciclopedia del diritto, XX, 1970, Giuffrè editore, Milano, pt 19.

[13] La responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie (articolo 340 TFUE), la responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto europeo (sul modello delineato da Corte di Giust., 19 novembre 1997, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, caso Francovich e Bonifaci contro Italia, Raccolta della giurisprudenza 1995 I-03843), e la responsabilità del produttore ex Direttiva 2001/95/CE.

soggettivo nei termini di una contrapposizione netta tra articolo 2043 c.c. e criteri speciali di imputazione della responsabilità. Piuttosto, sembra a chi scrive che, al di là della formulazione letterale dell'articolo 2043 c.c., il criterio generale di imputazione della responsabilità vada ricercato indagando le logiche sottese alle fattispecie di responsabilità tipizzate dall'ordinamento, per cui è da preferire la tesi della dottrina che ricostruisce l'elemento soggettivo dell'illecito anticoncorrenziale nei termini di una presunzione (ex articolo 2600 c.c.) di colpa obiettiva per violazione della norma[14]. Si è poi applicato questo principio al caso dell'illecito civile anticoncorrenziale, ove il diverso grado di rischio all'assetto concorrenziale del mercato, secondo quanto stilizzato dalle teorie economiche elaborate, induce a ritenere che nel caso di abuso di sfruttamento la responsabilità sia oggettiva, mentre nel caso di abuso escludente sia fondata sulla colpa[15]. Proprio a questo punto, si è mostrata la peculiarità del conflitto di interessi sotteso ai prezzi di protezione, poiché il danno subito per effetto degli *umbrella prices* non è realizzazione di un rischio tipico e governabile dai cartellisti, la cui condotta ha aumentato un rischio diffuso e, pertanto, estraneo alle sfere d'azione proprio delle imprese colluse[16]. Per questa ragione, si ritiene che la colpevolezza delle imprese sussista solo nel caso in cui, a causa delle quote di mercato delle imprese colluse, l'intesa ha dimensioni tali che i danneggianti avrebbero potuto prevedere l'effetto dei prezzi di protezione. Qualora non sussista la colpa delle imprese partecipanti al cartello, bisogna indagare se il parallelismo del comportamento dell'intesa che ha fissato i propri prezzi a livello di quelli praticati dai cartellisti

[14] LIBERTINI M., Il diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2014, p. 490 ss.

[15] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, disponibile online: http://ec.europa.eu/competition. Si rinvia, inoltre, anche a DREXL J. – KERBER W. – PODSZUN R. (ed. by), Competition Policy and Economic approach. Foundations and Limitations, Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA) 2011, p. 94 ss. In italiano, si veda anche PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust, il Mulino, Bologna, 2010, p. 67 ss.

[16] TRIMARCHI P., La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 275 ss.

costituisca una pratica concordata, realizzando una convergenza di volontà che ha contribuito a falsare le condizioni di mercato.
Rispetto al giudizio di selezione del danno risarcibile, si è accolta la tesi di chi ha individuato nell'articolo 1223 c.c. una regola operativa in linea con la logica di una economia di mercato, per cui sono risarciti i danni derivanti dalla lesione di interessi direttamente soddisfacibili con la messa a profitto della posizione giuridica lesa[17]. Il tema è immediatamente connesso a quello della quantificazione del danno anticoncorrenziale, ove si è illustrato come il diritto ad un pieno risarcimento, ex articolo 3 della Direttiva, possa essere garantito solo attraverso il ricorso a metodi e tecniche della letteratura economica, tali da rendere efficiente il rimedio risarcitorio[18].
La costruzione di una teoria particolare degli elementi dell'illecito civile anticoncorrenziale è stato, quindi, l'obiettivo principale del lavoro. Per questa ragione, la linea privilegiata di indagine futura è ravvisata nel confronto comparativo tra le diverse ipotesi di illecito civile di fonte europea, al fine della elaborazione di una teoria generale della responsabilità extracontrattuale europea.

3. Effettività del rimedio e duttilità degli strumenti processuali nazionali

La Direttiva 2014/104/EU attribuisce grande rilevanza al momento processuale, in quanto primaria è l'esigenza di adeguare i meccanismi del rito civile nazionale a una fattispecie fortemente caratterizzata come l'illecito anticoncorrenziale.

[17] BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss.
[18] Commissione Europea, Guida pratica alla Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea che accompagna la comunicazione della commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2013.

Data la natura asistematica del diritto processuale europeo, il lavoro ha qui adottato una prospettiva speculare e opposta rispetto a quella che elevava a sistema, in materia di elementi civili dell'illecito, il diritto europeo. Si è trattato, infatti, di valutare l'impatto delle norme di diritto processuale, dettate al fine di garantire l'effettività del diritto europeo della concorrenza, sul sistema nazionale della giustizia civile, tenendo sempre fermo il fine di modulare gli strumenti istruttori tradizionali del processo civile italiano alle esigenze del *private antitrust enforcement*[19].

La ricerca, quindi, ha sempre valorizzato una interpretazione delle norme processuali coerente con la corretta attuazione dei fini di compensazione e di deterrenza riconosciuti all'illecito civile anticoncorrenziale.

In particolare, quanto all'onere della prova, accantonate le soluzioni proposte dalla teoria normativistica, si è dato ingresso ai principi di inerzia e di vicinanza, che, in quanto espressione del canone di ragionevolezza, cardine del sistema europeo (e nazionale) di tutela dei diritti, consentono una ripartizione dell'onere probatorio che rifletta le funzioni attribuite a ciascun elemento dell'illecito. È stata anche prospettata una interpretazione estensiva delle condizioni stabilite in punto di contenuto dell'atto di citazione, di esibizione di documenti e di consulenza tecnica, al fine di rendere gli strumenti di rito più adatti alle peculiarità della materia in esame, che impone al giudice complesse analisi economiche e fattuali.

Soprattutto, in un'azione civile anticoncorrenziale, il giudice ordinario è chiamato ad applicare modelli econometrici, rispetto ai quali non è data alcuna verifica in termini di verità o falsità, mentre è possibile solo una verificazione, attraverso la simulazione del modello prescelto, di cui si valuta la capacità predittiva. Per questa ragione, è sembrato opportuno sviluppare una riflessione intorno al tema dello standard di prova del nesso di causa, al fine di mettere in discussione l'utilizzo del criterio del più *probabile che no* nel giudizio risarcitorio da danno anticoncorrenziale. Infatti,

[19] Così anche Cassazione, sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, *Comi et al.*

l'analisi di alcune pronunce europee in materia[20], erroneamente richiamate dalla giurisprudenza italiana cui si deve l'elaborazione di tale criterio[21], ha mostrato come in un'azione civile *antitrust* i due elementi di fatto del giudizio di causalità (condotta anticoncorrenziale e danno privato) siano ricostruiti sulla base di dati statistici che combinano probabilità quantitativa e probabilità logica. Dal momento che una valutazione di natura probabilistica è già necessaria per colmare il deficit collettivo di conoscenza intorno ai due termini del nesso causale, si è ritenuto in contrasto con il principio di ragionevolezza ancorare anche lo standard di prova del nesso di causa a considerazioni di tipo statistico, essendo preferibile combinare il principio della preponderanza dell'evidenza con quello del libero convincimento del giudice, secondo il suo prudente apprezzamento.

4. La claudicante complementarietà tra private e public enforcement del diritto europeo della concorrenza

L'articolo 7 del Regolamento 1/2003 ha rintracciato nella creazione di un apparato privatistico di tutela della concorrenza, complementare a quello pubblicistico, un passaggio ineludibile nel processo di modernizzazione e di decentralizzazione del diritto antitrust europeo.

L'insufficienza del *public enforcement* quale unico strumento di tutela del mercato concorrenziale è riconducibile a diverse ragioni. Quanto agli obiettivi del diritto della concorrenza, non è ottimale il risultato garantito dal solo utilizzo delle azioni delle autorità amministrative, giustificate da politiche necessariamente contingenti che potrebbero anche essere in contrasto con i fini economici generali perseguiti.

Inoltre, l'attribuzione diretta ai cittadini europei dei rimedi esaminati, e cioè la tutela risarcitoria, i meccanismi di composizione consensuale delle controversie, le azioni di invalidità dei contratti a valle dell'illecito

[20] Corte di Giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, caso *Laval*; Corte di Giust., 13 luglio 2006, causa C-295/04 e C-298/04, caso *Manfredi,* Raccolta della giurisprudenza 2006 I-06619.
[21] Cassazione Civile, Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581.

anticoncorrenziale, li rende attori protagonisti del processo di integrazione europea, riconoscendo loro un ruolo chiave nel processo di affermazione dell'ordinamento giuridico europeo.

Tuttavia, a conclusione di questo studio sul *private antitrust enforcement*, può dirsi che la complementarietà tra i due livelli di tutela del mercato concorrenziale è claudicante, ove il momento pubblicistico mantiene, in ogni caso, un ruolo preponderante rispetto a quello privatistico.

Ciò è direttamente imputabile, innanzitutto, alla nascita recente del *private antitrust enforcement*, che si è sviluppato in seno a un sistema fortemente accentrato, in cui tradizionalmente massiccia è l'azione amministrativa. Ne è indice significativo l'eterogenesi dei fini del diritto della concorrenza, ove non è possibile individuare un ordine gerarchico neanche tra gli obiettivi economici, secondo un impianto di economia costituzionale: il contemperamento tra fini spesso confliggenti è caratteristica peculiare dell'azione amministrativa. La creazione di un microsistema di illecito civile, che accompagni alla tradizionale funzione di compensazione anche effetti deterrenti, ha imposto di supporre, in questa indagine, che la massimizzazione del benessere complessivo, con una correzione in senso distributivo, costituisca lo scopo unificante delle molteplici finalità economiche perseguite dal sistema.

Inoltre, assolutamente inadeguate a descrivere le caratteristiche strutturali dei danni privati sono le tradizionali categorie giuridiche del diritto della concorrenza (intese; abuso di posizione dominante; concentrazione), mentre da preferire è l'approccio economico che distingue tra condotte di sfruttamento e condotte escludenti. Le ricadute operative sono significative, dato che, come si è mostrato nel corso della trattazione, si ritiene che la responsabilità derivante da abuso di sfruttamento sia oggettiva per rischio, mentre quella derivante da abuso di impedimento sia fondata sulla colpa. Per le stesse ragioni, non sembra razionale la norma che prevede una inversione dell'onere della prova nel caso di danno derivante da cartello: la presunzione semplice dovrebbe estendersi a tutti i casi di danno da condotta anticoncorrenziale di sfruttamento.

Anche le riflessioni suggerite dalla natura plurioffensiva dell'illecito, e in particolare l'assenza di norme *ad hoc* in tema di azioni collettive anticoncorrenziali[22] e la mancata previsione di un sistema bifasico in materia di traslazione del danno[23], mostrano un grave *vulnus* della disciplina.

Del resto, è la stessa Direttiva 2014/104/EU a coordinare le due modalità di applicazione delle regole di concorrenza in modo da ritrarre lo strumento privatistico in caso di contrasto con quello pubblicistico: tutta la disciplina in materia di esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante risulta volta a salvaguardare il livello pubblicistico di tutela[24].

Di segno differente le considerazioni svolte intorno alla norma che attribuisce efficacia vincolante all'accertamento della condotta anticoncorrenziale contenuto nelle decisioni finali dell'autorità antitrust nazionale e della Commissione. In particolare, ampio spazio è stato dedicato, in questa trattazione, allo studio della norma contenuta all'articolo 9, comma 1°, della Direttiva 2014/104/EU, recepito in Italia dall'articolo 7 del Decreto Legislativo 3/2017. La norma ha, infatti, un grande impatto nell'intero sistema di *antitrust enforcement*, essendo volta a

[22]A causa della diversità delle tradizioni giuridiche dei Paesi membri, l'Unione è intervenuta con un documento di *soft law*, e cioè la Raccomandazione 2013/396/UE, che pone principi in materia di meccanismi di tutela collettiva per la tutela di diritti conferiti dal diritto europeo. Rispetto alla tutela collettiva risarcitoria, la Raccomandazione tratteggia un rimedio con funzione spiccatamente compensatoria, pur ribadendo la necessità, nei casi di torti di massa, di rendere effettivo il diritto alla tutela in modo da garantire anche l'effettività dei diritti riconosciuti dall'Unione. Sulla materia della tutela collettiva dovranno intervenire anche le previsioni del cosiddetto New Deal dei consumatori, attribuendo la legittimazione ad agire a soggetti riconosciuti, quali, ad esempio, le organizzazioni dei consumatori. Cfr. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva del Consiglio 93/13/EEC del 5 aprile 1993, la Direttiva 98/6/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio, la Direttiva 2005/29/EC del Parlamento europeo e del Consiglio e la Direttiva 2011/83/EU al fine di rafforzare l'efficacia e modernizzare le regole a protezione del consumatore.

[23] Come auspicato invece dallo studio, condotto nel gennaio 2006, su iniziativa della Commissione, Roundtable discussion on private remedies: passing on defense; indirect purchaser standing; definition of damages, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee.

[24] Articolo 6 Direttiva 2014/104/EU e articolo 4 Decreto legislativo 3/2017.

evitare applicazioni contraddittorie degli articoli 101 e 102 TFUE e aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni, promuovendo il funzionamento del mercato interno[25].

Il vincolo al potere di accertamento del giudice civile ordinario, che ha importanti antecedenti in precedenti esperienze europee[26], è difficilmente inquadrabile all'interno delle tradizionali categorie concettuali italiane. La questione non è puramente dogmatica, ma è stata affrontata nel testo al fine di soppesare l'eventuale contrasto con il principio costituzionale del giusto processo, codificato dall'articolo 101 Costituzione, e di delimitarne l'ambito di applicazione. Al termine di un'ampia disamina delle principali proposte avanzate dalla dottrina, questo lavoro suggerisce di interpretare la decisione definitiva dell'autorità amministrativa come fatto costitutivo concorrente dell'illecito. Centrale è interrogarsi sulla *ratio* della norma, che deve essere considerata come un corollario del principio di ragionevolezza, di cui si compone il principio del giusto processo ex articolo 101 della Costituzione.

[25] Considerando 34, Direttiva 2014/104/EU.

[26] Il riferimento è, in particolare, al § 33.4, ora 33.b, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen*, che riconosce un effetto probatorio vincolante alle decisioni accertanti la violazione della concorrenza della Commissione, del Bundeskartellamt e delle autorità nazionali della concorrenza dell'Unione.

Summary

Private Enforcement of European Competition Law

Introduction

1. The Development of Civil Claims for Antitrust Damages in the EU –

TFEU articles 101 and 102 focus on European competition law, but the treaty specifies no civil consequences for participating firms. Before the ECJ confirmed such claims, scholars disagreed over whether it was possible to sue for damages relating to breaches of European competition law. For the first time, with Courage/Crehan, the ECJ upheld plaintiff civil damages claims.

However, in the absence of European rules governing action for damages, it was left to national legal systems to designate tribunals with jurisdiction over such cases and regulate procedural rules on action designed to safeguard rights directly accorded individuals under EU law. A great deal has been published on this topic, suggesting that EU rules should be adopted on the matter. Several judgements by the ECJ (Courage; Manfredi; Kone) triggered change. In 2014, European lawmakers came up with a legislative solution to the problem, issuing EU Directive 2014/104. Before the ECJ upheld such claims, damages claims for breaches of competition law were regulated in some European countries with examples being § 33 1998 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB and article 13(2) LDC 1988. For this reason, La Réparation des Conséquences Dommageables d'une Violation des Articles 85 and 86 du Traité Instituant la CEE, Série Concurrence No. 1, Brussels, 1966, established Common Principles of Civil Damages Claims for antitrust infringement for national legal frameworks. To date, according to official website http://ec.europa.eu, last updated on November 2017, twenty-five member states have fully implemented the directive, while the remaining

member states are in the final stages of national legislative processes designed to adopt measures implementing the directive.

2. Private antitrust litigation in Italy – In Italy, private antitrust litigation has thrived since 2010, though in a geographically limited part of Italy. Most cases are follow-on claims affecting the telecommunications, energy, airline industry and airport services sectors. Stand-alone claims are infrequent and filed by firms for exclusionary abuses.

3. Research objectives - This study aims to return the microsystem – the subject of the analysis – to the macro-system to which it belongs. This systematic tension can be broken down into four specific objectives of the work: i) to assess the effectiveness of EU Directive 2014/104 on antitrust damages action; ii) to identify rules designed for the purposes of pursuing European legislative goals; iii) to study the impact of the European rules in the Italian civil process; iv) to compare private antitrust enforcement and public antitrust enforcement.

These objectives give rise to two preliminary questions: what is the reference system? What are the functions attributed to anti-competitive damage compensation? The two questions are intrinsically interlinked. Once the macro-system has been identified, whether liability for anti-competitive damage aims only to transfer damage from victim to tortfeasor or whether other functions can also be traced can easily be understood. Similarly, once the liability functions have been identified, the relevant legal framework is easier to define.

Antitrust damage results from a series of intersections designed to make the legal framework itself fluid. This is an inherent issue with current private law, whereby the process of European integration and the various exchange functioning paradigms have transformed the framework into a network in which lawyers risk being caught up.

There is a vertical intersection between the European and national law levels and non-contractual liability is attracted into the European

competition law orbit, with an intersection between private law rules and regulation law. In this sense, this work studies private antitrust enforcement as a testing ground for the European non-contractual liability system.

The antitrust damage development reflects the internal dynamism via which the effectiveness of EU law is affirmed. The doctrinal task is to reconstruct the characteristics of torts, both in reference to the rules established at European level, and for the unregulated aspects, relating to the system, which is recognized in the general logic of non-contractual liability as configured by the European system. In fact, antitrust damage is typically amphibological, with some elements fixed at European level and others reconstructed through the principles of procedural autonomy, equivalence and effectiveness.

In all European torts, the effectiveness principle invariably undermines national civil liability systems, requiring a European framework to be constructed. But while, in general, the effectiveness of European Union law shapes the institution of civil liability in a different way from national law, this is even truer in the case of antitrust damages, because of the second intersection. In private antitrust enforcement, damage compensation must be relevant to the effectiveness of EU competition law. For this reason, enforcement is not only of the private rights thanks to compensation, but also of a sector of European legal framework. Thus, civil antitrust damage action is twofold in purpose: compensatory and deterrent.

Issue (iii) is another matter because the European rules on civil procedure are structurally unsystematic. In any event, the two illustrated intersections play an important role. Indeed, on one hand, we must seek common rationales and goals in the various European civil justice field interventions with judges being guided in the process of selecting the tools to be used in specific cases. On the other hand, the second intersection poses the significant issue of the efficiency of anti-competitive civil proceedings, so that interpreters are obliged to reconstruct Italian civil

proceeding rules and institutions so that they are functional to the achievement of the compensatory and deterrent objectives of the alleged infringement in question.
Finally, objective (iv), i.e. comparing the competitive market's civil and public levels of protection, will not be addressed in a specific forum but examined throughout the work, as it essentially cuts across the various topics analysed. For this reason, in addition to analysing the specific intersections between competitive civil actions and public antitrust enforcement and the other private enforcement instruments, the research opens with a lengthy examination of European competition law's objectives and institutions.

Chapter 1. European competition law, European private law and European private autonomy

Studying the effectiveness and efficiency of European private antitrust enforcement requires understanding the competitive market's general protection mechanism. For this reason, this work begins with a description of evolutions in European competition law, in order to show that competition law is a synopsis of economic theory and competition policy.
Antitrust experience is built on principles according to which markets need to be protected not only from public power, but also from private power abuse, which has the effect of reducing and defending private autonomy. The European principle of private autonomy is modelled on the intersection between private law and corporate law, areas of European law whose borders are vanishing.
At the dawn of European integration, European regulatory private law aimed to make and ensure the European market in a heterogenesis of economic and political purposes.

1. Agreements, abuse of dominant positions, concentration

Having set out the objectives of EU competition law, the next logical *step* for this work is to identify the rules on anti-competitive conduct. For this reason, this work contains a wide-ranging analysis of cartel institutions, abuse of dominant positions and mergers, as company offences. However, comparing social and private damage shows that these three institutions are complementary to the proper functioning and application of public competition protection. By contrast, in a study that has chosen to focus on private competition protection instruments, the abuse of exploitation/exclusionary abuse binomial seems more appropriate, thus using an economic perspective whose starting point is the structural characteristics of the damage.

Chapter 2. European Non-contractual liability and competition law

1. Matters of method

The Goals of Private Antitrust Enforcement – Discussing civil action for antitrust damages requires consideration of the scope and context of EU rules, which should fall within the remit of such an examination. As is well known, the scope of the rules and procedures governing antitrust damages suits is twofold: compensation and deterrence. It is important to clarify exactly what is meant by compensation and deterrence as goals of European Competition law here. On one hand, the purpose of private antitrust enforcement is to secure reparation for harm caused by antitrust infringements. On the other hand, EU Directive 2014/104 aims to ensure the maximum effectiveness of competition in the European market via interaction between public and private enforcement. Moreover, compensation is not the only European private antitrust enforcement objective, although the directive insists that national courts must ensure full compensation for loss. Indeed, focusing on full compensation does not exclude a further function, because private antitrust damage action

also aims to enhance the effectiveness of competition law, thus determining new interaction between civil liability rules and market regulation policies. Bearing these objectives in mind, we might indeed ask whether the rules are up to their task.

The twofold nature of the damage in question leads to interrelations on two different levels (see *infra*) that are independent, though conceptually related.

Interaction between European law and national rules – European law and national rules on civil remedies for antitrust damages interact in complex ways. The constitutive elements in tort – regulated by European lawmakers in the directive – require study as they result from practical implementation, depending on national substantive and procedural rules. A key issue is the real ductility of civil remedies, as there are undeniable disparities between member states' legal traditions.

Furthermore, as we saw above, the means the European Union uses to regulate civil remedies are very different from those of national laws, wherever an important goal is ensuring the effectiveness of European law. In other words, the purpose of European legislation is creating its own compensatory remedies because these also perform an enforcement function for European competition rules and thus further European legal order objectives. This is in the nature of European law, whose approach to the field of tort law is practical, because it serves functions not traditionally associated with private law. In addition, analysis is required into whether European law of tort principles can be identified and enforced. According to the directive, in the absence of EU rules on the matter, damages action is governed by the national rules, subject to principles of effectiveness and equivalence. But referring to the effectiveness and equivalence principles means looking for a common framework of liability rules in Europe.

Comparative law studies use four criteria to differentiate national civil liability rules: general clause versus fixed list; fault principle versus strict

liability; rules developed to guide causal search; pure economic loss compensation.

The intersection between law and economics – Discussing the deterrent effects of private action means studying whether civil liability for antitrust infringements can perform a regulatory function. As we have seen, deterrence involves securing real European competition law effectiveness. It is, however, still unclear whether this is the main goal of European competition law. Usually, an efficiency theory basis is detectable. Efficiency is a notion with multiple meanings. Two perspectives potentially give content to the efficiency notion: efficiency as maximizing total welfare; efficiency as maximizing consumer welfare. The main criticism to be levelled at European competition policy is that it provides no clear indications on which notion of efficiency is to be preferred.

Because of this link between legal rules and economic models, law and economics is the most useful method with which to examine antitrust damage action. The law and economics intersection is a way to understand law through its social effects, teased out with the help of concepts and theory borrowed from economics. It seeks to determine the main effects of rules on private antitrust damages action, to secure efficiency in the European market. Civil liability rules set out whether those suffering damage can demand compensation from those with whom there may be no other legal bond than damage causation itself. With the law and economics approach, civil liability rules generate general pressure to prevent harm and transfer the burden – shift the cost – onto those better able to shape their conduct to avoid future damages. The directive does not allow for overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages. In any case, such a rule does not exclude civil liability's deterrent function, as defined above. In the theoretical framework adopted in this work, compensation and deterrence are not radical alternative functions, but rather tools responding to different choice groups.

2. Rules of procedure

Individual legal standing – In accordance with ECJ judgment [ECJ 13 July 2006, *Manfredi*, pt 101, 2006 I-06619] and article 3 EU Directive 2014/104, any individual can claim compensation for harm caused by an agreement or practice prohibited by EU competition law. There are three main groups. The first is made up of actual and potential competitors. Firms can claim damages resulting from a vertical agreement they took part in if they took part in the infringement under pressure from the dominant firm to it. The ECJ ruling of 6 November 2012, C-199/11, *Commissione UE c. Otis NV* and aa, provided that the Commission and national authorities can claim compensation for antitrust damages, while respecting the *ne bis in idem* principle in follow on action. Thirdly, consumers can claim compensation for antitrust damages with two key issues being indirect purchaser standing and passing-on defence and the consumer rational apathy problem.

Indirect purchaser standing and passing-on – Indirect purchaser standing and passing-on defence are two intrinsically interlinked and complicated matters. Harm in the form of actual loss can result from the price difference between what was actually paid and what would otherwise have been paid in the absence of the infringement. If a cartel or a dominant company sells its goods at supra-competitive prices, a direct purchaser who paid an over-competitive price may or may not be able to pass on all or some of the loss to the next purchaser in the chain, as a consumer. In cases of pass-on, these purchasers, who are only indirectly linked with sellers, in turn lose out by paying a supra-competitive price passed on to them. If such a pass-on has taken place, can the original seller invoke a pass-on defence regarding the final purchaser? According to the directive (Chapter IV), the passing-on defence is allowable and the burden of proving that the overcharge was passed on will be the defendant's. Both indirect and direct purchasers can then sue the infringer. When an injured party has reduced actual loss by passing it on, entirely or in part, to its own

purchasers, the loss which has been passed on no longer constitutes harm for which the former is entitled to compensation.

The purpose of these rules is to ensure full compensation and avoid overcompensation, but there are some critical issues. It can be difficult to assess passing-on at the various stages in the production and distribution chain, though the system adheres to the principle of damages for each injured party. The action would be in principle separate and independent, though in practice there is no reason why parties could not seek to coordinate their action and thereby possibly save costs and time via appropriate procedural devices. In this regard, the use of group action mechanisms as well as some form of representative action at consumer level could be applied under this model. Research [European Commission, Roundtable Discussion on Private Remedies: Passing on Defence; Indirect Purchaser Standing; Definition of Damages. Working Paper no. 3 on Co-operation and Enforcement, 2006] has shown that a two-step procedure would be more effective. Under such a system, in initial proceedings a passing-on defence would be ruled out and the infringer sued for the total overcharge. By contrast, in later proceedings damages would be allocated between all injured parties. This procedure would have the advantage of achieving both goals, with the infringer paying all damages (deterrence aim) and subsequent allocation proceedings ensuring the achievement of the compensation aim as far as possible. This option raises some further questions as to the precise way in which it might operate, which require further consideration.

Collective redress – A key problem in the effectiveness of antitrust civil liability is how to overcome consumers' rational apathy. Consumers are essentially inactive, given the costs of litigation for small scale damages and potential gains, despite the *victus victori* principle. The antitrust arsenal comprises an important weapon: collective redress action. Collective legal action enables deterrence and compensation to be pursued, thanks to its cost reductions and its potential for overcoming consumers' rational apathy. Some scholars believe that the antitrust class action rules

encourage efficiency in consumer welfare terms. There are additional arguments in favour of collective redress, namely procedural efficiency and legal certainty.

The term "consumer's rational apathy" is to some extent misleading as, in competition law, collective redress need not be limited to consumer law issues. Quite the contrary. Collective legal standing could potentially be extended to potential and actual competitors. European rules on collective redress are dictated by the Commission's recommendations on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in member states concerning violations of rights granted under Union Law, 11 June 2013. This recommendation put forward a set of principles relating both to judicial and out-of-court collective redress that should be common to the whole European Union, while respecting member states' different legal traditions. In the case of representative action, the legal standing required for representative action should be limited to *ad hoc* certified entities, designated representative entities that fulfil certain criteria established by law or public authorities. In particular, such entities should be non-profit making and there must be a direct relationship between the main objectives of the latter and the EU law rights allegedly violated in the case. Such entities should have sufficient financial resources and legal expertise to represent multiple claimants and act in their best interest.

The recommendation set out specific principles relating to compensatory collective redress. Firstly, according to the opt-in principle, the claimant party should be based on the express consent of the natural or legal persons claiming to have been harmed. Any exception to this principle must be justified by reasons of administration. Every member of the claimant party must be entitled to leave at any time before the final judgement, without losing the right to pursue its claims in other forms. In collective follow-on action, courts should avoid making decisions conflicting with decisions under consideration by public authorities. This regulatory framework leads to very few consumers taking part in class

action: the key question is how many consumers will go to the effort of opting-in. The traditional literature on opt-in class action, confirmed by various legal framework experiences (see *infra*), shows that the number of consumers opting-in is very small, almost insignificant. In any event, the Directive on Consumers New Deal will provide for new rules on collective redress.

All member states have adopted several types of collective redress mechanisms. In Italy this consists of Consumer Code article 140 bis. In many fundamental ways, Italian class action conforms to the compensatory collective redress mechanism recommended by the European Commission to member states in June 2013. Indeed, tribunal decisions are binding only on consumers filing or 'opting in' to class action. Italian class action can move on to trial only after a tribunal has verified that certain conditions of admissibility have been met. Thirdly, punitive damages are not available.

Others have argued that Italian class action does not conform to European Commission recommendations as it can only be used by consumers and only for certain infringements. Thus in Italian class action, consumers harmed by the same infringement may opt-in only for a short period after the class action has been admitted. Italian class action may also be filed before public authority decisions are final, although tribunals may decide of their own accord to stay proceedings until that time; class action cannot be restarted.

Finally, it is worth noting that exporting the class action model to some countries is problematic: for example, in Germany, where the *Verbandsklage* is the dominant tradition. By contrast, other member states have a long history of representative action, such as Austria, whose Civil Procedure Act allows for joinder of claims.

Joint and several liability – According to article 11 of the directive, firms which have infringed competition law through joint behaviour are jointly and severally liable for the harm caused. Each of these firms is bound to compensate for the harm in full, and the injured party has the right to

require full compensation from any of these. An exception is small or medium-sized businesses under circumstances defined by article 11.2 of the directive. In the directive the sole purpose of joint and several liability is compensation. This system differs from joint and several liability in US Federal antitrust law in a number of respects. Under US law, there are two main principles, namely no right to contribution and *pro tanto* claim reduction, in the case of consensual settlements. The USA's apportionment liability thus aims, in this way, to compensate and deter. Indeed, firms have an incentive for consensual settlement and risks of over-deterrence and unfairness exist, due to whipsaw settlement and damages trebling.

Limitation periods – National lawmakers have to rule on the beginning, duration, suspension or interruption of limitation periods, in accordance with the effectiveness principle. National rules should not unduly constrain suing for damages. Limitation periods for damages cases should last at least five years, a period which should not be considered to have begun before competition law infringement has ceased and claimants know, or might reasonably be expected to know, certain facts: the conduct concerned and the fact that it constitutes an infringement of competition law; the fact that the infringement of competition law caused claimants' harm; the identity of the infringer.

Member states should be able to maintain or introduce generally applicable absolute limitation periods, provided that the duration of such absolute limitation periods does not render exercising rights to compensation practically impossible or excessively difficult. Limitation periods are to be suspended where a competition authority's action is designed to investigate or proceed against an infringement of competition law relating to damages action and during a consensual settlement procedure.

3. Protected interest, causation, accountability, quantification

One of the main objectives of this study is to fill existing regulatory gaps on protected interest, causation, accountability, quantification – together

the backbone of civil liability – in a search for a common civil liability rule framework in Europe, to ensure private antitrust enforcement goals. In a nutshell, I will consider whether common European civil liability principles exist from which European tort liability cases might develop.
Firstly, the principle of EU competition law effectiveness has an operational consequence in defining protected interests. Indeed, protected interests are precisely competitive market functioning. Private antitrust litigation implies a very specific conflict of interest, such as to justify different operational rules from those usually used by the Italian courts in relation to causation, accountability and quantification. In this respect, in line with the theoretical and linguistic approach of this thesis, causation (as cause in fact) is a neutral criterion and judgements on concrete cases have to ensure that such cases respond to the regulations which will then be applied. On the other hand, accountability establishes a relationship between personal misconduct and damages. Finally, selection of damages aims to define compensable damages.
This analysis begins with a *Kone* case analysis. Indeed, the ECJ's decision in the *Kone* case and the Opinion of Advocate General Kokott are crucial to an understanding of the aforementioned elements in antitrust damages action. The case concerns compensatory damages in favour of a person who had not taken part in the cartel, against the firms belonging to the cartel on the ground that a person not party to the cartel, benefiting from the protection of the cartel, charged inflated prices (the so-called umbrella effect). According to the Opinion of Advocate General Kokott, theoretical terminology does not matter where national decision show the same overall considerations. This is only partly true. It is especially the case of theoretical approaches to causation, but less so of the relationship between elements of liability.
This study identifies the working relationship between causation and accountability as a highly controversial issue in the European non-contractual liability legal framework. First and foremost, this is confirmed by an overview of the various national approaches. In Germany (§ 823

Burgerliches Gesetzbuch) and Italy (article 2043 civil code), scholars view accountability as the first step with causal enquiry as the subsequent stage. Under the English tort of negligence, causation link comes later than proof of breach of duty. The French civil code (articles 1382 and 1383) sees enquiries on causation and accountability taking place concurrently. Secondly, Principles of European Tort Law (PETL) regulates cause in fact and accountability in the same paragraph (3:101 and a 3:201).

4. Causation

Causation is a major problem in antitrust damages compensation.

The directive established no rules on the causal relationship between harm and an infringement of competition law. As the ECJ's decision in the Kone case made clear, causation means a sufficiently direct causal link, not to be regarded as the same as a single causal link. Similarly, direct causal link does not mean an exclusive causal link.

As we have seen, the Kone case concerns compensation to a customer of a person not party to a cartel against the firms in the cartel on the grounds that an individual not party to the cartel benefitted from the cartel's protection to charge inflated prices. The ECJ considers that the causal link principle must be structured in such a way as to ensure the effectiveness of European competition law: all national rules governing causation must observe the principles of effectiveness and equivalence. It would seem that the effectiveness of competition law changes the causation criteria adopted by national courts.

The function of the causal link principle in civil claims for antitrust damages – As we have seen, antitrust damages action goals are twofold: compensation and deterrence. There is nothing in the regulations concerning compensation. Indeed, European competition law effectiveness requires focusing strongly on tortfeasor. Potential tortfeasors must be led to adopt protection measures by a system of incentives. In this way, the aim is efficient allocation of resources. Benefit and cost comparison is a preliminary way of allocating damage costs, but it cannot be done on the basis of causal link identification.

In civil action for antitrust damages, consideration of protected interests is so broad that causal enquiry may not be able to define recoverable damage using the usual criteria: *condicio sine qua non* and corrective criteria as the scope of rule and adequacy theory. Analysis is based on a study of the earliest developments of the aforementioned criteria in national decisions, with a particular focus on the German legal framework.

As a matter of principle – after the application of *condicio sine qua non test* – all corrective criteria aim to filter the relevant causal sequence in order to ensure a match between case in point and compensable damages. This system is not applicable to antitrust damages, which are always pure economic losses factually linked to infringement but not necessarily legally compensable. In other words, antitrust infringement does not lead to different causal sequences, some of which are compensable, but it generates a potentially infinite causal sequence because the market actors concerned are always linked.

This is especially the case if the scope of rule test is applied, because competition rules aim to protect the competitive market. Furthermore, the adequacy theory in antitrust damages superimposes causal enquiry onto accountability: the tortfeasors are firms, the best able to predict the effects of antitrust infringements on markets.

As a result, this work suggests that *condicio sine qua non* is sufficient for causality enquiries in civil claims for antitrust damages. The aim of the causal link principle is to build concrete cases, not to select compensable damages and it comes before a further two stages in civil antitrust liability judgements which we will examine in the following sections.

5. Subjective criterion

This research is at a pivotal point: subjective criterion. In non-contractual liability, damage is linked to personal misconduct. Thus, accountability aims to connect the tort to the legal sphere of tortfeasor. EU Directive 2014/104 has nothing to say on the subject of accountability. In my thesis, I have sought to reconstruct the subjective criterion in such a way as to achieve compensation and deterrence goals.

A comparison of the national accountability rules in civil antitrust damages action shows no common features: there are strict liability systems, fault-based liability systems and mixed systems. Further reflection is needed on the substance of accountability in European non-contractual liability cases, namely EU institutions liability ex article 340 TFUE; state liability in breaches of European law; civil public procurement liability; producer liability in EU Directive 2001/95. Indeed, in European law, negligence/fault is apparently the most widespread criterion for ascribing responsibility. Traditionally, the fault principle is a sufficient and necessary condition of, and justification for, the imposition of liability for tort damages. Thus, the fault principle is seen as having two aspects. The principle asserts that a person causing injury, loss or damage to another by fault should be required to compensate the latter and that a person who causes injury, loss or damage to another without fault should not be required to compensate the latter.

But liability based on fault has been considerably marginalized by the emergence of the aforementioned European non-contractual liability statutes. Indeed, the alternative fault-based/strict liability principle is overly restrictive: the substance of fault becomes objective. According to this evolution, mainstream scholarly opinion argues that fault involves breaching antitrust law, using reversal of the burden of proof pursuant to article 2600 of the Italian civil code.

This criterion distinguishes between anti-competitive business practices depending on the severity of the antitrust law infringement concerned. Indeed, certain anti-competitive business practices – including unfair pricing, restriction of production output – statistically cause civil damages right across the supply chain. All economic theories on price show that these anti-competitive business practices impact on prices and thereby cause private damage. Because of this, it is difficult for firms to provide evidence with which to rebut charges which accords with economic reasoning. By contrast, there are no unambiguous economic theories on the subject of civil damages occurring via exclusionary abuses (with the

exception of naked exclusion). This is a classic example: pricing is generally allowed in the USA and generally prohibited in the EU. In the event that no solid economic theories regarding the anti-competitivity effects of a specific behaviour exist, it is easier for a firm to produce proof to the contrary and evade responsibility. The ease of such victories depends on prior anti-competitive behaviour.

Price umbrellas - Having discussed the criterion of accountability in civil claims for antitrust damage, we can now move on to the price umbrella issue. These damages underpin a specific conflict of interests, because price umbrellas are not the enactment of a typical risk. Cartelists' conduct has increased a widespread risk and, as such, is not manageable by cartelists. For this reason, this work suggests that firms are liable only if the anticompetitive agreement involved has reached such a scale that the latter could have foreseen the umbrella effect. Where there is no cartel liability, analysis is required into whether firms taking advantage of umbrella effects are illegally colluding in forms of concerted practices.

5. Compensable damages and quantification

Having defined what is meant by causation and subjective criterion, I will now move on to a discussion of compensable damages and quantification. EU Directive 2014/104 ensures full compensation for harm due to antitrust infringements, thereby ruling out over-compensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damage. Other than this, the directive does not cover the criteria by which national courts select and quantify compensable damages. Nevertheless, in reference to actual loss and loss of profit, the directive uses traditional legal categories, as the quantification of antitrust damages has to go through rigorous logical and legal criteria. Pursuant to article 1223 of the Italian civil code, all immediate and direct consequences of infringement can be compensable. As is well known, Italian scholars and courts have discussed the correct interpretation of article 1223. Some scholars – analysing the tasks inherent to the formula – view it as an operating rule inspired by an economic rationale. In this way, all damages deriving from inadequate use of interest

protection can be compensable. When applied to civil actions for antitrust damage, article 1223 clarifies the selection of compensable damages via economic law application.

Full compensation – As we have seen, EU Directive 2014/104 focuses on full compensation. In accordance with this notion, the injured party is restored to his or her pre infringement of competition law condition. Within the various national legal frameworks, the dominant method used to quantify damages is Mommsen's theory of difference (*Differenztheorie*). According to this theory, damage is the difference between the victim's assets after competition infringement and prior to infringement respectively. The directive rejects over-compensation, by means of punitive, multiple or other types of damages. Thus, the problem is understanding how full damages compensation can have deterrent effects, despite not leading to overcompensation. Another advantage of using law and economics combined is that it allows full compensation as efficient compensation. Indeed, quantifying antitrust damages involves two main stages. Firstly, determining the counterfactual scenario: what would have happened in a hypothetical scenario in which the infringement had not taken place? Secondly, moving from the factual/counterfactual scenario to a final value. This involves converting the difference between factual and counterfactual scenarios into a final damages value. These two stages suggest that reality can be modelled according to statistical data. Economics literature has developed a wide array of methods and models with which to determine counterfactual scenarios, comparing these with factual scenarios and coming up with a final value with which to quantify antitrust damages. Any law and economic methodology must have three characteristics: consistency; rationality; robustness.

Civil Damages as optimal sanctions for competition infringements – As we seen, full compensation is designed to lead to efficient compensation. It is only if efficient compensation is the outcome of civil antitrust damage action that the effectiveness of European competition law can be ensured. Optimal sanctions should amount to net harm to

victims, adjusted upward if the probability of apprehension and conviction is less than one. Full compensation is thus efficient, because it encourages efficient behaviour. It will only deter those violations which impose deadweight losses beyond the saving costs brought about by the violation.

Chapter III. Rules of procedure as a crossroads between public and private enforcement

The aim of this work is to assess the impact of procedural rules designed to ensure the effectiveness of European competition law on Italian civil justice systems, always modulating the traditional rules of the Italian civil process to private antitrust enforcement. Procedural rules should be interpreted as functional to the pursuit of compensation and deterrence.

1. The economic evidence

Preamble on the use of the economic evidence - The application of econometric models to civil antitrust damage action raises some preliminary questions. In fact, no verification in terms of truth or falsehood has been given, but the predictive capacity of the chosen model can be verified. The argument of this work is that this has a profound operational impact on the standard of causality proof, where it has been considered unreasonable to use the Italian criterion of "più probabile che no" for anti-competitive damage compensation. Since probabilistic type analysis is already required to fill the collective knowledge deficit around the two terms of the causal link, this work suggests combining the evidence preponderance principle with the free opinion of the judge.

Definition - According to the directive, evidence means all types of proof admissible before the national court such as documents and all other objects containing information, irrespective of storage medium. This definition and the directive's rules governing evidence is new in the Italian procedural system (see articles 210 – 213, Italian procedural code).

Disclosure of evidence included in the files of a competition authority - Evidence is a crucial element in cases of infringement of

European Union or national competition law damages. However, claimants' interest in disclosing evidence may conflict with the effectiveness of leniency programmes, essential tools in public antitrust enforcement. In order to balance these conflicting interests, the directive prescribes the disclosure of evidence included in competition authority files, distinguishing between black, grey and white lists.

2. Probative effects of final infringement decisions

Within this new legal framework, the rule set out in article 9 of EU Directive 2014/104 is of crucial importance and reads:

> *Member States shall ensure that an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or by a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law.*

Different legal frameworks - In terms of private antitrust enforcement, similar regulations are provided by other efficient legal systems, with an inherent connection between the three levels of civil, administrative and criminal law. For example, Sections 18 and 20 of the 2002 Enterprise Act (now Sections 47 and 57 of the Companion Act) set out that competition law infringements found by the Office of Fair Competition are irrefutably established for civil damages purposes. In the same way, according to Section 33A of the German Act against the Restraints of Competition, where damages are claimed for an infringement of a provision of this Act or of Article 101 or 102 of the EC Treaty, the court shall be bound by findings that an infringement has occurred, to the extent that such findings were made in a final decision by the cartel authority, the European Community Commission, the competition authority or a court acting as such in another member state of the European Community.
However, this rule is new to Italian legislation – except for article 140 bis of the Italian Consumer Code – in providing for a system where civil judges must respect administrative authorities' decisions. Prior to the directive, Italian decisions set out that an infringement of competition law,

confirmed by a final AGCM decision, are considered rebuttable presumption (in Italian, presumption "iuris tantum").

Administrative function and judicial function - Interaction between administrative function and judicial function is discernible. In competition law, these two levels interact in consideration of the nature of the infringement. On one hand, both procedures and final decisions granted by national authorities perform a para-jurisdictional function in ensuring the right to defence. On other hand, the development of European civil liability follows the transformation of private law as regulatory private law, wherever it is part of economic law.

The development of private antitrust enforcement leads to changes in judges' role and jurisdiction, with the latter involved in promoting competition policy.

For this reason, the provisions of art. 9 adhere to the principles of economy and cost-efficiency. But there are two problematic points. Firstly, synchronising this rule with the damage presumption rule is problematic when infringements are committed by cartels or concentrations. To examine this further, according to art. 7, final decisions made by national authorities are binding on civil judgement only to the extent to which infringements of competition law have taken place. When infringements are by cartels or a concentration, damage is assumed to have taken place. It is possible that, given the general confusion over causality, at both national and European levels, these provisions can extend the administrative authority's range of validity. Moving on to the second issue, EU Directive 2014/104 aims to ensure the maximum effectiveness of competition in the European market via public-private enforcement action. Other authors also see article 9.1 (and article 7 Dlgs) as focused on this goal but it is doubtful that this is the case.

Ensuring the maximum effectiveness of competition through the development of private antitrust enforcement also means pursuing increases in detected cases by stand-alone action. There are no rules in the directive which move in this direction. Quite the contrary, there are many

rules regarding follow-on action. This may depend on the way European antitrust enforcement has evolved. In European competition law, public enforcement has always been of considerable importance, as the mandatory prosecution principle shows.

Chapter IV. Consensual dispute resolution

Now that this study of civil antitrust damage action has been completed, it would be useful to describe and critically examine other private laws implementing and protecting the market's anti-competitive structure. For reasons of brevity and coherence I will analyse civil categories and private law institutions directly relating to the subject of compensation for anti-competitive damage alone. For this reason, Chapter IV analyses alternative dispute resolution methods, such as those governed by Articles 18 and 19 of EU Directive 2014/104 and Articles 15 and 16 of Italian DLgs 3/2017.

Definitions

The work briefly considers the terms used by European and national legislators. Italian law refers specifically to Italian Legislative Decree nn. 40/2010, 132/2014, nn 206/2005 and Title VIII of Book IV of the Code of Civil Procedure. As scholars noted before national implementation, Article 18 of Legislative Decree 3/2017 refers to consensual settlement, while Article 19 refers to settlement, since the first article regulates proceedings underway, while the following article regulates the effect of consensual settlement. This is a significant difference, and the former rule is ill-suited to non-proceduralised consensual settlement mechanisms.

1. Consensual settlements and private antitrust enforcement goals

Before proceeding with a detailed analysis of the effects of consensual dispute settlement, as set out in articles 15 and 16 of the implementation legislative decree, this thesis considers the real need to encourage the use

of these mechanisms. On this point, the long preamble to the directive refers several times to the stated objective of ensuring compensation for damage caused by anti-competitive tort. Already here, there may be a partial departure from the objectives of civil antitrust action regulation, which, as has been pointed out, are also intended to ensure the full effectiveness of EU competition law.

Indeed, the problem concerns the coherence of consensual dispute resolution mechanisms not only with regard to deterrence but also to the principle of full compensation for damage.

In fact, under Article 1965 of the Italian Civil Code, settlement is an agreement by which parties terminate a dispute that has already begun or is about to arise with mutual concessions. In general terms, it can thus be said that concluding a dispute via consensual settlement mechanisms always presupposes a balance between claims meaning that full compensation for the damage suffered cannot be guaranteed. This is a common feature in all member states, where *consensual dispute resolution is a complex give and take process*, as is underlined by comparative doctrine. The use of consensual settlement methods must be encouraged, not as a means of ensuring full compensation for damage, but also in order to avoid the costs and risks inherent in legal action.

For this reason too, the decision to combine out-of-court dispute settlement mechanisms with ritual arbitration is puzzling: ritual arbitration is not a transaction and often involves costs on a par with or greater than ordinary judgements and cannot eliminate the risk inherent in judgements. In cases in which parties have already recognised the existence of the right to compensation for damage and arbitration is designed to define the *amount* of compensation payable, ritual arbitration may allow parties to overcome difficulties in providing proof regarding material cause and subjective elements. Otherwise, ritual arbitration would be a blunt weapon in the arsenal of private antitrust enforcement. In fact, due to the jurisdictional nature of the award, Article 816 *ter* grants arbitrators officious powers, enabling them to assist technical consultants and request

written information from public bodies alone. Since arbitrators have no coercive powers, special rules on exhibition orders provided for in Chapter II of Legislative Decree no. 3/2017 cannot be applied. Arbitration is, in fact, an isonomic process, in which the beginning of cross examination has great importance, and is not well suited to the need to counterbalance the information asymmetry typical of disputes over anti-competitive damage.

2. Suspensive and other effects of consensual dispute resolution

Article 18 of the directive requires member states to draw up a series of rules governing the effects of initiating procedures for the amicable settlement of disputes where the legal limitation period has been suspended, rights forfeited, any civil proceedings already underway suspended and administrative sanctions imposed after amicable settlement compensation payment. These rules are implemented by Article 15 of Legislative Decree 3/2017, which were the subject of detailed analysis in my thesis.

Conclusion

1. Preliminary remarks

The introduction to this work identified four objectives, aimed at assessing the real suitability of the provisions of EU Directive 2014/104 to achieving the goals expressly assigned it and to reconstruct, in the case of gaps, adequate rules for the pursuit of these purposes in accordance with the European civil liability values framework (i and ii, paragraph 2.); analysing the effectiveness and efficiency of anti-competitive civil proceedings, when European requirements must be applied in the Italian civil justice system (iii, paragraph 3); as a whole, considering civil instruments for European Union competition law protection, in relation to the separate public antitrust enforcement *apparatus* (iv, paragraph 4). I

will now try to synthetically pull together the various strands of the research, proceeding in an analytical manner for each of these objectives.

3. Civil antitrust damages action and European non-contractual liability

Because of this amphibological nature, civil antitrust damages action is a good opportunity to investigate the existence of a European non-contractual liability framework. More comprehensively, private antitrust enforcement results from the Community *acquis*, EU Directive 2014/104, national laws of implmentation and extra-contractual responsibility operational rules, which this thesis has reconstructed on a European level. Selecting European private law as a system, in order to fill the gaps in sectoral regulation, is justified for a number of reasons. First of all, we have seen that the European Union has always favoured compensatory redress as a means of affirming the full effectiveness of European law, through two distinct *modus operandi*. In cases where the EU has no exclusive legislative competence in the matter, the Court of Justice uses member states' civil liability as a tool with which to accord horizontal applicability to the European rules, while, where the EU does have exclusive legislative competence, remedies are directly regulated, as was the case with antitrust damage.

The overall effect has been to dismantle the national liability system, so that reorganising non-contractual liability at a national level makes no sense. A first result of the change in sources can, therefore, be seen in the deterioration of the ratio expressed in terms of derogations and exceptions. But the development of European private law has also had a further, profound result, relating to the functions of civil liability. This study has shown that the EU competition law effectiveness principle models civil antitrust damages action via logics differing from compensation. In this way, the two faces of private antitrust enforcement have been identified: transferring unjust damages from victim to tortfeasor and ensuring the market's competitive structure. Law and economics combined – rewriting the traditional definition of civil liability

via the criterion of efficiency – creates a system of incentives for companies designed to internalise the social costs arising from anti-competitive conduct, acquiring appropriate protection measures. Moreover, the decision to make use of the methodological tool of economic analysis also enabled me to show that compensation and deterrence underlie various legal policy issues, where excluding all forms of over-compensation does not deprive the civil antitrust damages action of its deterrent function. Deterrence relates to general non-contractual liability objectives - such as those set out in the principles and pursued by the rules laid down to manage the unlawful conduct risk - whereas the alternative of compensation/overcompensation relates to the specific response to penalties.

Without prejudice to this framework of reference, the provisions deriving from EU Directive 2014/104 and Legislative Decree 3/2017 concerning court jurisdiction, the joint and several liability of offending companies and the limitation period are coherent and appropriate to the peculiarities of the matter under consideration. My considerations on the subject of active legitimization are more complex, given the multi-offensive nature of illegal action, and follow two fundamentally important currents: passing-on and class action, connected to the problem of the power relationships between the private and public competition protection apparatus, dealt with below (paragraph 4).

A key issue has been the functional relationship between the tort elements - protected interest, causality, subjective criterion, quantification - in order to pursue European competition law's goals. Private antitrust enforcement involves a very specific conflict of interest, such as to justify operational rules which to some extent differ from those usually adopted nationally. There is a gap between the traditional target of private law (effectiveness of rights and effectiveness of remedies) and the targets of European law (effectiveness of competition law). The impact of this gap in defining the scope of protection when the law is broken is an important one. Protected interests are precisely the market's competitive

functioning. Private antitrust enforcement involves a very specific conflict of interest, such as to justify operational rules differing to some extent from those usually used at the national level. Therefore, the rules on civil antitrust damages action are specific to the national legal framework.
This is evident in the case of price umbrellas, as the Kone case has shown. This study aims to show that the umbrella effect strongly emphasizes the concept of widespread risk, for which civil liability is structurally inadequate.
In fact, via a study of the European legal traditions, I have attempted to demonstrate the difficulties involved in applying the operational rules usually adopted by the Italian courts to civil antitrust damages action. Because of the scope of protection - the competitive market - which corresponds to a dual function (compensatory and deterrent) of the remedy, the correction of the purpose of the infringed rule paradoxically ends up, in the specific case of anti-competitive damage, by broadening the area of liability. On one hand, all the risk related corrective measures, i.e. the damage predictability and appropriate cause criteria, usefully apply causal sequences that can be compensated only in the event of liability for fault. Since both criteria make a selection between the causal chains, using what the tortfeasor should have predicted as extensive variables, causality ends up depending on the criterion of imputation of responsibility. In other cases of tort, the two elements do not overlap, since assessments of damage predictability and the tangibility or extraordinariness of an event must be carried out *ex ante,* based on the best scientific knowledge at the time. On the other hand, in this case of tort, it is economic operators who are best placed to predict the effects of anti-competitive conduct on the market.
In general, all the *conditio sine qua non* corrective criteria developed by doctrine and jurisprudence, are useful in order to ensure that the connection between damages suffered and abstract cases is assured. This approach is not well suited to civil antitrust damages action. In anti-competitive damages, the actual damage suffered by individuals

corresponds to the unjust damage which the abstract case seeks to prevent: a *pure economic loss* resulting from the effect of a restrictive practice on individual economies. In a different way, antitrust law infringements do not lead to different causal sequences, but rather to negative consequences that spread, often with a multiplier effect, within an economic system, with damage to an individual economy always having consequences for other economies.

Regarding subjective criterion, this study has compared European civil liability cases, highlighting the fact that the liability for fault and strict liability alternatives are overly simplistic. In the Italian legal framework, beyond the literal formulation of art. 2043, the general subjective criterion must be sought by enquiring into the logic underlying the types of liability specified by the law. The chosen approach reconstructs the subjective element in terms of a presumption (ex Article 2600 of the Italian Civil Code) of objective negligence for violation of the law. Thus, the conflict of interest underlying price protection has been demonstrated, since the damage suffered as a result of price umbrellas is not a matter of implementing typical and governable risk by cartelists whose conduct has increased the overall risk and is, therefore, foreign to the spheres of action specific to the collated companies. For this reason, it is considered that firms are guilty only if the size of the cartel is such that the injured parties could have foreseen the effect of price protection. In the absence of fault on the part of the firms involved in the cartel, what is required is an analysis of whether or not the parallelism of the behaviour of the cartel which fixed its prices at the level of those charged by the cartelists constitutes concerted practice, achieving a convergence of wills which contributed to distorting market conditions.

As regards judgements on the selection of compensable damages, the thesis of those who see Article 1223 of the Italian Civil Code as an operating rule in line with market economy logics has been accepted, whereby damages deriving from the injury of interest that can be directly satisfied with the profit of the injured legal position are compensated. The

issue is directly connected to quantifying anti-competitive damage, where it has been illustrated that the right to full compensation, pursuant to Article 3 of the Directive, can be guaranteed only via the use of economic methods and techniques capable of making the remedy efficient.
The construction of a particular theory of the elements of anti-competitive tort was, therefore, the main objective of the work. For this reason, the preferred line of future investigation will be a comparison between the different European tort hypotheses with the aim of developing a general theory of European non-contractual liability.

3. Remedy effectiveness and the flexibility of national procedural tools

EU Directive 2014/104 focuses on the trial because the national procedural rules may not be well suited to hypothetically illicit behaviour as strongly characterized as anti-competitive tort. Given the unsystematic nature of European procedural law, the third chapter of this work adopted a perspective which is the mirror image of the second. It was, in fact, a question of evaluating the impact of the procedural law rules designed to guarantee the effectiveness of European competition law on the national system of civil justice. The research thus prioritised an interpretation of the procedural rules coherent with a correct implementation of the purposes of compensation and deterrence characterising anti-competitive tort.
In particular, as regards the burden of proof, once the solutions proposed by regulatory theory were shelved, the principles of inertia and proximity were introduced, which, as an expression of the canon of reasonableness - the cornerstone of the European (and national) system of protection of rights - allow for a distribution of the burden of proof which reflects the functions attributed to each element of the offence. An extensive interpretation of the writ of summons, disclosure and technical advice rules has also been proposed, in order to make the ritual instruments

better suited to the peculiarities of the subject in question, which requires complex economic and factual analyses of judges.
In an anti-competitive civil action, an ordinary judge is called upon to apply econometric models, with respect to which no verification in terms of truth or falsehood is given, while verification is possible only via the simulation of the chosen model, of which predictive capacity is evaluated. For this reason, it seemed appropriate to consider the issue of the standard of proof required for the causal relationship, in order to question the use of the more *likely than not* criterion in compensation for anti-competitive damage judgements. In fact, the analysis of certain European judgments on the subject, erroneously referred to in Italian case-law which is responsible for drawing up this criterion, has shown that, in antitrust civil action, the two factual elements in the causal assessment (anti-competitive infringement and private damage) are reconstructed on the basis of statistical data combining quantitative probability and logical probability. Since a probabilistic evaluation is in any case necessary to fill the collective knowledge deficit around the two terms of the causal link, it was considered contrary to the principle of reasonableness to anchor the standard of proof of the causal link to statistical considerations too, and considered preferable to combine the principle of the preponderance of evidence with that of the free conviction of the judge, according to his or her prudent assessment.

4. The shaky complementarity between private and public enforcement of European competition law

Article 7 of Regulation 1/2003 identified the creation of a private level of antitrust enforcement, complementary to public enforcement, as an unavoidable step in the process of modernisation and decentralisation of European antitrust law.
Public enforcement is insufficient for many reasons. The actions of the public bodies are often justified by contingent policies which potentially also run counter to the general economic objectives pursued. Moreover,

affording European citizens civil redress makes them actors in the process of European integration, according them a key role in the European legal order affirmation process.

However, at the end of this study on private antitrust enforcement, it might be said that complementarity between the two levels of competitive market protection is shaky, with public enforcement in any case retaining a preponderant role over the private sphere. First of all, this is directly attributable to the youth of private antitrust enforcement, which has developed within a highly centralized system in which public action is traditionally massive. The heterogenesis of the purposes of competition law, where identifying a hierarchical order even among economic objectives is impossible, according to a system of constitutional economy, is a significant indication of this: the balance between conflicting purposes is a specific characteristic of public action. The creation of a micro-system of civil offences, which accompanies the traditional compensation function with deterrent effects, would lead us to suppose, in this survey, that the maximization of overall well-being, with a correction in the distributive sense, constitutes the unifying aim of the multiple economic aims pursued by the system.

Moreover, the traditional legal categories of competition law (agreements, abuse of a dominant position, concentration) are completely inadequate for describing the structural characteristics of private damage, whereas the economic approach distinguishing between exploitation and exclusionary conduct is preferable. The operational effects are significant, given that, as has been shown in the course of this discussion, it is considered that the liability arising from abuse of exploitation is risk objective, while that arising from abuse of impediment is based on fault. For the same reasons, the rule of reversing the burden of proof in cartel damage cases does not seem rational: simple presumption should extend to all cases of damage resulting from anti-competitive conduct.

Considerations suggested by the multi-offensive nature of the matter, and in particular the absence of *ad hoc* rules on anti-competitive collective

actions and the failure to provide for a two-phase system for the transfer of damage, also show a serious *vulnus* of discipline. It is this same EU Directive 2014/104 which determined that, in the event of conflict between the two levels of competitivity rights safeguards, the public *aparatus* should be preferred.

My considerations concerning according binding effect to the finding of anti-competitive conduct contained in the final decisions of the national antitrust authority and the commission are a different matter. In particular, ample space was devoted here to the study of the rule contained in Article 9, paragraph 1, of EU Directive 2014/104, implemented in Italy by Article 7 of Legislative Decree 3/2017. The rule has, in fact, considerable impact on the entire system of antitrust enforcement, as it was aimed at avoiding contradictory applications of Articles 101 and 102 TFEU and increasing the effectiveness and procedural efficiency of action, promoting the functioning of the internal market.

Constraints on ordinary civil judges' power of assessment, which has important precedents in previous European experience, are difficult to classify within traditional Italian conceptual categories. The issue was not purely dogmatic but rather designed to weigh up potential conflict with the constitutional principle of due process, codified by Article 101 of the Constitution, and delimit its scope. After a broad overview of the main proposals put forward by the doctrine, this work suggests interpreting the final decision of the administrative authority as a concurrent constituent fact in the offence. The central question is the rule's rationale, which must be considered a corollary of the principle of reasonableness, a constituent part of the principle of due process, pursuant to Article 101 of the Constitution.

Bibliografia

AA. VV. (EGTL), Principles of European tort law, Wien, 2005, Springer.

AA. VV., Il governo democratico dell'economia, De Donato, Bari, 1976.

AFFERNI G., La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2007, fasc. 2;

AFFERNI G., Azione di classe e danno antitrust, Mercati Concorrenza Regole, 3, 2010, p. 491 ss;

AFFERNI G., 'Opt-In' Class Actions inItaly: Why are they Failing?, in Journal of Tort Law, 2016, p. 82 ss;

AFFERNI G., Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale, Nuove leggi civili commentate, 2018, 1, p. 171 ss;

ALBANESE A., Contratto mercato responsabilità, Giuffrè, Milano, 2009;

ALESSI R., La disciplina generale del diritto del contratto, Giappichelli, Torino, 2015, p. 63 ss;

ALLEN D. M. – COUTROULIS C. S., Back to the future: toward a more rigorous analysis of antitrust class actions, in The Antitrust Bulletin, Summer 2003, p. 449 ss.;

ALPA G., Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria, Resp. Civ. e prev., 1, 1999, p. 5 ss.;

ALPA G., Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario, in Contratto e Impresa/Europa, 1999, p. 92 ss;

ALPA G. – CHINÈ G., Contratti di massa, in AA. VV., I contratti in generale. Aggiornamento 1991- 1998, Utet, Torino, 1999, p. 387 ss.;

ALPA G., La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2005, p. 1 ss.;

ALPA G., Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2017, p. 3 ss, il cui primo capitolo si trova anche in Contratto e impresa, 6, 2015, p. 1227 ss.;

ALPA G., La responsabilità civile, Utet giuridica, 2018, p. 199;

AMATO G., Il governo dell'industria in Italia, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33;

AMATO G., Il mercato nella Costituzione, in Quaderni Costituzionali, 1992, n. 1, p. 7 ss.;

AMATO G., Il potere e l'antitrust, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 15 ss.;

AMATO G. – DENOZZA F. – SCHWEITZER H. – NICITA A. – STALLIBRASS D., Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?, in Mercato Concorrenza Regole, 2, 2009, p. 581 ss;

ANDERMAN S. – EZRACHIE E., Intellectual Property and Competition Law – New Frontiers, USA, Oxford University Press, 2011;

ANGELICI C., Diritto commerciale, Laterza, Roma – Bari, 2009;

ANGELICI C., La contrattazione d'impresa, in AA. VV., L'impresa, in Quaderni romani di diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1985, p. 183 ss;

ANGLAND J., Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, in Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law), 2008, p. 2369 ss;

ANSANELLI V., Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili, in DONDI A. – ANSANELLI V. – COMOGLIO P., Processi civili in evoluzione - Una prospettiva comparata, Giuffrè, Milano, 2015, p. 166 ss.

ANSEL G. D., Admonishing a drunken man: class action reform, Antitrust Bullettin, 2003, p. 463 ss;

ARTHUR T. C., Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act, 74 California Law Review, p. 272 ss;

ASCARELLI T., Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1957, p. 7 e ss;

ASCARELLI T., Norma giuridica e realtà sociale, in Studi in onore di F. Messineo per il suo XXXV anno di insegnamento, Giuffrè, Milano, 1959;

AUGENHOFER S., Some questions on enforcement and individual redress – the example of Regulation (EC) n. 261/2004, in GEIMER R. – SCHÜTZE R. A. – GARBER T. (ed. by), Europäische und internationale Dimension des Rechts, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, LexisNexis, p 9 ss;

AULETTA G. – SALANITRO N., Diritto commerciale, Milano, 1984, p. 15 ss;

AZZARO A. M. (a cura di), Contratto e mercato, Giappichelli editore, Torino, 2004.

BABAYEV R., Private autonomy at union level: on article 16 CFREU and free movement rights, in Common Market review, 2016, p. 979 ss.;

BAKER J. B. – SALOP S. C., Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza, in Mercato Concorrenza Regole, 1, 2016, p. 7 ss;

BALESTRA F. – TREMOLADA R., Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa, nota a Consiglio di Stato, 22 settembre 2014, n. 4773; pubblicata in Il Foro amm., 3, 2015, p. 781 ss;

BAQUERO CRUZ J., Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community, Hart Publishng, Oxford – Portland Oregon, 2002, pp. 105 ss.

BARCELLONA M., Per un codice civile europeo, in MELI M. – MAUGERI M.R. (a cura di), L'armonizzazione del diritto privato europeo, Giuffrè, Milano, 2004, p. 175 ss;

BARCELLONA M., Funzione compensativa della responsabilità (e "private enforcement" della disciplina antitrust, p. 57 ss in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010;

BARCELLONA P., Diritto privato e processo economico, Jovene editore, Napoli, seconda edizione, 1977, p. 278 ss;

BARIATTI S. – PERFETTI L. R., Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2008, p. 1151 ss.

BARONE M. – PARDOLESI R., Il fatto illecito del legislatore. Nota a Francovich v. Bonifaci, Corte giust. C.E. 1911-1991 C-6/90 e C-9/90, Foro it., 1992, IV, c. 145 s.;

BASEDOW J., Private enforcement of article 81 EC: A German view, in EHLERMANN C.D. – ATANASIU I., European Competition law annual 2001: Effective private enforcement of EC antitrust law, Oxford, 2003, p. 143 ss.

BASTIANON, Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust in Inghilterra e in Italia, Danno e Resp., 3, 1998, p. 1066 ss.

BASTIANON S., L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario, in Foro it., 1999, IV, c. 471 ss;

BASTIANON S., Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza, Mercato conc. Reg., 2006 p. 321 ss.

BASTIANON S., La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo, nota a Corte di giust., 13 luglio 2006, cause riunite C-295, 296, 297, 298/04, caso Manfredi, in Resp. Civ. e prev., fascicolo 11, 2006, p. 1866.

BASTIANON S., La proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai consensual settlements, Concorrenza e mercato, 2014, p. 331 ss.

BEALE H., An Outline of Liability in Tort in English Law; or Continent Cut off by Fog, in Europa e dir. Priv., 1999, 361 ss;

BELEBECQUE O., L'Évolution de la responsabilité en France, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 389 ss;

BELFIORE A., Il binomio "causalità giuridica – causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.), in Europa e dir. priv, 2017, 1, p. 117 ss;

BELFIORE A., Materiali del corso di diritto civile M – Z, Anno accademico 2014, inediti.

BERNINI G., Un secolo di filosofia antitrust, CLUEB, Bologna, 1991;

BERTOLOTTI A., Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta, nota a Trib. Genova ord. 21/5/96, in Giur. it., 3, 1997, I, sez. II, p. 167 ss;

BIAVATI P., Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, 1, p. 97 ss;

BIAVATI P., sub articolo 808 ter c.p.c., in CARPI F. (a cura di), L'arbitrato, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 184 ss.

BITETTO A. L., Razionalità oligopolistica o intesa restrittiva: a chi il fardello della prova? (nota a Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1006), in Foro it., fasc. 1, 2009, p. 23 ss

BLAIR R. D. – HERNDON J. B, Antitrust class actions – problems and prospects: introduction, ABA Book Publishing, 1999;

BOBBIO N., L'età dei diritti, Giappichelli editore, Torino, 1990;

BÖHM F., Das Reichsgericht und die Kartelle: eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG. vom 4. Febr. 1897, RGZ.38/155, in De Gruyter Oldenbourg, Berlin, p. 197 ss.

BÖHM F., Rule of Law in a Market Economy, in PEACOCK - WILLGERODT (edited by), Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, London, Macmillan, 1989, pp. 46 ss.

BONACCORSI DI PATTI D., Diritto antitrust e responsabilità dell'impresa per il comportamento di un terzo: i criteri di imputabilità della condotta anticoncorrenziale, in Responsabilità civile e previdenza, 1, 2017, p. 124 ss.

BONELL M. J., Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali, Giuffrè, Milano, 1976, p. 3,

BORK R. H., The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself, Maxwell Macmillan, New York, 1978;

BORNKAMM J., in LANGEN E. – BUNTE H. J., Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, I, München, 2006, p. 835;

BOVE M., Il patto compromissorio, Riv. Dir. civ., 2002, I, p. 442 ss,

BOVE M., La relazione al decreto legislativo 40/2006, Guida al diritto, 2006, 8, p. 107 ss.

BRESCIANI-TURRONI C., Le vicende del marco tedesco, in Annali di Economia, Vol. 7, 1931, p. 1 ss.

BRIGUGLIO A., Class arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini, in Riv. arbitrato, 2015, p. 219 ss;

BRÜGGEMEIER G., Common Principles of Tort Law, British Inst of Intl & Comparative, 2004;

BRUZZONE G. – SAJA A., Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?, in Mercato concorrenza regole, aprile 2017, p. 9 ss.

BUCCIROSSI P., Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno, in Concorrenza e mercato, 2014, 1, p. 323 ss;

BUCKLEY R.A., The Law of Negligence, Londra, 2° ed., 2005.

BUONOCORE V., I contratti di impresa, in BUONOCORE V. – LUMINOSO A. (a cura di), I contratti di impresa. Casi e materiali di diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1993, I, p. 19 ss;

BUONOCORE V., Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali, Giuffrè, Milano, 2000;

BUSNELLI F.D., La responsabilità civile dello Stato, in Danno e responsabilità, 1999, p. 100 ss;

BUSNELLI F.D., Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, in Europa e dir. Priv., 2009, p. 909 ss.;

BUSSANI M. –PALMER V., Pure economic loss in Europe, Cambridge Univ. Press., Cambridge, 2003;

CALABRESI G., The Cost of Accidents, New Haven, Conn., 1970;

CALABRESI G. – MELAMED D., Property rules, liability rules, and inalienability, One view of the Cathedral, 85 Harvard Law Review, 1972, p. 1089 ss;

CALABRESI G., Concerning Cause and the Law of the Torts. An Essay for Harry Kalven, vol. 43, n. 1, 1975, p. 68 ss;

CALZOLAIO E., L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica, Milano, 2004;

CAMILLERI E., Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza, Jovene, Napoli, 2008;

CAMPANA M.J., Vers un langage juridique communen Europe?, in Il codice civile europeo, Quaderno n. 5 della Rassegna forense, Milano, Giuffrè, 2001, p. 189 ss;

CANALE G., Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 2005, p. 1223 ss;

CANALE G., Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario, Riv. trim. dir. proc. Civ., 2005, p. 1223 ss;

CANALE G., Antitrust e arbitrato, Riv. Dir. proc., 2006, p. 1207 ss;

CANE P., Atiyah'sAccidents, Compensation and Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2013;

CAPACCIOLI E., Interessi legittimi e risarcimento dei danni, in CAPACCIOLI E., Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico, CEDAM, Padova, 1978, p. 100 ss;

CAPO G., Attività d'impresa e formazione del contratto, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2001, p. 48 ss;

CAPOBIANCO A., Agreements – Concerted Pratices (Horizontal Sides), in AMATO G. – EHLERMANN H. (edited by), Ec Competition Law: A Critical Assessment, Hart publishing, Oxford, Portland, 2007, p. 37 ss;

CAPONI R., Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 2007, p. 1229 ss;

CARNELUTTI F., Diritto e Processo, Morano, Napoli, 1958;

CARNELUTTI F., Introduzione alla seconda ristampa de La prova civile, ed. ateneo Roma, 1947, poi ristampata in Parte Generale. Il concetto giuridico della prova, Giuffrè, Milano, 1992, p. 4 ss;

CARPI F., Il procedimento dell'arbitrato riformato, in Riv. arb. 1994, p. 666, che pure auspicava l'opportunità della decisione incidenter tantum;

CARUSO A., Colpa nell'illecito antitrust, in Danno e responsabilità, 1998, 2, p. 118 ss.

CASONI G., Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti, in Riv. arbitrato, 2011, p. 118 ss.;

CASORIA M. – PARDOLESI R., nota a Cass., I sez. civ., 4 giugno 2015, n. 11564, pubblicata in Foro it., I, c. 2742;

CASORIA M., Private enforcement: il cuore del giudice oltre l'ostacolo?, in Mercato concorrenza regole, 2, agosto 2015, p. 337.

CASSINIS P. – GALASSO G., Il ruolo dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato tra Public e private Enforcement, in BENACCHIO G. A. – CARPAGNANO M. (a cura di), I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali, Padova, 2012, p. 19;

CASTELLI L., Disciplina antitrust e illecito civile, Giuffrè, Milano, 2012;

CASTELLI L. Commento a Corte di giustizia, sez. V, 5 giugno 2014, n. C-557/12 - Pres. Danwitz- Avv. gen. Kokott- Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH c. ÖBB Infrastruktur AG, Il Corriere Giuridico, 11/2014, p. 1331 ss;

CASTRONOVO C., L'avventura delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 29 ss;

CASTRONOVO C., Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana, in Europa e dir. priv, 1999, 2, p. 445 ss;

CASTRONOVO C., Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi, in Danno e responsabilità, 2004, 12, p. 1168 ss;

CASTRONOVO C., Antitrust e abuso di responsabilità civile, in Danno e responsabilità, 2004, 5, p. 473 ss;

CASTRONOVO C., Sentieri di responsabilità civile europea, Europa e diritto privato, 2008, p. 788 ss;

CASTRONOVO C., La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario, in Europa dir. priv., 2012, 4, p. 945 s.;

CAVANAGH E. D., Contribution, Claim Reduction, and Individual Treble Damages Responsibility: Which Path to Reform of Antitrust Remedies?, inVanderbilt Law Review, 1987, p. 1277 ss;

CHIARLONI S., Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento, in BELLI C. (a cura di), Le azioni collettive in Italia, Profili teorici ed aspetti applicativi. Atti del Convegno. Roma, 16 febbraio 2007-Camera dei Deputati, Giuffrè, Milano, 2007, p. 25 ss e consultabile online in www.judicium.it;

CHIEPPA R., Il recepimento in Italia della Direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, in Il Diritto Industriale, 2016, 4, p. 314 ss.

CHIOVENDA V. G., Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1933;

CIAN G., Contratti civili, contratti commerciali, contratti d'impresa, in Rivista di diritto civile, 2004, I, p. 849 ss;

CLARICH M., Giudicato e potere amministrativo, Cedam, Padova, 1989;

CODERCH P. S. – RUIZ GARCìA J. A., Problemas de la responsabilidad civil en derecho español, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 401 ss;

COMOGLI P., Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 2, 2017, p. 991 ss;

COMOGLIO L. P., Le prove civili, Utet giuridica, Torino, 3° ed., 2010;

CONSOLO C., Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento», Rivista di diritto processuale, 2012, p. 1298 s.;

CONSOLO C., nota a Cassazione, Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, pubbl. in Corriere Giuridico, 2017, p. 1042 ss.

CORAPI B. – DE DONNO B., La nozione di impresa nel diritto comunitario, in TIZZANO A. (a cura di), Diritto privato dell'Unione Europea, II, BESSONE M. (diretto da), Trattato di diritto privato, XXVI, Torino, 2000, p. 1491 ss.

COSTANTINO G., Contributo allo studio del litisconsorzio necessario, Napoli 1979, 501 ss., spec. 511 ss.

CRESPO VAN DE KOOIJ A., The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activies under The Scope of Article 34 of the Treaty of the Funcioning of the Europea Union, Legal issues of economic integration, 40, n. 4, 2013, p. 363 ss.

CUSHMAN B., Rethinking the New Deal Court, Virginia Law Review, Vol. 80, 1, 1994, pp. 201 ss, per uno studio approfondito sui rapporti tra New Deal e Corte Suprema.

D'ADDA A., L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale, in Riv. dir. priv., 2007, p. 317 ss.

D'ALESSANDRO F., nota a Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in Giust. civ., 2012, I, p. 2063 ss;

DALLA BONTÀ S., La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo (complaint) dopo Twombly (2007) ed Iqbal (2008): verso un "Iqbal Lite Standard"?, Revista dos Tribunais, 2014, p. 303 ss;

DALMARTELLO A., I contratti delle imprese commerciali, Cedam, Padova, 1962, p. 95 ss;

DANOVI F., La pregiudizialità nell'arbitrato rituale, CEDAM, Padova, 1999, p. 125 ss;

DAVIES W., The politics of Externalities: Neo-liberalism, Rising Powers and Property Rights, Network Grant, ESRC, Rising Powers Programme, 2010-2011, p. 7.

DE CRISTOFARO M., Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale, INT'L LIS, p. 123 ss, nota a Cass., I sez. civ., 4 giugno 2015, n. 11564.

DE MAURO A., nota a Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in Resp. civ. e prev., 2012, p. 1189;

DE MOT J., Pure economic Loss, in FAURE M. (ed. by), Tort Law and Economics, Vol. I, Elgar, Cheltenham – Massachusetts, 2009, p. 201 ss;

DE NOVA G., Errori cognitivi e lodo arbitrale, in Riv. Arbitrato, 2016, p. 575 ss.

DE PRETIS D. – CORTESE F., Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato, in FALCON G. (a cura di), Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato, CEDAM, Padova, 2010, p. 340 ss;

DE SANTIS A. D., Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, Rivista di diritto processuale, 2015, 5, p. 1495 ss.

DEL MARMOL C., Les Ententes industrielles en Droit comparé, in La Revue de la Banque, Brussels, 1959, p. 35 ss.

DEL PRATO E., voce Transazione (diritto privato), in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, p. 833;

DEL PRATO E., Sulla transazione del debitore in solido, in Riv. dir. priv., 2009, p. 53 ss.;

DELLI PRISCOLI L., La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario, nota a Cassazione civile, 1° febbraio 1999, n. 827, in Giur. comm., 1999, II, p. 226 ss.

DENOZZA F., Contratto e impresa nell'assicurazione a premio, Giuffrè, Milano, 1978;

DENOZZA F., La disciplina delle intese nei gruppi, Giuffrè editore, Milano, 1984;

DENOZZA F., Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA, Il Mulino, Bologna, 1988;

DENOZZA F – TOFFOLETTI L., Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, Bologna, p. 193 ss;

DENOZZA F., Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole", in Orizzonti del diritto commerciale, 2013, 3, consultabile online presso: http://www.rivistaodc.eu.;

DENOZZA F., Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale, in Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu.

DENOZZA F., The future of antitrust: Concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?, in Orizzonti del diritto commerciale, 2017, 1 p. 1, reperibile online: www.rivistaodc.eu;

DENTI V., Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, in Riv. Dir. Proc., 1972, p. 414 ss;

DEUTSCH E., Allgemeines Haftungsrecht, Heymanns, Carl, 1996 no. 188;

DI GIAMBATTISTA L., Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules; a critical assessment of the European Commission's Green Paper, in Diritto dell'Unione europea, 2006, p. 739 ss;

DI MAJO A., Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Eur. e dir. priv., 1998, 1, p. 745 ss;

DI MAJO A., Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia, Riv. dir. civ., 2005, p. 243 ss;

DI MAJO A., La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente, Europa e diritto privato, 2/2008, p. 289 ss;

DI MAJO A., Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, Corr. Giur., 2009, 10, 1353;

DI MAJO A., La 'via di fuga' nel torto aquilano, Europa e diritto privato, 4/2013, p. 791 ss;

DI MARZIO F., I contratti tra imprese, in LIPARI N. e RESCIGNO P. (a cura di), Diritto civile, Giuffrè, Milano, 2009, p. 76 ss.

DILORENZO T. J., The Origins of Antitrust: An Interest Group Perspective, International Review Law & Economics, 5, 1985, pp. 73 ss;

DONDI A., Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense, Cedam, Padova, 1991;

DONDI A., Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense. Nota a Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509

U.S. 579 (1993), Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civilie, 1996, 1, p. 261 ss;

DONDI A., Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2008, p. 529 ss;

DREXL J. – KERBER W. – PODSZUN R. (ed. by), Competition Policy and Economic approach. Foundations and Limitations, Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA) 2011, p. 94 ss.

EHLERMANN – ATANASIU (edited by), European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, Oxford/Portland, 2002;

EHLERMANN C., The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution, 2004, 37 CMLRev 537, p. 538 ss;

FABBIO P., L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa, in Concorrenza e mercato, 2013, p. 193 ss.

FATTORI P., La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust, in PACE L. F. (a cura di), Dizionario sistematico della concorrenza e del mercato, Jovene editore, Napoli, p. 283 ss.

FAZZALARI E., L'arbitrato, vol. 6, Il processo civile, UTET, Torino, 1997.

FAZZALARI E., Per un processo comune europeo, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1994, p. 665 ss.

FERNANDEZ RUIZ J., Damnos j prejuicios en la ley sobre la competenxia, in Estudios Juridicos en Homenaje a Joaquin Gariguesm, Madrid, 1968.

FERRANTE M., nota a Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-03055, in Dir. ind., 2000, p. 57 ss;

FERRI G., L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione, in Studi sulle assicurazioni per il cinquantenario dell'I.N.A., Roma, 1963, p. 127 ss;

FERRO-LUZZI P., I contratti associativi, Giuffrè, Milano, 1971;

FERRO-LUZZI P., L'impresa, in AA. VV., L'impresa, in Quaderni romani di diritto commerciale, Giuffrè, Milano, 1985, p. 7 ss;

FICCARELLI B., Esibizione di documenti e discovery, Giappichelli, Torino, 2004, p. 288 ss;

FINOCCHIARO G., La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement, Il Diritto Industriale, 2016, 3 p. 221 ss;

FISCHER D. A., Successive Causes and the Enigma of Duplicated Harm, 66 Tenn. L. Rev, 1127, 1999, p. 1229 ss;

FISHER D. A., Insufficient Causes, 94 Ky. L.J. 277 (2006), p. 277 ss;

FLECHTHEIM J., Die rechtliche Organisation der Kartelle, Nabu Press, Auflage, 1923, p. 1 ss;

FOX E., The Efficiency Paradox, in PITOFSKY R. (edited by), How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis On U.S. Antitrust, 2008, p. 77 ss;

FRANZONI M., La transazione, Padova, 2001, p. 300 ss.;

FRANZONI M., L'illecito, in FRANZONI M., Trattato della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2004a;

FRANZONI M., Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità, Resp. Civ. prev., 2006, p. 12 ss;

FREITAG R., Illegality and Adequate Causation as Preconditions to Torts Liability under sec. 823 par. I of the German Civil Code, in HEIDERHOFF B. – ZMIJ G. (ed. by), Tort law in Poland, Grtmany and Europe, München, 2009, 1;

FREZZA G. – PARISI F., Responsabilità civile e analisi economica, Giuffrè, Milano, 2006;

FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L.G. (a cura di), Diritto antitrust italiano, Zanichelli, Bologna, 1993, p. 169.

FRIGNANI A. – PARDOLESI R. (a cura di), La Concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G. A., Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. VII, Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 51 ss;

FRIGNANI A., La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa, Mercato concorrenza regole, 2013, p. 429 ss.

GABOARDI M., Arbitrato e azione di classe, in Riv. dir. proc., 2014, p. 987 ss.

GABRIELLI E., Mercato, contratto e operazione economica, in A. M. AZZARO (a cura di), Contratto e mercato, Giappichelli editore, Torino, 2004, p. 65 ss.

GALANTER M., Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change, in Law & Society, 1974, 95 ss, Traduzione It. Perché gli abbienti si avvantaggiano. Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico, in Pol. Dir., 1976, p. 307 ss.

GALGANO F., I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, in Trattato, GALGANO F. (diretto da), Cedam, Torino, 1995, I, p. XXVII;

GAMBINO A., L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Esi, Milano, 1964;

GAVIL A., Competition Policy, Economics and Economists: are we expecting too much?, in Fordham Corporate Law Institute Review, Juris Publishing, NY, 2006, p. 575 ss;

GELLHORN E. – KOVACIC W. E. – CALKINS S., (edited by), Antitrust Law and Economics in a nutshell, Quinta edizione, 2004, Thomson Wesr, 2004, St Paul;

GENOVESE A., Funzione e quantificazione del risarcimento, p. 215 ss in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010;

GENTILI A., Sull'interpretazione dei contratti normativi, Contratto e impresa, 1999, p. 1162;

GENTILI A., I contratti di impresa e il diritto comune europeo, Rivista di diritto privato, 2006, 1, p. 7 ss;

GENTILI A., L'interpretazione del contratto standard, Milano, 2008;

GENTILI A., Senso e consenso, Giappichelli, Torino, 2014, p. 627 ss;

GERACI A., Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante, nota a Cass., I sez. civ., 4 giugno 2015, n. 11564 in Dir. ind., 2015, 6, p. 537;

GERARDIN D., The Eu Competition Law Fining System: A Reassessment, consultabile in www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582 (working paper October 2011);

GERBER D. J., Law and Competition in Twientieth Century in Europe, Oxford: Clarendon Press, 1998;

GHEZZI F., Art. 84, Sezione I, in MARCHETTI – UBERTAZZI, Il diritto antitrust. Estratto dal Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, Padova, 1999, p. 16 ss.

GHEZZI F., Articolo 85. Sezione I., in MARCHETTI - UBERTAZZI, Il diritto antitrust. Estratto da Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, Padova, 1999, p. 25 ss.

GHEZZI F. – OLIVIERI G., Diritto antitrust, Giappichelli, Torino, 2014, p. 45 ss.

GIARDINA F., Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Giuffrè editore, Milano, 1993, p. 11 ss;

GIDI A., Twombly e Iqbal: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense, Int'l Lis, 2010, p. 104 ss.

GILIBERTI B., Public e private enforcement nell'articolo 9, co. 1, della Direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento dei danni nei rapporti privatistici, in Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario, 2016, p. 77 ss.

GIOVAGNOLI A., Il partito italiano. La Democrazia Cristiana dal 1942 al 1994, Roma – Bari, Laterza, 1996.

GIRAUDI G., Europeizzazione delle politiche pubbliche e mutamento istituzionale: la politica antitrust italiana, Rivista italiana di scienza politica, p. 22 ss;

GITTI G., Contratti regolamentari e normativi, Cedam, Padova, 1994.

GITTI V. G. – VILLA G. (a cura di), Il terzo contratto, il Mulino, Bologna, 2008;

GITTI G. – MAUGERI M.R. – NOTARI M. (a cura di), I contratti per l'impresa – I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia, il Mulino, Bologna, 2012;

GIUNTA F., Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientistici, in Politica del diritto, Fascicolo 2, giugno 2000, p. 265 ss.

GIUSSANI A., Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica, in Resp. Civ. e prev. 2002, p. 315;

GIUSSANI A., The "Verbandsklage" and the class action: two models for collective litigation, in STORME M. (ed. by), Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation, Anversa-Apeldoorn (NL), 2003. E.L. p. 389 ss;

GIUSSANI A., Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa, Giappichelli, Torino, 2007, p. 29 ss;

GIUSSANI A., Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, Il Mulino, Bologna, 2008;

GIUSSANI A., L'azione collettiva risarcitoria nel nuovo art. 140 bis c.cons., in Rivista di diritto processuale, Cedam, Padova, 2008, p. 1227 ss;

GIUSSANI A., Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, in Il Mulino, Bologna, 2009, p. 115 ss e in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffré, Milano, 2008, p. 239 ss.

GIUSSANI A., Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali, in Banca borsa tit. cred., 3, 2011, p. 37 ss.;

GOBBO F., Il mercato e la tutela della concorrenza, Il Mulino, Bologna, 2001;

GORLA G., Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenza, in Riv. Dir. Comm., 1951, p. 405 ss;

GRAHAM H., The Expert Witness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposal Amended 702 of the Federal Rules of Evidence, in 54 U. Miami L. Rev., 2000, p. 317 ss;

GRASSO E., La pronuncia d'ufficio, Giuffrè editore, Milano, 1967;

GRAZIANI A., L'economia italiana 1945 – 1960. Introduzione, il Mulino, Bologna, 1972;

GRAZIOSI A., L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano, Giuffrè, Milano, 2003, p. 199 ss;

GRAZIOSI A., Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 3, 2011, p. 693 ss;

GRONDONA M., Delle obbligazioni in solido: articoli 1307-1313, in Comm. UTET, Torino, 2013, p. 445 s;

GRUNDMANN S., Information, party autonomy and economic agents in European contract law, 39 CML Rev., 2002, p. 269 ss;

GRUNDMANN S., Un diritto economico europeo in mutamento. Dall'Unione della concorrenza all'Unione finanziaria, in Contratto e impresa. Europa, 1/2016, pp. 1 ss;

GUIZZI G., Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1993, I, p. 277 ss;

GUIZZI G., Mercato concorrenziale e teoria del contratto, in Rivista di diritto commerciale, I, 1999, p. 99 e ss

HALEY J., Antitrust sanctions and remedies. A comparative study in German and Japanese law, in Wash L. Rev., 1984, p. 500 ss.

HARDING C. – JOSHUA J., Regulating Cartels in Europe, Oxford University Press, 2010;

HAUSFELD, Written Testimony for the Antitrust Modernization Committee Panel, Civil Remedies: Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, Antitrust Bulletin, 2007, p. 12 ss;

HOFSTADTER R., What Happened to the Antitrust Movement?, in SULLIVAN E.T. (edited by), The Political Economy of the Sherman Act, Oxford University Press, p. 20 ss;

HORWITZ M. J., The Transformation of American Law 1870- 1960, Oxford University Press, 1992;

HOVENKAMP H., The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, 74 Iowa Law Review, 1988, pp. 1019 ss;

IANNUCELLI P. La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'UE e la Direttiva 2014/104, Giuffrè, Milano, 2015;

INFANTINO M., La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comporato, Stämpfli Editore SA Berna, ESI Napoli, 2012;

IRTI N., Le categorie giuridiche della globalizzazione. Riv. Dir. Civ., 5, 2002, p. 625 ss.;

ISSACHAROFF S. – MILLER G.P., Will Aggregate Litigation Come to Europe?, Vanderbilt Law Review 179, 2009, p. 203 ss;

IUDICA G., Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore. Clausole abusive e razionalità del mercato, in Le nuove leggi civili commentate, n. 20, 1997, fascicoli 4/5, p. 777 ss;

JONES C. A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Oxford University Press, 1999;

JONES C. A., Foundations of competition policy in the EU and USA: conflict, convergence and beyond, in ULLRICH H. (edited by), The evolution of European Competition Law, EE, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, p. 18;

KAVANAGH E. D., Illinois brick: A look back and a look ahead, in Loyola Consumer Law Review, 17, 2004, n. 1, p. 1 ss.

KERBER W., Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law, in DREXL J. – IDOT L. – MONÉGER J. (edited by), Economic Theory and Competition Law, Cheltentham, Edward Elgar, 2009, p. 93 ss.

KOCH B. A. – KOZIOL H., Unification of Tort Law: Strict Liability, 2002.

KOMNINOS A., New Prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the community right to damages, CMLR, 39, 2002, p. 447 ss;

KOMNINOS A., Arbitration and modernization of European competition law enforcement, in World Competition, 2003, p. 215 ss;

KOMNINOS A. P., Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, The Competition Law Review, 2006, vol. 3, p. 5 ss.

KOMNINOS A., Arbitration and EU competition law, disponibile online https://papers.ssrn.com;

KORTMANN J. – WESSELING R., Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions, CPI Antitrust Chronicle, August 2013, 1, p. 1 ss.

KOTSIRIS L. E., An Antitrust Case in Ancient Greek Law, 22 The International Lawyer, 1988, pp. 451 ss;

LANDES W.M. – POSNER R.A., Should indirect purchasers have standing to sue under antitrust laws? An economic analysis of the Rule of Illinois Brick, in University of Chicago Law Review, 1979, 46, n. 3, p. 602 ss;

LANDOLT P., Modernised EC competition law in international arbitration, The Hague, 2006;

LANGE H. – SCHIEMANN G., Schadensersatz, Mohr Siebeck Verlag, 3rd ed., 2003;

LEONARD B. K., Kausalität und die Struktur des Vershuldensdelikts, 2001, Universitätsverlag Rasch;

LERNER G., Struttura e sovrastruttura dell'informazione in Italia, il Mulino, n. 2/2006, p. 302 ss;

LEVONI A., La pregiudizialità nel processo arbitrale, Torino, 1975;

LIBERTINI M., Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano, in Rivista di diritto commerciale, 2002, p. 433 e ss;

LIBERTINI M., Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva, in Rivista di diritto commerciale, 2003, p. 563 ss;

LIBERTINI M., Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II), in Danno e responsabilità, 3/2005, p. 237 ss;

LIBERTINI M. – MAUGERI M.R., Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, NGCC, 27, 2011, I-522 ss;

LIBERTINI M., Autonomia individuale e autonomia di impresa, in GITTI G. – MAUGERI M.R. – NOTARI M. (a cura di), I contratti per l'impresa – I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia, il Mulino, Bologna, 2012, p. 33 ss;

LIBERTINI M., Diritto della concorrenza dell'Unione europea, Giuffrè editore, Milano, 2014;

LIBERTINI M., La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari, in Concorrenza e mercato, 1, 2014, p. 265 ss;

LIBERTINI M., Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia, in Rivista delle società, 2013, p. 1 ss e in (versione riveduta e ampliata) Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu;

LIBERTINI M., La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001, Moneta e credito, 12/2015, p. 365 ss;

LIBONATI B., Le categorie del diritto commerciale, in Rivista di diritto societario, 2002, p. 1 ss;

LIEFMANN R., Kartelle, Konzerne und Trusts, Ernst Heinrich Moritz, Leinen, 1927;

LOMBARDI C., E piovve anche sotto l'ombrello – La Corte di giustizia riconosce il diritto al risarcimento del danno per umbrella pricing, disponibile online in: www.osservatorioantitrust.eu;

LUISO F. P., Rapporti tra arbitro e giudice, in Riv. Arbitrato, 2005, p. 772 ss;

LUISO F. P., Diritto processuale civile, IV, Giuffrè, Milano, 2017, ultima ed.;

MAGGIOLIO M., Intellectual Property and Antitrust – A Comparative Analysis of US and EU Law, Camberley, E. Elgar, 2011;

MAGNUS U., Causation in German Tort Law, in EGTL, Unification of Tort Law: Causation, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000;

MAIORCA C., voce Colpa civile, in Enc. Dir., p. 577 ss.

MARABINI F., Abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria, Giappichelli, Torino, 2004, p. 250 ss;

MARABINI F., Art. 2584, in RESCIGNO P. (a cura di), Fonti del diritto – Cod. civ., fasc.1, Giuffrè, Milano, 2010, p. 5390 ss;

MARCHETTI P. – UBERTAZZI L. C. (a cura di), Il diritto antitrust. Commentario breve al diritto della concorrenza, Cedam, 1999;

MARKESINIS B. – UNBERATH H., The German Law of Torts, Hart Publishing, Oxford, 4th ed., 2002;

MARKOVITS S., On the arbitrariness of market definition, in Antitrust Bulletin, 2002, p. 571 ss;

MARTEAU P., La notion de causalité, th. Aix Marseille, 1913;

MÄSH G., Chance und Schaden, Tübingen, 2004;

MAUGERI M. R., Abuso di dipendenza economica e autonomia privata, Milano, Giuffrè, 2003, p. 113 ss.

MAUGERI M. R., Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici, Ed. It. 2006;

MAUGERI M. R., Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Laterza, Bari-Roma, 2008, p. 175 ss;

MAUGERI M. R., Risarcimento del danno e diritto antitrust, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010, p. 149 ss;

MAUGERI M.R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010;

MAUGERI M.R., Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni Sessanta al Fiscal Compact, in Persona e Mercato – Saggi, 2014, p. 96 ss;

MAUGERI M.R., Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato oggi, in Rivista Orizzonti del diritto commerciale, 2015, 3, consultabile presso www.rivistaodc.eu.

MAY J., Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1919, Ohio State Law Journal, 257, 1989, p. 258;

MEDICUS D., § 249 no. 111, in VON STAUDINGER J. (edited by), Kommentar zum BGB – §§ 243–254, Sellier – de Gruyter, Berlin, revised edition 1983;

MELE M., La bufala digitale. Cinque punti per un dibattito dei media in Italia, Problemi dell'informazione, n. 1/2005, p. 5 ss;

MELI M., Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Giuffrè, Milano, 2001, p. 170 ss;

MELI M. – MAUGERI M.R. (a cura di), L'armonizzazione del diritto privato europeo, Giuffrè, Milano, 2004;

MELI M., I programmi di clemenza («leniency») e l'azione privata, in MAUGERI M.R. – ZOPPINI A. (a cura di), Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, 2009, p. 247 ss;

MELI V., Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi", Giuffrè, Milano, 1989;

MEYER M., Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27 (32);

MICHELI G. A., L'onere della prova, CEDAM, Bologna, 1942;

MICHELS R. K., Cartels, Combines and Trusts in Post-War Germany, Columbia University Press, New York, 1928;

MILLON D., The Sherman Act and the Balance of Power, Southern California Law Review, 61, 1989, p. 1219 ss;

MILUTINOVIĆ V., Private Enforcement. Upcoming Issues, in AMATO G.- EHLERMANN C.D. (edited by), EC competition law. A critical assessment, Oxford, Portland, Hart publishing, 2007, p. 725 ss;

MINI F., Strategie predatorie e politica antitrust, in Econ. Pubbl., 1991, p. 424 ss;

MIRANDA M. – RITTER L., nota a Corte di Giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/2000, caso Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd, Raccolta 2000 I-11369, pubblicato in Foro it. 2001, IV, 209;

MOLLERS T., Private enforcement of competition law in Europe. The Directive Proposal for Damages for infringements of competition law provisions, Europa e diritto privato, 2014, 3, p. 821 ss;

MONAHAN – WALKER, Judicial Use of Social Science Research, in 15 Law and Hum. Beh., 1991, p. 571 ss.

MONATERI P.G., La responsabilità civile, Utet Giuridica, Torino, 1988;

MONATERI P. G., I contratti d'impresa e il diritto comunitario, in Rivista di diritto civile, 2005, I, p. 489 ss;

MUSCOLO G., Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centred systems?, Concorrenza e mercato, 2008, p. 450 ss;

NAVARRETTA E., Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, in Rivista di diritto civile, 1, 2005, p. 507 ss, e in particolare 520;

NAVARRETTA E. (a cura di), Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, Giuffrè, Milano, 2007;

NAVARRETTA E., La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2007, 11, II, p. 419 ss;

NAVARRETTA E., Libertà fondamentali dell'UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici, in Rivista di diritto civile, 4/2015, p. 895 ss;

NAZZINI R., Are claims for tortious damages for breach of the antitrust rules arbitrable in the european union? Some reflections on the CDC case in the Court of Justice, Rivista italiana di Antitrust, 2016, 1, p. 60 ss;

NAZZINI R. Arbitrability of competition claims in tort and the principle of effectiveness of EU law, in European Business L.R., 2017, p. 796 ss;

NEGRI M., Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, Giappichelli, Torino, 2006, p. 50 ss;

NEGRI M., Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione EU, Int'L Lis, 2009, p. 135 ss;

NEGRI M., L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile, Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, 2, p. 476 ss.

NICITA A. – SCOPPA V., Economia dei contratti, Carocci, Roma, 2005;

NICITA A., Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica, in MAUGERI M. R. – ZOPPINI A., Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, il Mulino, Bologna, 2010, p. 25 ss;

NIVARRA L., Il 2° comma dell'art. 33, La tutela civile: profili sostanziali, in AA.VV., Diritto antitrust italiano, Zanichelli, Torino, 1993, p. 1449 ss;

NIVARRA L., Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato, Esi, Napoli, 2010;

NORBERG S., Competition Policy of the European Commission: In the Interest of Consumers?, Speech Made at Leuven, June 20th 2003, consultabile online: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_021_en.pdf;

OETKER H., § 249 no. 215, in REBMANN K. –SÄCKER F. J. – RIXECKER R. (edited by.), Münchener Kommentar zum BGB, vol. IIa, 4th ed. 2003;

OLIVER P. - ROTH W. H., The Internal Market and the Four Freedoms, Common Market Law Review, 2004, p. 407 ss;

ONNIBONI C., nota a Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-03055, in Corr. giur., 2000;

OPPO G., Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano, in Rivista di diritto civile 1978, I, p. 591 ss.

OPPO G., L'impresa come fattispecie, in Rivista di diritto civile, 1982, I, p. 112 ss;

OSTI C., Nuovi obblighi a contrarre, Giappichelli, Torino, 2004;

OSTI C., Diritto della concorrenza, il Mulino, Bologna, 2007;

OSTI C., L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica, in OLIVIERI G. e

ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e antitrust, Editori Laterza, 2008, p. 36 ss;

PACE L.F. (a cura di), Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Jovene editore, Torino, 2013;

PALMIERI A., Arbitrati individuali coatti e ghettizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense, in Foro it., 2016, V, c. 81 ss;

PARDOLESI R., Intese restrittive della libertà di concorrenza, in FRIGNANI A. – PARDOLESI R. (a cura di), La Concorrenza, in AJANI G. – BENACCHIO G. A., Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. VII, Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 47 ss;

PARDOLESI R., Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario, in Mercato concorrenza regole, n. 3, 2001, p. 561 ss;

PARETO V., Manuale di Economia Politica, Padova, 1906;

PASSANTE L., La prova illecita nel processo civile, Giappichelli, Torino, 2017.

PATEL K.K. – SCHWEITZER H. (edited by.), The Historical Foundations of Eu Competition Law, Oxford, Oxford University Press, 2013;

PATTI S., I contratti del consumatore e la ricodificazione interna, in Europa e diritto privato, 2003, p. 503 ss.

PATTI S., Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni, Riv. Trim dir. proc. Civ., 2008, p. 735 ss;

PENNASILICO M., L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti, in Rass. Dir. Civ., 2005, p. 428 ss;

PERELMAN C. – OLBRECHTS TYTECA L., Trattato dell'argomentazione, Einaudi, Torino 2001;

PERITZ R. J. R., Competition Policy in America, 1888- 1992. Hystory, Rethoric, Law, New York – Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 13 ss;

PERROTTA G., nota a Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in Giust. civ., 2013, I, p. 725;

PIKETTY T. – SAEZ E., Inequality in the long run, in The science of inequality, 23 maggio 2014, n. 344, ss, consultabile in www.sciencemag.org, p. 838 ss;

PILLONI M., Commento sub art. 164, in CONSOLO C. (a cura di), Codice di procedura civile. Commentario, Giuffrè, Milano, 1998;

PISATI M., Il video e il voto. Gli effetti dell'informazione politica televisiva sulle elezioni del 1996, Rivista italiana di scienza politica, n. 2/2000, p. 329 ss;

PLAIA A., Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato, in Eur. dir. priv., 4, 2015, p. 743 ss;

POLINSKY A. M. – SHAVELL S., Contribution and Claim Reduction Among Antitrust Defendants: An Economic Analysis, in Stanford Law Review, 1981;

POLINSKY A. M., An Introduction to Law and Economics, 2end ed., Boston, 1989;

POLLOCK F., Liability for Consequences, 38 L. Q. Rev. 165, 1922, p. 167 ss.;

PONZANELLI G., L'Europa e la responsabilità civile, Nota a Francovich v. Bonifaci, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, Foro it., 1992, IV, c. 150 s.

PONZANELLI G., Scienza, verità e diritto: il caso Benedectin, in Foro it., 1994, IV, p. 184 ss.

POSNER R. A., Economic Analysis of Law, 6th edition, New York;

PRIEST G., Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis, Supreme Court Economic Review, 1, 1982, p. 163 ss;

PROSPERETTI L. – PANI E. – TOMASI I., Il danno antitrust. Una prospettiva economica, il Mulino, bologna, 2010;

PROSPERETTI L. (a cura di), Economia e diritto antitrust, Carocci, Roma, 2006;

PULEIO G., L'efficacia orizzontale della libera circolazione delle merci, in NAVARRETTA E. (a cura di), Effettività e Drittwirkung: idee a confronto, Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 211 ss.

PULEIO G., L'interpretazione secondo concorrenza dei contratti di impresa: una proposta, in BELLONI I. – CALDERAI V., Metodo giuridico e interpretazione Un confronto interdisciplinare su Senso e consenso di Aurelio Gentili, ETS, 2018, Pisa, p. 95 ss.

PULEIO G., La responsabilità civile dello Stato, in NAVARRETTA E. (a cura di), Codice della responsabilità, Giuffrè editore, in corso di pubblicazione.

PULEIO G., La responsabilità civile dello Stato, in NAVARRETTA E. (a cura di), Codice della responsabilità, Giuffrè editore, in corso di pubblicazione;

QUéZEL-AMBRUNAZ C., Essai sur la causalité, Dalloz, 2010;

RADICATI DI BRONZOLO L. G., Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte, in Riv. Arb., 2004, p. 9 ss;

RAFFAELLI E. A., L'applicazione del diritto antitrust comunitario tra giudici nazionali e Commissione, in Riv. Dir. Proc., 2008, 3, p. 645 ss;

RAISER L., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, tradotto in italiano come Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni, traduzione di GRAZIADEI M., a cura di MAZZONI C.M., Giuffrè, Milano, 1990, p. 98 ss.

RASIA C., Tutela giudiziale europea e arbitrato, Bologna, 2010, p. 150.

REALMONTE F., Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, Giuffrè, 1967;

REICH N. – MICKLITZ W. A., Europäische Verbraucherecht, 4th ed., Nomos, 2003;

REICH N., The "Courage" doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? 2005, 42 C.M.L.Rev., p. 35 ss;

REITER S., voce Efficient allocation, in EATWELL J. – MILGATE M. – NEWMAN P. (edited by), The New Palgrave Dictionary of Economics, London, 1987, vol. II, p. 107 ss;

RESENDE J.S. – BIRCH S., The personal and substantive scope of the Eu free movement rules: the application of horizontal direct effect, consultabile presso: www.unibh.br/revistas/ecivitas;

RICCI E. F., L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria, Riv. Dir. proc., 2000, p. 500 ss;

RICOLFI M., Antitrust, in ABRIANI N. – COTTINO G. – RICOLFI M., Diritto industriale, in COTTINO G. (diretto da), Trattato di Diritto commerciale, Cedam, Padova, 2001, p. 694 ss;

RIZZO A., nota a Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-03055., in Eur. e dir. priv., 2000, p. 663 ss;

RODOTA' S., Il problema della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1964;

RODOTA' S., Il tempo delle clausole generali, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, p. 708 ss;

ROMANO A.A., La tutela cautelare nel processo civile, Jovene, Napoli, 2004, p. 122 ss;

RONCO S., Programmi di clemenza e private enforcement: bilanciamento di interessi tra «pentitismo concorrenziale» e diritto al risarcimento del danno antitrust, in Politica del diritto, 2016, 3, p. 457 ss.

ROPPO V., Il contratto del duemila, Giappichelli, Torino, 2002;

ROPPO V., Il contratto, in IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di), Trattato di diritto privato, Giuffrè, 2011;

ROPPO V., Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa di finale, in Riv. Dir. priv., 2006, p. 347 ss;

ROPPO V., I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto, in ROJAS ELGUETA G. - VARDI N. (a cura di), Oltre il soggetto razionale, Roma TrE-Press, Roma, 2014, p. 25 ss;

ROPPO V., Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo, in Corriere Giur., 2017, 3, p. 365 ss;

RORDORF R., Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust, Le Società, 2014, 7, p. 784 ss;

ROSSI P., Il diritto plurilingue europeo nella prospettiva del legislatore comunitario e dell'interprete nazionale, in Politica del diritto, 2007, 1, p. 139 ss;

ROTH W.H., Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in AA. VV., Festschrift für Dieter Medicus, Carl Heymanns, Colonia, 1999, p. 393 ss;

SABBATINI P. L., Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante, in Mercato concorrenza regole, 2012, p. 495 ss;

SACCO R., Il sistema del diritto privato europeo. Le premesse per un codice europeo, in MOCCIA L. (a cura di), Il diritto privato europeo: problemi e prospettive (Atti del Convegno internazionale, Macerata 8-10 giugno 1989), Milano, 1993, 87 ss;

SALANDRA V., Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi), Cedam, Padova, 1934;

SALANITRO N., Disciplina antitrust e contratti bancari, in Banca borsa tit. cred., 1995, II, p. 420 ss e in La concorrenza nel settore bancario, in Banca borsa tit. cred., 1996, I, p. 765 ss;

SALOMONE E., Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio, Rivista trimestrale diritto e procedura civile, 2002, p. 1017 ss;

SALVANESCHI L., Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust, in Corr. giur., 2003, p. 1628 ss.;

SALVI C., Diritto europeo e responsabilità civile, Resp. Civ. e prev., 1, 1999, p. 29 ss;

SALVI C., La responsabilità civile, Giuffrè editore, Milano, seconda edizione, 2005;

SALVI C., Capitalismo e diritto civile, il Mulino, Bologna, 2015;

SAMBUCCI L., Il contratto dell'impresa, Giuffrè, Milano, 2002;

SANTORO-PASSARELLI F., La causa nel contratto di assicurazione, in Studi sulle assicurazioni per il cinquantenario dell'I.N.A., Roma, 1963, p. 210 ss;

SCHEPEL H., The new Approach to the new Approach: the juridification of harmonized standards in Eu Law, in Maastricht Journal, 4/2013, p. 521 ss.;

SCHIEMANN G., § 249 no. 105, in VON STAUDINGER J. (edited by), Kommentar zum BGB – §§ 249–254, Sellier – de Gruyter, Berlin, revised ed. 2008;

SCHLECHTRIEM P., Delikt und Vertragsbruch im deutsvhen Recht: Problemstellunegen in den Grenzbereichen, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 341 ss;

SCHLESINGER P., Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido, in Corr. giur., 1992, p. 425 ss;

SCHMOLLER G., Das Verhältnis der Kartelle zum Staat, in Verhandlungen der Generalversammlung in Mannheim 1905, p. 241 ss;

SCHNELL G., Class Action Madness in Europe – a Call for more Balanced Debite, in Eur. Comp. L. R., 2007, p. 617 ss;

SCHOCKWEILER F., Le Régime de la responsabilité extracontractuelle, RTDE, 1990, p. 59 ss;

SCHWARTZ W. E. – TULLOCK G., The Costs of a Legal System, Journal of Legal Studies, p. 75 ss;

SCODITTI E., Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria, nota a Cass. Civ. 4915/2003, in Foro it., 2003, I, p. 2015 ss;

SCODITTI E., Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in Foro it., 2004, IV, p. 4 ss;

SCOGNAMIGLIO R., Responsabilità civile e danno, Giappichelli, Torino, 2010;

SCUFFI M., Le interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e la disciplina antitrust: problematiche processuali e sostanziali, in Concorrenza e mercato, Giuffrè, Milano, 1, 2006, p. 485 ss;

SERIO M., La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione, Responsabilità civile e previdenza, 2/2014, p. 327 ss;

SHAVELL S., Causation and Tort Liability, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper n. 193, August 1996, p. 211 ss;

SHAVELL S., Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, Journal of Legal Studies, 1982, p. 55 ss;

SHEPEL H., Costitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: on the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law, European Law Journal 2012, p. 177 ss;

SHEPEL H., nella nota a commento, pubblicata in European Review of Contract Law, 2013, p. 186 ss;

SHUIBHNE N., The Treaty is coming to get you, in European Law Review, 2012;

SHUIBHNE N., The Coherence of Eu Free Movement Law. Constitutional responsibility and the Court of Joustice, Oxford, 2013;

SIRAGUSA A., 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, 2013, p. 313 ss;

SIRENA P., La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori in NAVARRETTA E. (a cura di), Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007, Giuffrè editore, 2008, p. 493 ss;

SMAGON M. S., Liability for Breach of Law under § 823, sec. 2 BGB, in HEIDERHOFF B. – ŻMIJ G. (edited by), Tort Law in Poland, Germany and Europe, p. 23 ss;

SNELL J., Goods and Services in EC Law, Oxford University Press, Oxford, 2002;

SNELL J., Private Parties and Free Movement of Goods and Services, in ANDENAS M. – Roth W.H. (edited by), Services and Free Movement in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 234 ss;

SPADAFORA A., La nozione di impresa nel diritto comunitario, in Giustizia civile, 90, II, p. 283 ss;

SPER J. (ed. by), Unification of Tort Law: Causation, Kluwer Law International, The Hague, London – Boston, 1996;

STELLA F., A proposito di alcune sentenze civili in tema di causalità, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2005, p. 1159 ss;

STIMSON F. J., Trust, Harvard Law Review, Vol. 1, N. 3, 1887, p. 132 ss;

TABBACH A. D., Causation and incentives, to Choose Levels of Care and Activity Under the Negligence Rule, Review of Law and Economics, 2008 p. 45 ss;

TADDEI ELMI G., Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi, in Persona e mercato, 1, 2011, p. 198 ss;

TARUFFO M., Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 2001, 3. p. 665 ss;

TARUFFO M., La prova scientifica nel processo civile, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2006, 4, p. 1079 ss;

TARZIA G., L'ordine europeo del processo civile, Rivista diritto processuale, 2001, p. 902 ss;

TARZIA G., Nozioni comuni per un processo civile europeo, in Rivista di diritto processuale, 2003, 2, p. 321 ss;

TASSONE B., La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile, ESI, 2007;

TAVASSI M. – BELLOMO G. – CAPRILE F., Rassegna pubblicata dalla rivista Concorrenza e mercato, Giuffrè editore, anni 2015, 2016, 2017;

TESAURO C., Recenti sviluppi del private antitrust enforcement, in Mercato concorrenza regole, 2011, p. 427 ss;

TOFFOLETTI L., Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust, Giuffré, Milano, 2009;

TOFFOLETTO A., Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust, Giuffrè editore, Milano, 1996;

TOFFOLETTO A. – TOFFOLETTI L., I rapporti tra IPRS e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilaciamenti, AIDA, 1, 2014, p. 337 ss;

TONOLETTI B., L'accertamento amministrativo, Padova, Cedam, 2001;

TOWNLEY C., Undertakings, in AMATO G. – EHLERMANN H. (edited by), EC competition law: a critical assessment, Hart publishing, Oxford, Portland, 2007, p. 3 ss;

TRIMARCHI P., Rischio e responsabilità oggettiva, Giuffrè, Milano, 1962;

TRIMARCHI P., Causalità e danno, Giuffrè, Milano, 1967;

TRIMARCHI P., Illecito (dir. priv.), Enciclopedia del diritto, XX, 1970;

TRIMARCHI P., La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno, Giuffrè editore, Milano, 2017;

TROTTA A., Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione, in PACE L. F., Dizionario sistematico della concorrenza, Jovene, Napoli, 2013, p. 361;

TUCCI G., Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto, nota a Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, Contratti, 1996, p. 152 ss;

UBERTAZZI L.C., Concorrenza e norme bancarie uniformi, Giuffrè, Milano, 1986;

VALERINI F., Gli effetti delle decisioni dell'AGCM sul processo civile, in SASSANI B. (a cura di), Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, Pisa, 2017, p. 121 ss;

VAN BOOM W. H., The Law of Damages and Competition Law: Bien étonnés de se trouver ensemble?, in SCHULZE E. (ed. by), Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law, Sellier, Munich, 2011, p. 165 ss;

VAN DEN BERGH R. – GIANNACCARI A., L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza- Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?, in Mercato Concorrenza Regole, 3, 2014 p. 393 ss;

VAN DER BOGAERT S., Horizontality: The Court Attacks?, in BARNARD C. – SCOTT J. (edited by), The Law of the Single European Market, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2002, p. 134 ss;

VAN GERVERN W., Private enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Abend, in BASEDOW J., Private Enforcement of Ec Competition Law, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 19 ss;

VAN HARTEN H. – NAUTA T., Towards Horizontal Direct Effect for the Free Movement of Goods. Comment on Fra.bo, in European Law Review, 2013, p. 677 ss;

VANZ M.C., La circolarità della prova nei processi civili, Giuffrè, Milano, 2008

VENIT J. S., Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, 2003, 40, CMLRev, p. 554 ss.

VERBRUGGEN P., The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services, in European Review of Private Law, 2/2014, p. 201 ss;

VERDE G., Prova (teoria generale e dir. proc. Civ.) in Enc. Dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 630 ss;

VERDE G., Un processo comune per l'Europa, Europa e diritto privato, 1999, p. 3 ss;

VERDE G., L'onere della prova nel processo civile, ESI, Napoli, 1999;

VERDE G. (a cura di), Diritto dell'arbitrato rituale, Giappichelli, Torino, 2000;

VERDE G., Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli, Torino, 2010, p. 23 ss;

VERRUCOLI P. (a cura di), La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario, Giuffrè editore, Milano, 1977;

VETTORI G., La disciplina generale del contratto nel tempo presente, in Rivista di diritto privato, 2004, p. 313 ss;

VETTORI G., Contratto e concorrenza, in Rivista di diritto privato, 2004, p. 765 ss;

VETTORI G., Oltre il consumatore, in Persona e mercato, 2011, 1, consultabile in www.personaemercato.it;

VETTORI G., I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali, in GITTI G. – MAUGERI M.R. – NOTARI M. (a cura di), I contratti per l'impresa – I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia, il Mulino, Bologna, 2012, p. 97 ss;

VINCRE S., La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile, in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1153 ss.

VINCRE S., Risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 1166 ss;

VISINTINI G., Trattato breve sulla responsabilità civile, CEDAM, Padova, 2005;

VITALE M., L'incertezza del diritto sulla sindacabilità della competenza arbitrale; Cass., 30 luglio 2004, n. 14557, nota a Cass., 30 agosto 2000, n. 11404, pubbl. in Giust. civ., 2001, I, p. 2185 ss.

VON BAR C., Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, in Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Beck, Mün̈chen, 1996;

VON BAR C., The Common European Law of Torts, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 473 ss;

VON BAR C., Tort Law: National variety and European perspective, in Europa e dir. Priv., 1999, 2, p. 327 ss;

VON BAR C. (ed.), Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.), München, 2009;

VON HAYECK F., Conoscenza, mercato, pianificazione – Concetti e problemi dell'economia teorica: equilibrio, capitale, concorrenza e divisione della conoscenza, il Mulino, Bologna, 1988;

WAELBROECK D., Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law, in HEUKELS T. – McDONNEL A. (edited by), The Action for Damages in Community Law, The Hague – London – Boston, 1997, p. 311 ss;

WAELBROECK M. – FRIGNANI A., European Competition Law, Arsdley, 1999;

WARRINER B.A., Combines and Rationalisation in Germany, 1924-1928, P. S. King & Son, London, 1931;

WEBER H., Der Kausalitätbeweis im Zivilprozeß, Tübingen, 1997;

WEBER WALLER S., Neo- Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust, 42 Kansas Law Review 557, 1994, p. 557 ss;

WELLS W.C., Antitrust and the formation of the postwar world, Columbia University Press, New York;

WESSELING R., The Modernisation of EC Antitrust Law, Oxford/Portland, 2000;

WINIGER B. – KOZIOL H. – KOCH B.A. – ZIMMERMAN R. (ed. by), Digest of European Tort Law, I, Essential Cases on Natural Causation, Vienna – New York, 2007;

ZIMMERMANN R., The law of obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, p. 864;

ZIMMERMANN R., Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge, 2002, p. 76 ss.

ZOPPINI A., Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), Contratto e Antitrust, Laterza, 2008, p. 3;

ZUFFI B., L'incentivazione del ricorso ai metodi di composizione alternativa (consensual settlements) nelle liti risarcitorie antitrust, Nuove Leggi Civili Commentate 2/2018, p. 555 ss.

Giurisprudenza citata

1. Corte di giustizia

Corte di Giust., 13 luglio 1962, causa C-19/61, caso Mannesmann AG contro l'Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, Raccolta della giurisprudenza 1962 00675;

Corte di Giust., 15 luglio 1964, causa C-6/64, caso Costa, Raccolta della giurisprudenza 1964 01141;

Corte di Giust., 30 giugno 1966, causa C-56/65, caso Société Technique Minière, Raccolta della giurisprudenza 1966 00337;

Corte di Giust., 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, caso Consten/Grundig, Raccolta della giurisprudenza 1966 00559;

Corte di Giust., 28 febbraio 1968, causa C-24/67, caso Park Devis, Raccolta della giurisprudenza 1968 00081;

Corte di Giust., 9 luglio 1969, causa 10/69, Portelange, Raccolta della giurisprudenza pag. 309, punto 10;

Corte di Giust., 8 giugno 1971, causa C-78/70, caso Deutsche Grammophon Gesellschaft v. Metro, Raccolta della giurisprudenza 1971 00487;

Corte di Giust., 25 novembre 1971, causa C-22/71, caso Béguelin Import/GL Import Export Sa, Raccolta della giurisprudenza 1971 00949;

Corte di Giust., 9 dicembre 1971, causa C-27/76, caso United Brands, Raccolta della giurisprudenza 1978 00207;

Corte di Giust., 14 luglio 1972, causa C-48/69, caso Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee;

Corte di Giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, caso Cementhandelaren, Racc. 1972 977;

Corte di Giust., 30 aprile 1974, causa C-155/73, caso Sacchi, Raccolta della giurisprudenza 1974 409;

Corte di Giust., 3 luglio 1974, causa C-192/73, caso Hag I, Raccolta della giurisprudenza 1974 00731;

Corte di Giust, 11 luglio 1974, C-8/74, caso Dassonville, Raccolta della giurisprudenza 1974 00837;

Corte di Giust., 31 ottobre 1974, cause riunite C-15/74 e C-16/74, caso Centrafarm v. Sterling Drug e Centrafarm v. Wintrhop, Raccolta della giurisprudenza 1974 1183;

Corte di Giust., 12 dicembre 1974, causa C-36/74, caso Walrave, Raccolta della giurisprudenza 1974 01405;

Corte di Giust., 13 novembre 1975, causa C-26/75, caso General Motors, Raccolta della giurisprudenza 1975 01367;

Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, cause riunite C-40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113, 114/73, caso Suiker Unie e altri v. Commissione, Raccolta della giurisprudenza 1975 01663;

Corte di Giust., 22 giugno 1976, causa C-119/75, caso Terrapin v. Terranova, Raccolta della giurisprudenza 1976 01039;

Corte di Giust., 14 luglio 1976, C-13/76, caso Donà v. Mantero, Raccolta della giurisprudenza 1976 01333;

Corte di Giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, caso United Brands, Raccolta della giurisprudenza 1978 00207;

Corte di Giust., 23 maggio 1978, causa C-102/77, caso Hoffmann, Raccolta 1978 01139;

Corte di Giust., 20 giugno 1978, causa C-28/77, caso Tepea BV contro Commissione delle Comunità europee, Raccolta della giurisprudenza 1978 01391;

Corte di Giust., 28 giugno 1978, causa C-70/77, caso Simmenthal, Raccolta 1978 01453;

Corte di Giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, caso Hoffmann La Roche, Raccolta della giurisprudenza 1979 00461;

Corte di Giust., 12 luglio 1979, cause riunite C-32, 36, 82/78, caso BMW Belgium v. Commissione, Raccolta della giurisprudenza 1979 02435;

Corte di Giust., 4 ottobre 1979, causa 238/78, caso Ireks-Arkady Gmbh v. Council and Commission of the European Communities, in Racc. (1979), p. 2955

Corte di Giust., 4 ottobre 1979, cause riunite 64, 113/76, 239/78, 45/79, caso Dumortier frères SA and others v. Council of the European Communities, in Racc. (1979), p. 3091,

Corte di Giust., 29 ottobre 1980, cause riunite C-209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 218/78, caso Heintz van Landewyck, Raccolta della giurisprudenza 1980 03125;

Corte di Giust., 22 gennaio 1981, C-58/80, caso Dansk Supermarked, Raccolta della giurisprudenza 1981 00181;

Corte di Giust., 14 luglio 1981, causa 187/80, caso Merck v. Stephar, Raccolta della giurisprudenza 1981 2063;

Corte di Giust., 23 marzo 1982, causa C-102/81, caso Nordest v. Reederei Mond, Raccolta della giurisprudenza 1982 01095.

Corte di Giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, caso N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contro Commissione delle Comunità europee, Racc. 1983 03461;

Corte di Giust., 4 aprile 1984, C-177/82 e C-178/82, caso Van De Haar, Raccolta della giurisprudenza 1984 01797;

Corte di Giust., 14 dicembre 1984, causa C-319/82, caso Société de vente de ciments et bétons de l'est, Raccolta della giurisprudenza 1983 04173;

Corte di Giust., 7 marzo 1985, causa C-32/84, caso Van Gend & Loos, Raccolta della giurisprudenza 1985 00779;

Corte di Giust., 9 luglio 1985, causa C-19/84, caso Pharmon, Raccolta della giurisprudenza 1985 02281.

Corte di Giust., 11 luglio 1985, causa 42/84, caso Remia v. Commissione, Raccolta della giurisprudenza 1985 02545, punto 22;

Corte di Giust., 10 dicembre 1985, cause riunite C-240-242, 261, 262, 268 e 269/82., caso Stichting Sigarettenindustrie v. Commissione, Raccolta della giurisprudenza 1985 03831;

Corte di Giust., 17 novembre 1987, causa C-142/84, caso Bat e Reynolds, Raccolta della giurisprudenza 1987 04487;

Corte di Giust., 27 settembre 1988, C- 65/86, caso Bayer v. Süllhöfer, Raccolta della giurisprudenza 1988 05249;

Corte di Giust., 5 ottobre 1988, causa C-53/87, causa Renault, Raccolta della giurisprudenza 1988 06039;

Corte di Giust., 11 aprile 1989, causa C-66/86, caso Ahmed Saeed, Raccolta della giurisprudenza 1989 00803;

Corte di Giust., 11 gennaio 1990, causa C-277/87, caso Sandoz, Raccolta della giurisprudenza 1990 I-00045;

Corte di Giust., 19 novembre 1997, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, caso Francovich e Bonifaci contro Italia, Raccolta della giurisprudenza 1995 I-03843;

Corte di Giust., 28 febbraio 1991, causa C-234/89, caso Delimitis, Raccolta della giurisprudenza 1991 I-00935.

Corte di Giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, caso Höfner e Elser vs. Macrotron GmbH, Raccolta della giurisprudenza 1991 I-01979;

Corte di Giust., 3 luglio 1991, C-62/86, caso Akzo Chemie BV, p. 163;

Corte di Giust., 8 luglio 1992, causa C-199/92, caso Hüls, in Racc. (1999), pp. I-04287;

Corte di Giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, caso A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee, Raccolta della giurisprudenza 1993 I-01307;

Corte di Giust., 13 aprile 1994, causa C-128/92, caso Banks Ltd v. British Coal Corp, 1994, Raccolta della giurisprudenza I -1209,

Corte di Giust., 15 dicembre 1994, causa C-250/92, caso Gøttrup-Klim e a. Grovvareforeninger / Dansk Landbrugs Grovvareselskab, Raccolta della giurisprudenza 1994 I-05641.

Corte di Giust., 15 dicembre 1995, C-415/93, caso Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman, Raccolta della giurisprudenza 1995 I-04921;

Corte di Giust., 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur c. Germania, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e a., cause riunite C-46/93 e C-48/93, in Raccolta della giurisprudenza 1996;

Corte di Giust., 14 novembre 1996, causa C-333/94, caso Tetra Pack, Raccolta della giurisprudenza 1996 I-05951;

Corte di Giust., 5 dicembre 1996, cause riunite C-267/95 e C-268/95, caso Merch v. Primecrown e Becham v. Europharm of Worthing, FI, Raccolta della giurisprudenza 1997, IV, 222;

Corte di Giust., 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 e C-379/95, caso Ladbroke Racing, Raccolta della giurisprudenza 1997 I-06265;

Corte di Giust., 28 aprile 1998, causa C-200/96, caso Metronome Musik GmbH v. Music Point Hokamp GmbH, Raccolta della giurisprudenza 1998 I-01953;

Corte di Giustizia, 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-03055,

Corte di Giust., 8 luglio 1999, causa C-51/92, caso Hercules Chemicals NV v. Commissione, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-04235;

Corte di Giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni, Raccolta della giurisprudenza I-4125;

Corte di Giust., 10 luglio 1999, causa C-173/98, caso Sebago, Raccolta della giurisprudenza 1999 I-04103;

Corte di Giust., 7 gennaio 2000, cause riunite C-104/89 e C-37/90, caso Mukder II Mulder et al. v. Commissione in Raccolta della giurisprudenza 2000 I-00203;

Corte di Giust., 3 ottobre 2000, C-411/98, caso Ferlini v. Centre hospitalier de Luxembourg, Raccolta della giurisprudenza 2000 I-08081;

Corte di Giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/2000, caso Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd, Raccolta 2000 I-11369, pubblicato in Foro it. 2001, IV, 209

Corte di Giust., 10 luglio 2001, causa C-497/99, caso Irish Sugar, Raccolta della giurisprudenza 2001 I-05333;

Corte di Giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, caso Courage, Raccolta della giurisprudenza 2001 I-06297;

Corte di Giust., 20 novembre 2001, cause riunite C-414/99 e C-416/99, caso Davidoff-Levi Strass, Raccolta della giurisprudenza 2001 I-08691;

Corte di Giust., 19 febbraio 2002, C-35/99, caso Arduino c. Soc. Riunione Adriatica Sicurtà, in Raccolta della giurisprudenza 2002 I-1529;

Corte di Giust., 19 febbraio 2002, causa C-309/99, caso Wouters, Raccolta della giurisprudenza 2002 I-01577;

Corte di Giust., 6 giugno 2002, C-159/00, caso Sapod Audic, Raccolta della giurisprudenza 2002 I-05031;

Corte di Giust., 9 settembre 2003, causa C-198/01, caso Consorzio Industrie Fiammiferi, Raccolta della giurisprudenza 2003 I-8055;

Corte di Giust., 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, caso Laval, Raccolta della giurisprudenza 2010 I-00067;

Corte di Giust., 15 febbraio 2005, causa C-13/03, caso Tetra Laval, Raccolta della giurisprudenza 2005 I-01113;

Corte di Giust., 26 maggio 2005, causa C-132/03, caso Codacons v. Voden Medical Instruments, Raccolta della giurisprudenza 2005 I-04167;

Corte di Giust., 13 luglio 2006, causa C-295/04 e C-298/04, caso Manfredi, Raccolta della giurisprudenza 2006 I-06619.

Corte di Giust, 11 dicembre 2007, C-341/05, caso Laval, Raccolta della giurisprudenza 2007 I-11767;

Corte di Giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, caso Viking Line, Raccolta della giurisprudenza 2007 I-10779;

Corte di Giust., 8 aprile 2008, C-346/06, caso Rüffert, Raccolta della giurisprudenza 2008 I-01989;

Corte di Giust., sez. III, 23 aprile 2009, causa C-425/07, caso AEPI, Raccolta della giurisprudenza 2009 I-03205;

Corte di Giust., 15 luglio 2010, C-271/08, caso Commissione v. Germania, Raccolta della giurisprudenza 2010 I-07091;

Corte di Giust., 29 luglio 2010, causa C-40/09, caso Astra Zeneca, Raccolta della giurisprudenza 2010 I-07505;

Corte di Giust., 8 dicembre 2011, causa C-386/10, caso Chalkor, Raccolta della giurisprudenza 2011 I-13085;

Corte di Giust., 19 aprile 2012, causa C-549/10, caso Tomra Systems, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 12 luglio 2012, causa C-171/11, caso Fra.bo, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 6 novembre 2012, C-199/11, Commissione UE c. Otis NV e aa, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 13 dicembre 2012, causa C-226/11, caso Expedia, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 18 luglio 2013, causa C-136/12, caso Consiglio Nazionale dei geologi v. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 10 aprile 2014, cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, caso Commissione / Siemens Österreich e a. et Siemens Transmission & Distribution e a. / Commission, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 5 giugno 2014, causa C-557/12, caso Kone, Raccolta digitale generale.
Corte di Giust., 5 giugno 2014, causa C-557/12, caso Kone, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 11 settembre 2014, causa C-382/12, caso MasterCard e a. v. Commissione, in Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 21 maggio 2015, causa C-352/13, caso CDC, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 6 ottobre 2015, causa C-500/14, caso Ford Motor Company, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 6 ottobre 2015, causa C-23/14, caso Post Danmark A/S, pt 49, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust. 12 novembre 2015, C-198/14, caso Valev Visnapuu v. Kihlakunnansyyttäjä, Suomen valtio – Tullihallitus, Raccolta digitale generale;

Corte di Giust., 21 luglio 2016, causa C-542/14, caso SIA VM Remonts e a. contro Konkurences padome, Raccolta digitale generale;

2. Tribunale di I grado

Tribunale, 10 marzo 1992, causa T-9/89, caso Hüls v. Commissione, punto 128, Raccolta della giurisprudenza 1992 II-00499;

Tribunale, 6 ottobre 1994, causa T-83/91, caso Tetra Pak, Raccolta della giurisprudenza 1994 II-00755;

Tribunale, 6 aprile 1995, causa T-141/89, caso Tréfileurope Sales SARL v. Commissione, paragrafo 58, Raccolta della giurisprudenza 1995 II-00791;

Tribunale, 11 marzo 1999, T-191/94, cause riunite T-189/94, T-190/94, T-191/94, caso Tellier, in Racc. 1999, II 347;

Tribunale, 15 marzo 2000, cause riunite T- 2 T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Raccolta della giurisprudenza 2000 II-00491, punto 1849;

Tribunale, 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, caso Napier-Brown, Raccolta della giurisprudenza 2001 II-02035;

Tribunale, 20 marzo 2002, causa T-31/99, caso ABB Asea Brown Boveri Ltd contro Commissione delle Comunità europee, Racc. 2002 II-01881;

Tribunale, 20 marzo 2002, causa T-28/99, caso Sigma Tecnologie di rivestimento Srl contro Commissione delle Comunità europee, Racc. 2002 II-01845;

Tribunale, 20 marzo 2002, T-23/99, LR AF 1998, in Raccolte 2002 II 1705;

Tribunale, 15 settembre 2005, causa T- 325/01, caso DaimlerChrysler AG; e vedi anche Commissione, Orientamenti sulle restrizioni verticali, 2010/C 130/01;

Tribunale, 18 settembre 2011, causa T-112/2011;

Tribunale, 24 maggio 2012, causa T-111/08, caso MasterCard e a. v. Commissione, Raccolta digitale generale;

Tribunale, 9 dicembre 2014, causa T-92/10, caso Ferriera Valsabbia SpA e Valsabbia Investimenti SpA contro Commissione europea, Raccolta digitale generale;

Tribunale, 10 dicembre 2014, causa T-90/11, caso ONP e altri v. Commissione, Raccolta digitale generale;

3. Corte EDU

CEDU, 27 settembre 2011, Ricorso n. 43509/08, caso Menarini c. Italia;

4. Corte Costituzionale

Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372;

Corte Cost., 1° luglio 2002, n. 332;

Corte Cost., 1° agosto 2008, n. 331;

5. Cassazione civile

Cassazione civile, sez. III, 2 febbraio 1963, n. 2305;

Cassazione civile, sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174;

Cassazione civile, sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765;

Cassazione civile, sez. III, 7 gennaio 1991, n. 60;

Cassazione civile, sez. I, 23 gennaio 1991, n. 12439;

Cassazione civile, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099;

Cassazione civile, sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827;

Cassazione civile, sez. II, 21 gennaio 2000 n. 632;

Cassazione civile, sez. III, 10 maggio 2000 n. 5962;

Cassazione civile, sez. I, 17 maggio 2000, n. 6368;

Cassazione civile, sez. lav., 30 agosto 2000, n. 11404;

Cassazione civile, sez. III, 3 dicembre 2002, n. 17152;

Cassazione civile, sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422;

Cassazione civile, sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400;

Cassazione civile, sez. lavoro, 3 agosto 2004, n. 14849

Cassazione civile, sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207;

Cassazione civile, sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3191;

Cassazione civile, sez. III, 6 luglio 2006, n. 15384;

Cassazione civile, sez. lav., 5 settembre 2006, n. 19047;

Cassazione civile, sez. I, 27 settembre 2006, n. 21020;

Cassazione civile, sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305;

Cassazione civile, sez. III, 1° marzo 2007, n. 4791;

Cassazione civile, sez. III, 27 marzo 2007, n. 7485;

Cassazione civile, sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238;

Cassazione civile, sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619;

Cassazione civile, sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581;

Cassazione civile, sez. III, 17 gennaio 2008, n. 868;

Cassazione civile, sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640;

Cassazione civile, sez. III, 14 marzo 2011, n. 5941 e 5942;

Cassazione civile, sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211;

Cassazione civile, sez. III, 10 maggio 2011, n. 10212;

Cassazione civile, sez. III, 26 maggio 2011 n. 11610.

Cassazione civile sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486;

Cassazione civile, sez. III, 29 agosto 2011, n. 17702;

Cassazione civile, sez. III, 31 agosto 2011, n. 17891;

Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27570,

Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27571;

Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27572;

Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27573;

Cassazione civile, sez. III, 20 dicembre 2011, n. 27574;

Cassazione civile, sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174;

Cassazione civile, sez. III, 24 gennaio 2012, n. 947;

Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7040;

Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7045;

Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7046;

Cassazione civile, sez. III, 17 gennaio 2013, n. 1025;

Cassazione civile, sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5327;

Cassazione civile, sez. III, 14 marzo 2013, n. 6581;

Cassazione civile, sez. III, 3 aprile 2013, n. 8110.

Cassazione civile, sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531;

Cassazione civile, sez. I, 15 maggio 2013, n. 11706;

Cassazione civile, sez. I, 15 maggio 2013, n. 11706;

Cassazione civile, sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695.

Cassazione civile, sez. III, 26 maggio 2014, n. 11634;

Cassazione civile, sez I civ, 28 maggio 2014, n. 11904;

Cassazione civile, sez. I civ, 30 maggio 2014, n. 12186;

Cassazione civile, sez. III civ., 23 luglio 2014, n. 16786;

Cassazione civile, sez. III civ., 14 agosto 2014, n. 17971;

Cassazione civile, sez. III civ., 11 settembre 2014, n. 19173;

Cassazione civile, sez. VI civ, 6 novembre 2014, n. 23728;

Cassazione civile, sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242;

Cassazione civile, sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243;

Cassazione civile, sez. III, 31 aprile 2015, n. 6447;

Cassazione civile, sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564;

Cassazione civile, sez. I., 09 maggio 2016, n. 9325;

Cassazione civile, sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601

Cassazione civile, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2320;

6. Consiglio di Stato e TAR

Consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 2011, n. 2925;

T.A.R. Perugia (Umbria), sez. I, 05 giugno 2013, n. 325;

Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693;

Consiglio di Stato, sez. VI, 08 aprile 2014, n. 1673;

Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2837;

Consiglio di Stato, sez. VI, 23 giugno 2014, n. 3168;

Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4506;

Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773;

Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 2014, n. 5423;

Consiglio di Stato, sez. VI, 1° giugno 2016, n. 2328;

Consiglio di Stato, sez. IV, 21 giugno 2017, n. 3016;

7. Giurisprudenza di merito

Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995;

Tribunale di Roma, 20 febbraio 1997;

Corte di Appello di Cagliari, 23 gennaio 1999;

Corte di appello di Torino, 6 luglio 2000;

Corte di appello di Milano, 13 settembre 2002, n. 2090;

Corte di appello di Milano, 15 luglio 2006, n. 1897, in Riv. arbitrato, 2006, p. 744 ss.

Corte di Appello di Bologna, III sez. civ., 17 aprile 2012, Aviapartner S.p.A./Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna S.p.A.;

Tribunale Milano, sezione specializzata in Materia di Impresa - Sez. A, ordinanze ex art. 267 Tfuc 13 aprile 2012 c 28 giugno 2012, Nintendo Co.

Ltd. Nintendo of America Ine. Nintendo of Europe GmbH / Pc Box s.r.l. c 9 Nct s.r.l.;

Tribunale di Milano, sezione I civile, sentenza 13 febbraio 2013, n. 2159, OKCom s.p.a. c. Telecom Italia s.p.a;

Tribunale di Napoli, sezione XII, 18 febbraio 2013, n. 2195;

Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di Impresa - sez. A, sentenza 4 aprile 2013 Viaggiare S.r.l. c. Ryanair Ltd;

Corte d'appello di Milano, 26 agosto 2013, n. 3306;

Tribunale di Milano, sezione I civile, sentenza 1° ottobre 2013, n. 12227, TeleUnit c. Vodafone Omnitel N.V. S.p.a;

Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa – sez. IX, ordinanza 15 ottobre 2013 Metaenergia S.p.a. c. Enel Distribuzione S.p.a.;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di Impresa - sez. A, sentenza 27 dicembre 2013, n. 16319 Brennercom S.p.a. c. Telecom Italia S.p.a;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 3 marzo 2014, Brennercom S.p.A. c. Telecom italia S.p.A.;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 3 aprile 2014, caso Uno Communications c.Vodafone Omnitel NV S.p.A.;

Tribunale di Milano. sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 15 aprile 2014, caso Uno Communications c. Telecom italia S.p.A.;

Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 18 aprile 2014, caso Airline Logistic S.r.l., Globe Aircar- go S.r.l.,

Swissport Cargo Services Italia S.r.l., Worldair S.r.l., Sasco S.r.l., c. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali Sea, n. 5251;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 23 giugno 2014, caso Eutelia S.p.A. c. Telecom Italia S.p.A;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 18 luglio 2014, caso Eutelia S.p.A. c. Telecom Italia S.p.A.e Grapes Network Services S.r.l.;

Tribunale di Roma, sez. 9 civile, sentenza 25 luglio 2014, caso OkCom S.p.A. c. Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 30 settembre 2014, caso OKCom S.p.A.e. Telecom Italia S.p.A.e C.BT Italia S.p.A;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 14 ottobre 2014, caso Fastwcb S.p.A.e. Vodafone Omnitel NV S.p.A.;

Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa - sez. A, sentenza 17 ottobre 2014, caso OKCom S.p.A. c.Telecom Italia S.p.A.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 1° dicembre 2014 Air Sped s.r.l., Alicargo s.r.l., Bernasconi & Associati s.r.l., Cad Alicargo s.r.l., Cad Leo An- telli s.r.l.. Cartoni Spedizioni Internazionali s.r.l., Lotus s.r.l. Aviation Brokers, De Lorenzis s.a.s., Fa-Bo Italservices s.r.l., Sebi s.r.l.. Centro Europeo Assistenza Doganale s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 13 dicembre 2014, Delta Air Lines Ine, IBERIA Linee Aeree Spagnole S.A., TAP — Air Portugal c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 12 gennaio 2015, Beta-Trans s.p.a. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A., s.p.a;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 15 marzo 2015, Saudi Arabian Airlines c. Società Esercizi Acroportuali — S.E.A. s.p.a;

Tribunale di Milano. Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 29 aprile 2015, Fastweb s.p.a. c. Telecom Italia s.p.a;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 15 maggio 2015, Air Kosmo s.r.l., CAD Mollica s.r.l. La Minerva s.a.s. e Lata- sped s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. s.p.a;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 30 maggio 2015, Air Kosmo s.r.l., CAD Mollica s.r.l., La Minerva s.a.s. e Latasped s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 15 luglio 2015, n. 8738 Best Office S.p.a. c. Intesa San Paolo S.p.a.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 17 luglio 2015, Voiceplus S.r.l. c. Telecom Italia S.p.a;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 28 luglio 2015, BT Italia S.p.a. c. Vodafone Omnitel N.V.;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 24 settembre 2015/3 dicembre 2015 Alitalia c. Shell Italia s.p.a. e Shell Italia Aviazione (in seguito KRI s.p.a. e KAI s.r.l.), con

l'intervento di Aeroporti di Roma, Aeroporto Sant'Anna e Aeroporto di Puglia;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 24 settembre 2015/11 novembre 2016 Alitalia c. Tamoil Italia s.p.a. e Ifitalia — International Factors Italia, con l'intervento di Società Esercizi Aeroportuali — S.E.A. e Aeroporti di Roma;

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 5 novembre 2015, Beta-Trans s.p.a. e Airlines Re- presentative Europe — ARE s.r.l. c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa — Sez. A, sentenza 9 novembre 2015, Continental Airlines c. Società Esercizi Aeroportuali S.E.A. s.p.a.;

Trib. Mil, Sez. spec. Impresa – sez. A, 13 aprile 2016, Arslogica Sistemi s.r.l. contro IBM Italia s.p.a.;

Corte d'appello di Milano, sez. I, 02 gennaio 2017, n. 1;

Corte d'appello di Milano, sezione II, 25 agosto 2017, n. 3756;

Tribunale di Milano, Sez. spec. Impresa – sez. A, 6 dicembre 2017, n. 12344;

8. Giurisprudenza straniera

8.1. Francia

Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace, Paris Court of Appeal, 19 May 1993;

Laboratoires Juva v. Hoffmann-La Roche, Tribunal de Commerce de Paris, 26 gennaio 2007, n. RG 2003/04804;

8.3. Germania

Reichsgericht Entscheidungen, 4 febbraio 1897, 38 RGZ 155;

Reichsgerichts Entscheidungen, 15 marzo 1913, 82-308;

RG, 13 ottobre 1922, RGZ 105, 264;

Bundesgerichtshof, 11 maggio 1951, I ZR 106/50 BGHZ 2, 138;

BGH, 30 settembre 1980, NJW 1981, 113;

Bundesgerichtshof, 24 ottobre 1985, IX ZR 91/84;

Katerllgericht, ordinanza 14 dicembre 2007, confermata con sentenza dall'Oberster Gerichtshof, 8 ottobre 2008;

Landesgericht di Mannheim, 7 O 362/02 dell'11 luglio 2003;

Landesgericht di Magonza, n. 12HK 0 56/02 KART del 15 gennaio 2004;

8.4. Regno Unito

(1848) 1 Ex Rep 850, 154 ER 363;

UK ET Plus SA v Welter [2005] APP.L.R. 11/07;

House of Lords, Fiona Trust v. Privalov, UKHL 40 on appeal from: [2007] EWCA Civ;

8.5. Usa

Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1887);

United States v. Trans- Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897);

United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 ss (1898);

United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911);

Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911);

Mauney v. Gulf Refining Co., 193 Miss. 421, 431, 9 So.2d 780, 782 (Miss. 1942);

341 U.S. 593, 4 June 1951, Timken Roller Bearing Co/U.S. (1951);

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

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720 (1977).

Court of Appeals, 7th Circuit, in Fishman and Illinois Basketball v. Estate Of Arthur M. Wirtz (807 F.2d 520; 1977);

Keating c. superior Court of Alameda County, 31 Cal. 3d 584, 645 (1982);

Supreme Court Southland Corp. V. Keating, 104 S. Ct. 852 (1984);

Mitsubishi v Soler 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985);

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993);

Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444 (2003);

Matsushita Electric v. Zenith Radio, 475 US 574 106 S. t. 1348 89 l. Ed 2d 538, 26th March 2006;

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007);

Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009);

Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp., 559 U.S. 662 (2010);

AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 321 (2011);

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC, July 26, 2011;

American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013).