

CIRCOLARE N. 2 DEL 13 FEBBRAIO 2017

ATTIVITA' D'IMPRESA E CONCORRENZA

**Azioni risarcitorie per violazioni antitrust:
analisi del decreto legislativo n. 3/2017**

ABSTRACT

Questa circolare illustra la disciplina delle azioni risarcitorie per violazioni antitrust introdotta dal decreto legislativo n. 3/2017, in attuazione della direttiva 2014/104/UE.

Con l'obiettivo di rendere più efficace il *private enforcement* del diritto antitrust, il decreto n. 3/2017 prevede un significativo rafforzamento del potere del giudice di ordinare l'esibizione delle prove in possesso di una delle parti o di un terzo. Inoltre, la violazione antitrust constatata da una decisione non più impugnabile dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da una sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato viene ora considerata definitivamente accertata ai fini dell'azione risarcitoria. Nei casi di cartello, l'esistenza del danno viene presunta, anche se è consentito al convenuto fornire la prova contraria.

Il decreto contiene anche una serie di disposizioni volte ad assicurare il coordinamento tra le azioni risarcitorie e l'applicazione pubblicistica del diritto antitrust: esse riguardano, in particolare, l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità e l'applicazione delle regole sulla responsabilità solidale nel caso dei soggetti che hanno ricevuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di *leniency*.

In occasione del recepimento della direttiva è stata operata una revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, concentrando il *private enforcement* del diritto antitrust presso le sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.

Nella circolare vengono sottolineati, in particolare, il sistema delle garanzie che accompagna la nuova disciplina relativa all'esibizione delle prove, l'importanza del controllo giurisdizionale pieno sulle decisioni dell'Autorità alle quali è ora attribuito un effetto vincolante e i principi che devono ispirare la cooperazione tra Autorità e giudici in tema di quantificazione del danno.

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3

Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio

INDICE

Introduzione	p. 4
1. La legge delega	p. 8
2. La struttura del decreto legislativo	p. 9
3. Le disposizioni generali (articoli 1 e 2)	p.10
4. L'esibizione delle prove: presupposti e garanzie (articolo 3)	p.13
5. Le prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza (articoli 4 e 5)	p.18
6. Esibizione delle prove: il regime sanzionatorio (articolo 6)	p.25
7. Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza (articolo 7)	p.28
8. I termini di prescrizione (articolo 8)	p.33
9. La responsabilità in solido (articolo 9)	p.34
10. Il trasferimento del sovrapprezzo (articoli da 10 a 13)	p.39
11. La quantificazione del danno (articolo 14)	p.44
12. La composizione consensuale delle controversie (articoli 15 e 16)	p.49
13. Il superamento del principio della barriera unica	p.53
14. La revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa	p.56
15. Il regime transitorio	p.58

Introduzione

Nel diritto della concorrenza esistono due diversi canali di applicazione delle norme che vietano le intese restrittive e l'abuso di posizione dominante: da un lato, vi è l'applicazione a livello pubblicistico o *public enforcement*, basata sui procedimenti di accertamento e repressione delle condotte illecite svolte da autorità pubbliche a tutela dell'interesse generale e con finalità di deterrenza; dall'altro, vi sono i giudizi relativi a controversie tra privati, che mirano al ripristino delle situazioni giuridiche incise dalle condotte illecite, anche mediante la condanna del responsabile al risarcimento dei danni (applicazione a livello privatistico o *private enforcement*). Il *public enforcement* e il *private enforcement*, pur avendo missioni diverse, possono interagire tra loro. Il buon funzionamento del sistema richiede il coordinamento tra i due canali.

Nell'Unione europea, anche se l'applicazione pubblicistica da parte della Commissione e delle autorità di concorrenza degli Stati membri ha tradizionalmente svolto un ruolo prevalente, la Corte di giustizia ha chiarito da tempo il fondamento giuridico e i principi del *private enforcement*. Risale al 1974 la pronuncia con cui la Corte ha affermato che i divieti antitrust sanciti dal Trattato, in quanto volti a produrre direttamente effetti nei rapporti tra i singoli, conferiscono a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare¹. La Corte ha inoltre sottolineato che l'obbligo per le giurisdizioni nazionali di accordare tutela risarcitoria alle vittime delle infrazioni anticoncorrenziali discende dall'impegno degli Stati membri di cooperare lealmente con l'Unione europea assicurando la piena efficacia delle disposizioni del Trattato e degli atti derivati²; la possibilità di agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione antitrust, comprensivo di danno emergente, lucro cessante e interessi, va garantita a chiunque³.

Queste indicazioni giurisprudenziali hanno a lungo rappresentato la cornice di riferimento a livello europeo per il risarcimento del danno da violazione antitrust. La definizione delle condizioni e delle procedure per l'esercizio delle azioni risarcitorie era lasciata alla sovranità di ciascuno Stato membro, nel rispetto dei principi generali di efficacia ed equivalenza⁴.

¹ Corte di giustizia 30 gennaio 1974, 127/73, *BRT/Sabam*.

² Corte di giustizia 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*.

³ Corte di giustizia 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁴ Il principio di efficacia richiede che le modalità procedurali seguite dalle giurisdizioni nazionali non rendano eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario, ivi compreso il diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da una violazione degli articoli 101 e 102 TFUE. In base al principio di equivalenza le procedure per l'applicazione del diritto europeo non devono essere meno favorevoli di quelle per l'applicazione del diritto

A valle del Trattato, il regolamento (CE) n. 1/2003 sulle regole per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE ('regolamento modernizzazione') chiarisce la funzione complementare del *public* e del *private enforcement* e contiene alcune disposizioni di coordinamento⁵; su quest'ultimo profilo interviene anche la comunicazione della Commissione europea sulla cooperazione con i giudici nazionali⁶.

Il regolamento (CE) n. 1/2003, inoltre, sancendo il passaggio alla diretta applicabilità dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE, ha rafforzato il ruolo che può essere svolto nel sistema dai giudici nazionali, ora competenti ad applicare tutto l'insieme delle norme antitrust europee. Uno degli assi portanti della modernizzazione è proprio l'idea che il contributo dei giudici sia essenziale per assicurare l'efficacia del diritto della concorrenza.

Tenuto conto di questa evoluzione e avendo constatato un insoddisfacente grado di diffusione del *private enforcement* nei vari Stati membri, la Commissione europea ha iniziato a interrogarsi sull'opportunità di fissare un nucleo di regole comuni volte a facilitare l'esercizio delle azioni per il risarcimento dei danni da violazione antitrust. Le soluzioni possibili sono state discusse dapprima in un Libro verde e successivamente in un Libro bianco, dando avvio a un ampio e vivace dibattito pubblico⁷.

Nel frattempo, riguardo al coordinamento tra applicazione pubblicistica e *private enforcement* è sorta la questione se, nell'ambito delle azioni risarcitorie, possano essere utilizzati come prova le dichiarazioni e i documenti presentati spontaneamente da un'impresa all'autorità di concorrenza per partecipare a un programma di *leniency*. Sul tema è intervenuta la Corte di giustizia che, nelle sentenze *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, in assenza di regole comuni ha rinviato ai giudici nazionali il compito di effettuare caso per caso il bilanciamento tra le esigenze del *private enforcement* e quella di non pregiudicare il funzionamento dei programmi di clemenza, che sono fondamentali nella lotta ai cartelli⁸. A parere di molti, la mancanza di regole comuni a livello europeo su come realizzare il bilanciamento rischiava di produrre una situazione di incertezza tale da disincentivare le richieste di *leniency*.

nazionale equivalente; pertanto, il ricorso in giudizio volto a ottenere il risarcimento del danno derivante da violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE non deve risultare più difficile dell'azione per il risarcimento del danno causato dalla violazione delle norme antitrust nazionali.

⁵ Regolamento n. 1/2003, articoli 15 e 16.

⁶ 2004/C 101/04.

⁷ Cfr. il Libro verde del 19 dicembre 2005, COM(2005) 672, e il Libro bianco del 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def.

⁸ Cfr. Corte di giustizia 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer*, e 6 giugno 2013, C-536/11, *Donau Chemie*.

In questo contesto, nel giugno 2013 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni del diritto antitrust. La direttiva persegue un duplice obiettivo: da un lato, assicurare l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno causato da violazioni antitrust, con una protezione equivalente in tutta l'Unione; dall'altro, ottimizzare il coordinamento tra i due canali del *public* e del *private enforcement* per valorizzarne appieno la complementarità.

In vista di questi obiettivi la Commissione ha proposto l'introduzione di norme comuni che realizzano una maggiore omogeneità tra i regimi procedurali degli Stati membri, riducendo le differenze che incidono negativamente sul funzionamento del mercato interno. Va osservato, a questo riguardo, che la disciplina posta dalla direttiva riguarda le azioni risarcitorie relative non solo alle infrazioni delle disposizioni antitrust europee, ma anche alle violazioni delle norme antitrust proprie di ciascuno Stato membro, nelle ipotesi in cui queste ultime siano applicate in parallelo alle disposizioni europee come richiesto dall'articolo 3 del regolamento (CE) n. 1/2003⁹.

Il binomio concorrenza-mercato interno spiega il ricorso da parte del legislatore europeo a una doppia base giuridica per la direttiva: l'articolo 103 TFUE, relativo agli atti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, e l'articolo 114 TFUE, sulle misure per il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Il riferimento all'articolo 114 ha comportato che nella procedura di adozione della direttiva il Parlamento europeo ha assunto il ruolo di co-legislatore, accanto al Consiglio, e non un ruolo meramente consultivo come finora avvenuto per gli atti legislativi europei in materia di concorrenza. Il rafforzamento delle garanzie di partecipazione democratica costituisce uno sviluppo importante in questa area del diritto europeo.

La direttiva 2014/104/UE, che è stata approvata definitivamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 26 novembre 2014, interviene su alcuni profili cruciali della disciplina delle azioni risarcitorie introducendo meccanismi che mirano a consentire al soggetto danneggiato di ottenere un più agevole soddisfacimento della sua richiesta e tenendo conto, al contempo, dell'esigenza di non pregiudicare il *public enforcement*.

La nuova disciplina riguarda sia le azioni risarcitorie *follow-on*, ossia le azioni successive alla decisione di un'autorità garante della concorrenza, che possono quindi giovare sul piano probatorio dell'accertamento già compiuto in sede pubblicistica, sia

⁹ In base all'articolo 3 del regolamento (CE) n. 1/2003 le autorità di concorrenza o i giudici nazionali, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza a intese che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri oppure ad abusi di posizione dominante vietati dall'articolo 102 TFUE, sono tenuti ad applicare, rispettivamente, anche l'articolo 101 TFUE e l'articolo 102 TFUE.

le azioni risarcitorie *stand-alone*, nelle quali il danneggiato deve provare l'esistenza dell'infrazione antitrust quale fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento senza poter invocare a suo favore una previa decisione che abbia constatato l'infrazione stessa.

Tra le novità spiccano in particolare il sistema di *disclosure* delle prove, incluse le informazioni contenute nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza, la previsione che attribuisce effetto vincolante nei giudizi risarcitori alle decisioni definitive di constatazione di un'infrazione emesse dalle autorità nazionali di concorrenza e la presunzione relativa circa l'esistenza di un nesso di causalità tra cartelli e danno. La direttiva dispone un'armonizzazione degli ordinamenti nazionali anche in merito al regime della prescrizione delle azioni risarcitorie, alla responsabilità solidale tra i coautori della violazione, alle condizioni per far valere in giudizio l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo. Vengono infine stabiliti alcuni principi per incoraggiare il ricorso ai sistemi di composizione consensuale delle controversie, compresa un'attenuazione del vincolo di solidarietà tra i coautori della violazione quando alcuni di essi abbiano raggiunto un accordo transattivo con il soggetto danneggiato.

I lineamenti dell'azione risarcitoria che non sono toccati dalla direttiva, ad esempio la ricostruzione del nesso di causalità in generale e l'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'imputazione della responsabilità, restano governati esclusivamente dalla normativa di ciascuno Stato membro, sempre nel rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza. Anche il tema dell'azione collettiva, che la Commissione europea aveva inizialmente considerato nell'ambito della riflessione sul risarcimento del danno da violazione antitrust, non viene affrontato dalla direttiva. Sulle azioni collettive inibitorie e risarcitorie la Commissione ha infatti scelto di adottare una raccomandazione di carattere più generale, che fissa alcuni principi comuni per i ricorsi collettivi volti alla tutela dei diversi diritti conferiti alle persone fisiche e giuridiche da norme dell'Unione: i diritti garantiti non riguardano quindi solo l'antitrust ma anche, ad esempio, la tutela dei consumatori, la tutela degli investitori, la protezione dell'ambiente e quella dei dati personali¹⁰.

La direttiva 2014/104/UE ha fissato al 27 dicembre 2016 il termine per il recepimento negli Stati membri. Trattandosi di un atto rilevante per il SEE, anche Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera sono impegnati a conformare la propria legislazione alla direttiva. La Commissione europea ha seguito con particolare attenzione il

¹⁰ 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); per un'illustrazione si rinvia al Note e studi Assonime n. 2/2014.

processo di recepimento e ha pubblicato sul sito web dedicato alla politica di concorrenza le informazioni relative ai singoli paesi: dalla presentazione della proposta di provvedimento attuativo, all'eventuale svolgimento di una consultazione pubblica, fino all'adozione definitiva del testo di recepimento¹¹.

In Italia il recepimento è avvenuto con il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, entrato in vigore il 3 febbraio 2017, al quale è dedicata questa circolare.

1 La legge delega

La delega per il recepimento della direttiva 2014/104/UE è stata conferita al Governo con la legge 9 luglio 2015 n. 114 (legge di delegazione europea 2014). Accanto ai criteri generali, per l'esercizio della delega sono stati previsti quattro principi e criteri direttivi specifici¹²:

- a) modificare la legge n. 287/1990 per consentire l'applicazione anche parallela, in relazione a uno stesso caso, delle norme europee e delle norme nazionali in materia di intese e abuso di posizione dominante;
- b) estendere l'applicazione delle disposizioni attuative della direttiva anche alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni delle sole norme antitrust nazionali, nonché di queste ultime applicate in parallelo a quelle europee;
- c) prevedere che le disposizioni attuative della direttiva si applichino anche alle azioni collettive di cui all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo relative a violazioni antitrust;
- d) prevedere la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, concentrando le controversie relative a violazioni antitrust presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale.

Nel dibattito che ha accompagnato i lavori di recepimento era stato suggerito di inserire le disposizioni attuative della direttiva all'interno della legge n. 287/1990, in una nuova sezione dedicata al *private enforcement*. Il legislatore non ha però accolto questa soluzione: le disposizioni di recepimento formano un corpo normativo autonomo,

¹¹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html.

¹² Legge n. 114/2015, articolo 2.

esterno alla legge n. 287/1990. L'unica modifica della legge antitrust riguarda l'articolo 1 ed è funzionale a permettere l'applicazione parallela delle norme antitrust nazionali e di quelle europee, secondo quanto richiesto dalla legge delega (cfr. il successivo paragrafo 13 di questa circolare).

Va altresì osservato che opportunamente il decreto legislativo non ha apportato modifiche o integrazioni alle norme del codice civile o del codice di procedura civile, come pure era stato ipotizzato durante la sua elaborazione. Questa scelta rende inequivocabile che gli strumenti e gli istituti giuridici introdotti hanno un campo di applicazione limitato alle azioni per il risarcimento del danno da violazioni antitrust e non sono di per sé suscettibili di estensione ad azioni risarcitorie relative ad altre tipologie di illeciti.

In attuazione del terzo criterio di delega il decreto legislativo, senza intervenire in modo diretto sull'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, ha disposto espressamente che la nuova disciplina si applichi anche alle azioni collettive di cui all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo. Il presupposto è, naturalmente, che si tratti di azioni aventi ad oggetto la tutela dei diritti omogenei di una pluralità di consumatori o utenti lesi dalla condotta anticoncorrenziale.

2 La struttura del decreto legislativo

Il decreto legislativo è suddiviso in sette capi, che corrispondono ai sette capi della direttiva, rispettivamente dedicati a: disposizioni generali (artt. 1 e 2); esibizione delle prove (artt. 3-6); effetto delle decisioni dell'autorità, termini di prescrizione delle azioni e responsabilità in solido (artt. 7-9); trasferimento del sovrapprezzo (artt. 10-13); quantificazione del danno (art. 14); composizione consensuale delle controversie (artt. 15 e 16); disposizioni ulteriori, transitorie e finali (artt. 17-20).

In linea generale l'articolato è piuttosto aderente alle disposizioni europee. Alcune previsioni della direttiva sono state adeguate all'ordinamento giuridico nazionale, ad esempio specificando quali sono i meccanismi di composizione consensuale delle controversie attivabili in alternativa all'azione giudiziale per conseguire il risarcimento del danno da violazioni antitrust. Altre hanno richiesto la definizione di meccanismi procedurali che ne consentissero la concreta operatività (si pensi alle modalità di cooperazione tra giudice e autorità garante della concorrenza in sede di esame delle richieste di esibizione delle prove o agli effetti della mancata conciliazione sul

processo). Talvolta però il decreto si limita a riprodurre il testo delle norme europee, mentre uno sforzo di adattamento sarebbe stato opportuno per una maggiore chiarezza della disciplina. Per altro verso, l'utilizzo in alcuni punti di formule in parte diverse da quelle della direttiva può far sorgere perplessità: in questi casi, il richiamo alle previsioni europee costituisce un importante ausilio sul piano interpretativo.

3 Le disposizioni generali (articoli 1 e 2)

Il decreto si apre con l'identificazione dell'ambito di applicazione e dell'oggetto. In base all'articolo 1 il decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, il diritto al risarcimento in favore di "chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese".

Il senso della previsione non consiste solo nel riconoscere il diritto al risarcimento ad ogni soggetto che sia stato danneggiato da un illecito anticoncorrenziale: il sistema generale della responsabilità aquiliana, nel quale si iscrive l'azione per il risarcimento del danno da violazione antitrust, è ben radicato sul principio per cui qualunque soggetto danneggiato dal fatto doloso o colposo altrui ha, indipendentemente dal suo status giuridico, diritto ad essere risarcito. La Corte di giustizia, peraltro, ha fugato ogni dubbio al riguardo, ancorando il diritto al risarcimento del danno da violazione antitrust al principio di effettività (o effetto utile) degli articoli 101 e 102 del Trattato¹³. L'articolo 1 del decreto legislativo sancisce piuttosto che d'ora innanzi tutte le azioni risarcitorie relative a illeciti antitrust, promosse individualmente o se del caso collettivamente, si svolgeranno secondo le previsioni contenute nel decreto, in attuazione della direttiva.

Un altro aspetto pacifico per il nostro ordinamento, che sul punto non opera distinzioni tra diritto antitrust e altri rami del diritto, è che il risarcimento deve essere pieno, nel senso che deve porre il soggetto danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso e comprendere quindi il danno emergente, il

¹³ Cfr. Corte di giustizia, C-453/99, cit., §§ 26 e 27, secondo cui "La piena efficacia dell'art. [101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse 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. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi e le pratiche, spesso dissimulati, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni innanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di una effettiva concorrenza nella Comunità".

lucro cessante e gli interessi. La Corte di giustizia nel caso *Manfredi* ha riconosciuto, proprio con riferimento all'ordinamento italiano, che questa impostazione è idonea a soddisfare il principio di effettività dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo, assicurando il diritto del singolo al risarcimento del danno derivante da una condotta anticoncorrenziale¹⁴, e che il diritto europeo non richiede di introdurre elementi ulteriori, in particolare elementi con connotazione punitiva.

La direttiva riprende tale approccio: agli Stati membri viene chiesto di assicurare il "pieno risarcimento", che comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non conduce a sovracompenzazioni del danno, sotto forma di risarcimento punitivo, di risarcimento multiplo o di altra natura¹⁵. Coerentemente, il decreto legislativo puntualizza che il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e "non determina sovracompenzazioni". La specificazione appare importante per escludere in radice la possibilità di danni punitivi o esemplari a fronte di violazioni antitrust e preservare così la chiara distinzione tra funzione meramente compensativa affidata al risarcimento e funzione afflittiva e deterrente affidata ai provvedimenti sanzionatori della Commissione europea o delle autorità nazionali di concorrenza.

L'articolo 2 del decreto legislativo contiene un elenco di definizioni, perlopiù speculari a quelle fissate nella direttiva. Molte di esse riguardano nozioni piuttosto intuitive nel campo della conoscenza giuridica, ma la loro esplicitazione nel testo del decreto è utile a fini di chiarezza della disciplina. Solo alcune delle definizioni presenti nella normativa europea non sono state riprodotte nel decreto legislativo, in quanto si è ritenuto che corrispondessero a istituti e concetti giuridici chiaramente declinati nell'ordinamento nazionale (es. "violazione del diritto della concorrenza"; "azione per il risarcimento del danno", "domanda di risarcimento del danno"). Per altre definizioni, come anticipato, è stato realizzato un adattamento all'ordinamento nazionale: è il caso, in particolare, delle definizioni di "composizione consensuale delle controversie" e di "accordo che compone la controversia", che rinviano a specifiche fonti del diritto interno sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

Alcune delle formulazioni richiamano istituti estranei all'ordinamento italiano ma contemplati in altri sistemi giuridici e quindi come tali potenzialmente rilevanti ai fini dell'applicazione del decreto legislativo. Ad esempio, la "proposta di transazione" (art. 2, lettera p) è l'atto relativo a una procedura semplificata di accertamento dei cartelli che è utilizzata dalla Commissione europea e dalle autorità di alcuni Stati membri, ma

¹⁴ Corte di giustizia, da C-295/04 a C-298/04, cit..

¹⁵ Direttiva, articolo 3.

che non trova corrispondenza nell'ordinamento italiano. Analogamente, nella definizione di "beneficiario dell'immunità" il decreto legislativo menziona accanto all'impresa anche la persona fisica, in considerazione del fatto che negli ordinamenti di alcuni Stati membri diversi dall'Italia anche le persone fisiche sono passibili dell'applicazione di sanzioni antitrust e, conseguentemente, possono a determinate condizioni accedere a un programma di clemenza e ottenere l'immunità.

Per maggiore sistematicità dell'esposizione, considereremo alcune specifiche definizioni nell'ambito dell'analisi delle disposizioni del decreto.

Ci limitiamo qui ad alcune considerazioni sulla definizione di cartello. Con l'articolo 2, n. 14, della direttiva la nozione di cartello, tipica del diritto della concorrenza, viene codificata nel testo legislativo, principalmente con l'obiettivo di dettare una specifica disciplina relativa alla presunzione della sussistenza del danno. La direttiva ha ripreso in larga misura la definizione contenuta nella comunicazione della Commissione relativa ai programmi di *leniency*, il cui obiettivo è ricompensare le imprese che cooperano alle indagini relative a cartelli segreti¹⁶. In base alla direttiva, pertanto, il cartello è "un accordo o una pratica concordata fra due o più concorrenti, volta a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione, anche in relazione a diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti".

In sede di recepimento, il decreto legislativo richiama nella definizione di cartello, accanto all'accordo e alla pratica concordata, anche l'"intesa ai sensi dell'articolo 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287". Quest'ultima disposizione definisce le intese facendo riferimento a sua volta ad accordi e/o pratiche concordate tra imprese nonché alle "deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili". In sostanza, quindi, il decreto legislativo richiama accordi, pratiche concordate e una nozione di intesa che già contiene al suo interno sia gli accordi che le pratiche concordate. L'obiettivo è

¹⁶ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, 2006/C 298/11, punto 1. La medesima definizione di cartello è stata poi ripresa nella comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, 2008/C 167/01 (nota n. 2).

probabilmente quello di assicurare che anche le deliberazioni degli enti associativi siano coperte dalla definizione di cartello che rileva ai fini dell'inversione dell'onere della prova riguardo alla sussistenza del danno.

4 L'esibizione delle prove: presupposti e garanzie (articolo 3)

Il Capo II del decreto legislativo contiene le disposizioni in tema di esibizione delle prove, che rappresentano uno degli aspetti di maggiore impatto della nuova disciplina. Viene assegnato al giudice il potere di ordinare, su istanza di una parte, alla controparte o a un terzo di esibire determinate prove rilevanti ai fini della decisione. La *ratio* è rimediare alle difficoltà che le parti in causa possono incontrare nell'attività di acquisizione degli elementi probatori da utilizzare in giudizio a supporto delle loro rispettive domande ed eccezioni. Accade spesso, infatti, che tali prove siano esclusivamente in possesso della controparte o di terzi o siano contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza che ha compiuto indagini sull'infrazione e per il soggetto interessato risulta molto complicato ottenerne la disponibilità. Nelle controversie per il risarcimento del danno in materia antitrust il problema si pone più di frequente per l'attore, ossia il soggetto danneggiato dall'infrazione, ma può riguardare anche il convenuto in giudizio.

Il sistema di *disclosure* delineato dalla direttiva si basa su stringenti requisiti, per garantire un equo temperamento tra le varie esigenze coinvolte. A fronte dell'interesse di una parte a poter argomentare esaurientemente in giudizio la sua posizione vi sono, in particolare, la necessità di non gravare l'altra parte o il terzo di obblighi informativi eccessivi e, quando la richiesta concerne prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza, quella di non compromettere l'attività di accertamento delle infrazioni svolta da quest'ultima. I principi chiave del sistema sono molto chiari: effettiva rilevanza delle prove e proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito.

Va osservato che la direttiva non ammette la *disclosure* quale espediente a cui un soggetto possa ricorrere strategicamente per evitare l'impegnativa ricerca degli elementi atti a convincere il giudice della fondatezza della propria pretesa. Il presupposto della disciplina è l'esistenza di una reale asimmetria informativa, quindi l'impossibilità o almeno un elevato grado di difficoltà di acquisire altrimenti determinate prove che ricadono nel controllo esclusivo della controparte o del terzo. Il decreto

legislativo introduce le previsioni necessarie a dare attuazione alla direttiva senza ampliare la portata dello strumento¹⁷. Come da più parti suggerito nel dibattito che ha accompagnato i lavori di recepimento, la nuova disciplina viene sostanzialmente ricondotta nell'ambito di un istituto – l'esibizione delle prove – tipico del nostro ordinamento processuale. Ciò facilita l'inquadramento sistematico e dovrebbe consentire l'utilizzo, previo opportuno adattamento, di accorgimenti procedurali e organizzativi già per molti versi conosciuti negli uffici giudiziari.

E' utile ricordare, in proposito, che ai fini dell'istruzione probatoria delle cause per il risarcimento del danno da infrazioni antitrust sono stati finora applicati l'articolo 210 c.p.c., a norma del quale il giudice può, su istanza di una parte, ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo, e l'articolo 213 c.p.c. sull'acquisizione quali fonti di prova nell'ambito del giudizio civile delle informazioni in possesso di una pubblica amministrazione. Rispetto a queste previsioni, le disposizioni in tema di esibizione delle prove contenute nel decreto legislativo si pongono in rapporto di specialità.

Peraltro un sistema di *disclosure*, sia pure meno articolato di quello ora introdotto dal decreto legislativo, è già operativo nel nostro ordinamento per le controversie in materia di proprietà industriale e di diritto d'autore, sempre in attuazione di norme europee. In base ad esso, se una parte fornisce seri indizi della fondatezza delle proprie domande e individua documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, può ottenere che il giudice disponga l'esibizione di tale materiale probatorio oppure che richieda le informazioni alla controparte¹⁸.

L'articolo 3 del decreto legislativo n. 3/2017 stabilisce le caratteristiche dell'istanza di parte volta a ottenere l'esibizione delle prove, i presupposti e il contenuto dell'ordine di esibizione emesso dal giudice e gli accorgimenti a tutela della riservatezza delle informazioni.

L'istanza della parte deve essere motivata e contenere "l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa". Questa previsione,

¹⁷ In base all'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva, quest'ultima non preclude agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una *disclosure* più ampia delle prove, purché siano assicurati la tutela delle informazioni riservate, il diritto al contraddittorio dei soggetti destinatari dell'ordine giudiziale e l'attuazione delle specifiche disposizioni relative alle prove incluse nel fascicolo di un'autorità di concorrenza.

¹⁸ Articolo 121 del Codice della proprietà industriale e articolo 156-*bis* della legge n. 633/1942 sul diritto d'autore.

letta isolatamente, sembrerebbe consentire al richiedente di limitarsi a indicare gli elementi probatori in possesso della controparte o del terzo che reputa utili per la sua linea argomentativa. In realtà, dal testo della direttiva si evince chiaramente che il soggetto interessato a ottenere l'esibizione ha l'onere di indicare i fatti e le prove che ha ragionevolmente potuto raccogliere e che rendono plausibile la fondatezza della sua domanda di risarcimento (se si tratta dell'attore) o della sua difesa (se si tratta del convenuto)¹⁹. Questa allegazione è condizione per l'accoglimento dell'istanza ed è anche uno dei fattori di cui il giudice deve tener conto per assicurare la proporzionalità dell'ordine di esibizione.

Anche alla luce della disciplina, sopra ricordata, in tema di proprietà industriale e diritto d'autore, è da ritenere quindi che la parte abbia l'onere anzitutto di fornire seri indizi della fondatezza della propria domanda (onere che ragionevolmente dovrebbe risultare soddisfatto attraverso l'atto di citazione o la comparsa di risposta) e in aggiunta di indicare, nella maniera più precisa e circoscritta possibile, i fatti e gli elementi probatori in possesso della controparte o del terzo che siano idonei a confermare tali indizi.

A fronte di un'istanza così configurata, il giudice compie una verifica – la direttiva parla in proposito di “un controllo rigoroso” – che attiene a due presupposti strettamente connessi. Il primo è la rilevanza degli elementi probatori, ossia la loro effettiva utilità per la definizione della controversia: l'ordine di esibizione indirizzato alla controparte o al terzo ha ad oggetto le “prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità”. Questo presupposto dovrebbe comportare il rigetto oppure l'accoglimento solo parziale delle istanze di esibizione relative a documenti e informazioni palesemente inconferenti rispetto alla situazione giuridica (domanda di risarcimento/difesa) che il soggetto intende far valere in giudizio. Dovrebbe così essere arginato il rischio, ben presente al legislatore europeo, di impropri “tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni, ossia la ricerca in base a criteri non sufficientemente determinati o eccessivamente ampi di informazioni che probabilmente non rivestono interesse per le parti del procedimento”²⁰.

Il secondo presupposto è la proporzionalità dell'esibizione richiesta. Una volta accertato che le prove di cui una parte chiede l'esibizione sono rilevanti, il giudice stabilisce il perimetro dell'ordine di esibizione tenendo conto degli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i terzi interessati. La valutazione di proporzionalità implica che il giudice si soffermi in particolare su tre aspetti, che sono espressamente richiamati dall'articolo 3, comma 3, del decreto legislativo: a) in quale misura la domanda di

¹⁹ Direttiva, articolo 5, paragrafo 1, e considerando 16.

²⁰ Direttiva, considerando 23.

risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione; b) quali sono la portata e i costi dell'esibizione, con speciale riferimento ai terzi interessati; c) se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie riguardanti terzi.

All'esito della valutazione di rilevanza e proporzionalità il giudice emette nei confronti della controparte o del terzo un ordine che ha un contenuto ben definito in quanto individua "specificatamente e in modo circoscritto" gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove da esibire. Il decreto puntualizza che per 'categoria di prove' si intende quella "individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria". In altri termini, l'ordine di esibizione specifica i singoli elementi di prova e/o le caratteristiche che contraddistinguono un determinato insieme di elementi di prova configurandoli come una categoria unitaria. Si può pensare, ad esempio, alle fatture emesse dall'impresa X in un ben delimitato periodo di tempo e riferite ai rapporti con dati soggetti.

Sulla base delle disposizioni generali del codice di procedura civile, l'atto con cui il giudice ordina l'esibizione avrà presumibilmente la forma dell'ordinanza e conterrà indicazioni sul tempo, il luogo e il modo dell'esibizione stessa.

L'adozione dell'ordine di esibizione è accompagnata da importanti presidi di garanzia.

In primo luogo, è previsto che il giudice disponga specifiche misure di tutela delle informazioni riservate. Viene fatto riferimento, a questo riguardo, ai "documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese", nonché ai segreti commerciali", riprendendo nozioni utilizzate nel regolamento di procedura dell'AGCM per porre limiti al diritto di accesso²¹. Quali possibili misure di tutela il decreto indica, in via esemplificativa, alcuni accorgimenti già utilizzati nella prassi e richiamati anche dalla direttiva²²: 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 di incarico ad esperti per redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Va osservato che, in base alla direttiva, la considerazione delle modalità atte a proteggere

²¹ Decreto legislativo, articolo 3, comma 4. Cfr. anche decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, articolo 13.

²² Direttiva, considerando 18.

le informazioni riservate rientra nella valutazione di proporzionalità che il giudice è chiamato a compiere ai fini dell'adozione dell'ordine di esibizione. Nel testo del decreto legislativo questa specificazione non è stata riprodotta. E' comunque auspicabile che il giudice tenga adeguatamente conto dei costi e dei rischi connessi alla *disclosure* delle informazioni riservate già in fase di vaglio della proporzionalità della misura richiesta: il giudice dovrebbe poter respingere in tutto o in parte la richiesta di esibizione qualora ritenesse non sufficientemente sicure le modalità di tutela delle informazioni riservate ed elevato il rischio di pregiudizio.

In secondo luogo, in linea con i nostri auspici, è espressamente riconosciuto il diritto della parte o del terzo a cui è rivolta l'istanza di esibizione di essere sentiti prima che il giudice ordini l'esibizione. Questo spazio di contraddittorio, che consente al giudice di acquisire le valutazioni del destinatario dell'istanza circa la rilevanza delle informazioni richieste e i costi connessi alla loro esibizione in giudizio, è essenziale per l'attuazione del principio di proporzionalità.

In terzo luogo, il decreto dispone che resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati "incaricati di assistere la parte" e il cliente stesso. L'espressione utilizzata, che non trova corrispondenza nel testo della direttiva²³, potrebbe portare a ritenere necessario un rapporto avvocato-cliente basato sul conferimento di un incarico formale. Tuttavia, l'esigenza di assicurare appieno la tutela del *legal professional privilege* porta a favorire un'interpretazione ampia, che consideri confidenziale e quindi sottratto all'utilizzo in sede processuale l'insieme delle comunicazioni inerenti alla prestazione professionale svolta da un avvocato nei confronti di un determinato soggetto.

Un ulteriore presidio di garanzia è costituito dalla possibilità di impugnare l'atto che contiene l'ordine di esibizione. Questo aspetto non è toccato dalla direttiva, che si limita a rinviare al diritto nazionale degli Stati membri²⁴. Il decreto non contiene specifiche disposizioni al riguardo. In base ai principi generali del codice di procedura civile, in mancanza di una previsione che la escluda espressamente, l'impugnazione dell'ordinanza di esibizione dovrebbe ritenersi ammessa. Per quanto riguarda la posizione del terzo, è utile ricordare che l'articolo 211 c.p.c. riconosce esplicitamente a tale soggetto il diritto di fare opposizione contro l'ordinanza di esibizione emessa ai

²³ L'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva chiede agli Stati membri di provvedere affinché i giudici nazionali garantiscano appieno la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti prevista dal diritto dell'Unione o nazionale allorché ordinano la divulgazione delle prove.

²⁴ Il considerando 19 sottolinea che "la direttiva non ha effetti sulla possibilità prevista dalle legislazioni degli Stati membri di impugnare gli ordini di divulgazione, né sulle condizioni per proporre tali impugnazioni".

sensi dell'articolo 210 c.p.c., intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli. Ragionevolmente, un analogo regime di tutela dovrebbe applicarsi anche all'ordine di esibizione emesso dal giudice ai sensi del nuovo decreto legislativo in materia di azioni per il risarcimento del danno da violazione antitrust.

5 Le prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza (articoli 4 e 5)

La direttiva indica che per assicurare l'efficace applicazione del diritto della concorrenza i giudici nazionali devono potere richiedere l'esibizione delle prove anche alle pubbliche autorità²⁵. Se il destinatario della richiesta è la Commissione europea, si applicano il principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE e l'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 sulle richieste di informazioni²⁶. Alle richieste rivolte alle autorità pubbliche degli Stati membri si applicano i principi di cooperazione giuridica e amministrativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale.

Quando un'azione di risarcimento dei danni da violazione antitrust è condotta in pendenza del procedimento di un'autorità garante della concorrenza o dopo la chiusura di tale procedimento, l'interesse della parte attrice o convenuta ad avvalersi a fini probatori dei materiali che fanno parte del fascicolo istruttorio dell'autorità deve essere temperato con l'esigenza di assicurare l'efficacia del *public enforcement* delle regole di concorrenza. Si tratta non solo di evitare che l'impropria diffusione di notizie comprometta l'esito delle indagini in corso, ma anche di preservare l'attuazione dei programmi di clemenza mediante i quali le autorità di concorrenza offrono l'esenzione totale o parziale dalle ammende alle imprese che, avendo partecipato a un cartello, collaborino successivamente alla scoperta o all'accertamento del medesimo. La possibilità che le dichiarazioni e i documenti resi spontaneamente dall'impresa ammessa al programma di clemenza vengano utilizzati come prova a suo carico in un giudizio risarcitorio, infatti, mette a rischio il funzionamento del sistema premiale, che costituisce un importante strumento di contrasto dei cartelli.

²⁵ Direttiva, considerando 15.

²⁶ In base all'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 101 o dell'articolo 102 TFUE, le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza europee.

Prima dell'adozione della direttiva, la Corte di giustizia aveva affrontato il tema del bilanciamento tra le esigenze del *public enforcement* e del *private enforcement* nelle sentenze *Pfleiderer* e *Donau Chemie*, affidando in sostanza ai giudici nazionali il compito di effettuare una valutazione caso per caso²⁷. La disciplina della *disclosure* delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza dettata dalla direttiva e recepita nell'articolo 4 del decreto legislativo risponde all'esigenza di definire un sistema unitario di regole che eviti il rischio di approcci divergenti da parte dei giudici dei vari Stati membri.

La disciplina identifica tre insiemi di prove (prove della lista nera, della lista grigia e della lista bianca), a cui corrispondono regimi differenziati di ostensibilità.

Lista nera

Un primo gruppo, cosiddetta 'lista nera', comprende le prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate.

Per entrambe le tipologie di documenti occorre far riferimento alle definizioni contenute nell'articolo 2 del decreto legislativo, che riproducono testualmente quelle contenute nella direttiva. Pertanto, per "dichiarazione legata a un programma di clemenza" deve intendersi "una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, ovvero una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata alla medesima autorità garante allo scopo di ottenere la non applicazione o una riduzione delle sanzioni ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti" (art. 2, lettera n). Per "proposta di transazione" si intende "la dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa a un'autorità garante della concorrenza, in cui l'impresa riconosce o rinuncia a contestare la sua partecipazione a una violazione del diritto della concorrenza e la propria responsabilità in detta violazione del diritto della concorrenza, predisposta specificamente per consentire all'autorità garante della concorrenza di applicare una procedura semplificata o accelerata" (art. 2, lettera p). Le proposte di transazione possono riguardare procedimenti di autorità diverse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), in quanto nel nostro ordinamento non è stato ad oggi introdotto lo strumento dei *settlements* per le violazioni antitrust.

²⁷ Cfr. l'introduzione della circolare.

Per le prove rientranti nella lista nera il decreto legislativo stabilisce che il giudice non può mai ordinare l'esibizione alle parti o a terzi (art. 4, comma 5). La preclusione è assoluta, si estende oltre la conclusione del procedimento dell'autorità e, come chiarito dalla direttiva, riguarda sia le dichiarazioni volontarie e autoincriminanti, sia le citazioni letterali di tali dichiarazioni eventualmente contenute in altri documenti²⁸.

Va però sottolineato che, ai sensi dell'articolo 2, lettera n, la dichiarazione legata a un programma di clemenza "non comprende le informazioni preesistenti", definite come "le prove esistenti indipendentemente dal procedimento di un'autorità garante della concorrenza a prescindere dalla presenza o meno delle suddette informazioni nel fascicolo della predetta autorità" (art. 2, lettera o). Quindi, i documenti che siano stati eventualmente presentati a corredo della dichiarazione confessoria non sono sottratti in assoluto alla possibilità di esibizione in giudizio; ad essi si applica, a seconda dei casi, il regime relativo alle altre tipologie di prove contenute nel fascicolo dell'autorità di concorrenza.

L'unica circostanza in cui il giudice può accedere alle prove della lista nera è quella in cui venga messo in dubbio l'effettivo perimetro di tale categoria. Il decreto legislativo riconosce all'attore la facoltà di proporre istanza motivata affinché il giudice acceda alle dichiarazioni legate a un programma di clemenza o alle proposte di transazione al solo scopo di accertare la corrispondenza del loro contenuto alle definizioni rilevanti. In questo caso, si apre una procedura caratterizzata da specifici accorgimenti di garanzia: nella valutazione il giudice può chiedere assistenza solo all'autorità garante che detiene i documenti; gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti; le altre parti o i terzi non possono comunque accedere ai documenti controversi. Se il giudice accerta che il contenuto delle prove non corrisponde alle definizioni fornite dal decreto riguardo alla lista nera, deciderà in ordine all'esibizione in conformità alle disposizioni previste per le altre tipologie di prove.

Lista grigia

Un secondo gruppo di prove ('lista grigia') è quello che comprende: a) le informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) le informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) le proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state ritirate. Per l'esibizione di tali prove la disciplina stabilisce un vincolo temporale: il giudice può ordinarla solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza.

²⁸ Direttiva, considerando 26.

Va osservato che la formula utilizzata dal decreto legislativo riguardo alle informazioni che temporaneamente non possono formare oggetto di *disclosure* è più chiara rispetto a quella della direttiva: mentre la direttiva considera all'interno della lista grigia "le informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento" e quindi potrebbe far ritenere necessaria un'attività di preparazione e di successiva presentazione di documenti all'autorità di concorrenza, il decreto menziona le "informazioni rese nell'ambito di un procedimento". Vi rientrano in particolare sia le risposte alle richieste di informazioni e le deposizioni testimoniali, richiamate nel considerando 25 della direttiva, sia i verbali delle audizioni delle parti. Per quanto riguarda le informazioni redatte e comunicate dall'autorità nel corso del procedimento, la direttiva menziona a titolo esemplificativo la comunicazione degli addebiti; guardando al procedimento dell'AGCM, si può pensare alla comunicazione delle risultanze istruttorie.

Per le prove della lista grigia, oltre a disporre che l'esibizione debba essere comunque posticipata alla conclusione del procedimento amministrativo, il decreto introduce un'ipotesi di sospensione facoltativa del processo civile, basata su un duplice presupposto. Il comma 8 dell'articolo 4 prevede infatti che il giudice, quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza ed è necessario salvaguardare l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, possa sospendere il giudizio fino alla chiusura del procedimento dell'autorità, sia nel caso che la chiusura avvenga con una decisione dell'autorità sia che avvenga in altro modo. La sospensione può essere funzionale ad assicurare la coerenza tra la definizione della controversia e il provvedimento dell'autorità, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 7 del decreto legislativo in merito all'effetto delle decisioni dell'autorità nelle azioni risarcitorie.

Per completezza va ricordato che esistono altre disposizioni che consentono al giudice di sospendere il processo in attesa di una decisione da parte dell'autorità di concorrenza. Anzitutto, l'articolo 16 del regolamento (CE) n. 1/2003 prevede che il giudice possa valutare se sia necessario o meno sospendere il processo quando è in corso un procedimento davanti alla Commissione europea per l'accertamento di una violazione antitrust, al fine di evitare decisioni in contrasto con quella contemplata dalla Commissione. Nell'ordinamento nazionale, inoltre, l'articolo 140-*bis* del Codice del consumo prevede che il giudice, in sede di vaglio di ammissibilità dell'azione di classe, possa sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente (e quindi anche davanti all'AGCM) ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

Lista bianca

Il terzo gruppo ('lista bianca') comprende le prove che non rientrano nelle due eccezioni precedentemente illustrate. Di queste prove il giudice può ordinare l'esibizione anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza.

Ulteriori previsioni

Per l'ordine di esibizione delle prove delle liste grigia e bianca è richiesto al giudice di rispettare una serie di prescrizioni.

In generale, l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza costituisce, in base alla disciplina, una soluzione da utilizzare in via residuale: il giudice la dispone quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire la prova. Questa previsione prospetta un momento di confronto tra le parti e il giudice per escludere che la prova possa essere acquisita al processo in via alternativa rispetto all'accesso al fascicolo dell'autorità²⁹. Il richiamo alla ragionevolezza implica una valutazione non solo dell'astratta possibilità per le parti o i terzi di fornire la prova, ma anche dei costi e della complessità di adempiere all'ordine di esibizione.

L'esigenza di proporzionalità dell'esibizione assume una valenza speciale con riferimento al contenuto del fascicolo dell'autorità di concorrenza, in quanto vi è il rischio di compromettere lo svolgimento dell'attività istituzionale di interesse pubblico, fermo restando che il bilanciamento tra le diverse esigenze dovrà basarsi sul principio di leale collaborazione.

La disciplina prevede che, nella valutazione di proporzionalità di un ordine di esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità di concorrenza il giudice debba considerare, in aggiunta ai criteri indicati dall'articolo 3 del decreto legislativo, anche i seguenti tre profili:

a) se l'istanza sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati all'autorità o contenuti nel fascicolo dell'autorità

²⁹ Con riferimento all'articolo 213 c.p.c., nel nostro ordinamento si è affermato da tempo un approccio per cui il potere del giudice di chiedere informazioni alla pubblica amministrazione può essere attivato soltanto quando si tratta di informazioni relative ad atti o documenti della P.A. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'amministrazione sia in possesso proprio in relazione all'attività da essa svolta; cfr. Corte di cassazione, sez. I civ., 7 novembre 2003, n. 16713 e sez. III civ., 12 marzo 2013, n. 6101.

oppure “con una domanda generica” attinente a documenti presentati a un'autorità di concorrenza³⁰;

b) se la parte richieda l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza;

c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza. A tal fine, il giudice è chiamato a compiere una valutazione in base a quanto previsto dai commi 1 e 4 dell'articolo 4 (impossibilità di fornire altrimenti la prova e prove della lista grigia) e nel caso in cui l'autorità presenti osservazioni al giudice sulla proporzionalità della richiesta di esibizione.

La facoltà per l'autorità di presentare osservazioni in merito alla proporzionalità delle richieste di esibizione è disciplinata dall'articolo 4, comma 7, del decreto legislativo. Per renderne possibile l'esercizio è previsto che il giudice debba informare l'autorità delle richieste di esibizione e trasmetterle gli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Opportunamente la norma richiama il giudice a selezionare secondo un criterio di effettiva rilevanza gli atti da trasmettere all'autorità.

Dal considerando 30 della direttiva emerge che la facoltà per l'autorità di concorrenza di presentare osservazioni riguardo alle richieste di esibizione non attiene solo alle prove contenute nel fascicolo dell'autorità medesima, ma ha una portata più ampia³¹; questa facoltà, inoltre, si ricollega all'articolo 15, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1/2003, che riconosce in generale alle autorità nazionali di concorrenza il potere di presentare d'ufficio osservazioni scritte ai giudici dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione del diritto antitrust. Per rendere questi canali di cooperazione più efficaci è da tempo auspicata la predisposizione di meccanismi volti ad assicurare che l'autorità di concorrenza sia sistematicamente e tempestivamente informata circa le azioni avviate nel canale del *private enforcement*.

Tornando all'articolo 4 del decreto, le osservazioni espresse dall'autorità in applicazione del comma 7 sono inserite nel fascicolo del processo a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del c.p.c., in modo che le parti possano averne conoscenza ed esercitare il loro diritto al contraddittorio.

³⁰ Il considerando 23 della direttiva sottolinea che occorre prevenire tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni, ossia la ricerca in base a criteri non sufficientemente determinati o eccessivamente ampi di informazioni che probabilmente non rivestono interesse per le parti del procedimento.

³¹ Il considerando 30 fa riferimento, in particolare, alle ipotesi in cui la persona che richiede l'esibizione o alla quale è richiesta l'esibizione sia coinvolta in un'indagine dell'autorità.

La disciplina delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità di concorrenza si chiude con una disposizione che fa salve le norme e le prassi previste dal diritto dell'Unione nonché le specifiche disposizioni nazionali sulla protezione dei documenti interni delle autorità garanti della concorrenza e della corrispondenza tra tali autorità. Il sistema della *disclosure* va infatti comunque coordinato con le norme che disciplinano l'accesso degli interessati al fascicolo dell'autorità di concorrenza nel corso dell'istruttoria: i limiti all'accesso previsti per determinati documenti in quanto inerenti all'organizzazione e all'attività interna dell'autorità o ai rapporti della stessa con istituzioni omologhe non sono superabili attraverso la richiesta di esibizione presentata nell'ambito di un'azione risarcitoria. Per quanto riguarda l'AGCM, la disciplina rilevante in tema di accesso al fascicolo è contenuta nel regolamento sulle procedure istruttorie³². In base ad essa, le note, le proposte e ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti sono sempre sottratti all'accesso, mentre possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, e tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione.

Limiti all'uso delle prove ottenute grazie all'accesso al fascicolo

La disciplina volta a preservare le prove contenute nel fascicolo dell'autorità include, accanto alle disposizioni specifiche in tema di esibizione, alcune regole sull'utilizzo in sede di giudizio di prove che sono già in possesso delle parti, in particolare acquisite tramite l'accesso al fascicolo di un'autorità di concorrenza.

Anche per il profilo dell'utilizzo in giudizio il decreto introduce un regime differenziato a seconda della categoria di prove.

Le prove che rientrano nella lista grigia o nella lista nera "comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo" sono ammesse secondo un regime analogo a quello previsto per l'esibizione con riferimento alle rispettive categorie. Pertanto, le informazioni rese nell'ambito del procedimento, quelle redatte e comunicate alle parti dall'autorità nel corso del procedimento, nonché le proposte di transazione revocate sono ammissibili in giudizio solo dopo la chiusura del procedimento dell'autorità. Le prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione sono invece inammissibili; la parte può chiedere che il giudice accerti la natura della prova, mediante un procedimento in contraddittorio secondo le modalità sopra illustrate. Va sottolineato che nella direttiva i limiti all'utilizzo in giudizio

³² Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217.

riguardano le prove ottenute “solo grazie all’accesso al fascicolo”. Il decreto applica tali limiti alle prove “comunque ottenute dalle parti anche mediante l’accesso al fascicolo”. Dalla relazione allo schema di decreto emerge che tale formulazione è volta a sottolineare che i limiti all’utilizzo delle prove contenute nella lista nera (preclusione) e nella lista grigia (utilizzo posticipato) valgono a prescindere dalla modalità con cui è stata acquisita la disponibilità di tali prove.

Per le prove della lista bianca (tutte quelle non rientranti nelle liste grigia o nera), “comunque ottenute dalle parti solo mediante l’accesso al fascicolo”, il decreto legislativo dispone che possono essere utilizzate nell’azione risarcitoria unicamente dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto. Viene così preclusa la cessione delle prove (a titolo oneroso o meno) per scopi diversi da quello di far valere in giudizio la pretesa risarcitoria. Il vincolo in questo caso è di tipo soggettivo: l’utilizzo delle prove è consentito solo alla parte (attore o convenuto) che le ha acquisite tramite l’accesso al fascicolo oppure al soggetto che è subentrato ad essa nella titolarità del diritto al risarcimento azionato in giudizio. Nel testo della direttiva questa seconda situazione è esplicitamente collegata all’ipotesi in cui la domanda della parte sia stata rilevata da un soggetto terzo. In vari Stati membri sono già operativi enti che acquistano dai potenziali attori i *claims* relativi a cause risarcitorie, per poi farli valere in forma aggregata in via giudiziale o, più frequentemente, nell’ambito di accordi transattivi con il danneggiante.

6 Esibizione delle prove: il regime sanzionatorio (articolo 6)

Per la violazione degli obblighi relativi all’esibizione la direttiva chiede agli Stati membri di prevedere sanzioni “efficaci, proporzionate e dissuasive”, inclusa la possibilità per il giudice di trarre conclusioni a sfavore della parte a cui è imputabile la violazione. Nel regime introdotto dal decreto legislativo, il potere del giudice di attribuire rilievo negativo alla condotta della parte si affianca a quello di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie di importo assai rilevante.

Le condotte sanzionate sono le seguenti:

- a) la parte o il terzo rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l’ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso;
- b) la parte o il terzo distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento;

- c) la parte o il terzo non rispetta o rifiuta di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine del giudice a tutela di informazioni riservate;
- d) la parte utilizza in violazione dei limiti previsti dall'articolo 5 le prove ottenute grazie all'accesso al fascicolo dell'autorità di concorrenza.

Con riferimento alla distruzione di prove rilevanti il decreto specifica che la sanzione amministrativa pecuniaria si applica "salvo che il fatto costituisca reato". Si ricordi ad esempio che l'articolo 490 c.p. qualifica come reato la condotta di "chiunque, in tutto o in parte, distrugge, sopprime od occulta un atto pubblico vero, o, al fine di recare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, distrugge, sopprime od occulta un testamento olografo, una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore".

Cruciale nella definizione della fattispecie in esame è l'individuazione del momento a partire dal quale sorge in capo alla parte o al terzo il dovere di non distruggere le prove rilevanti. In giurisprudenza sembra consolidato l'orientamento per il quale, in relazione all'ordine di esibizione nei confronti della parte ai sensi dell'articolo 210 c.p.c., il momento a cui far riferimento è quello della presentazione dell'istanza volta a ottenere l'esibizione. In particolare, la Cassazione ha affermato che "nel caso in cui, nel corso di un giudizio civile, venga formulata, nei suoi confronti, istanza di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., la parte è tenuta a conservare la documentazione fatta oggetto di richiesta, finché il giudice non abbia definitivamente e negativamente provveduto sull'istanza stessa. A tal riguardo, nessuna rilevanza può assumere la circostanza per cui, trattandosi di documentazione contabile, sopravvenga, medio tempore, la maturazione del termine decennale di durata dell'obbligo di conservazione delle scritture contabili, fissato dall'art. 2220 c.c.; nessun obbligo di conservazione oltre il decennio grava invece sulla parte finché la suddetta istanza non sia presentata, con la conseguenza che dalla distruzione della documentazione contabile il giudice può trarre argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c. solo se tale distruzione sia avvenuta successivamente alla presentazione della relativa istanza e durante il tempo di attesa della decisione su di essa"³³.

Per tutte le violazioni indicate dall'articolo 6 la sanzione amministrativa pecuniaria può variare tra un minimo di 15.000 euro e un massimo di 150.000 euro. Si tratta di importi notevolmente più elevati di quelli relativi alle sanzioni previste dal c.p.c.³⁴.

³³ Cfr. Corte di cassazione, sez. I civ., 28 agosto 2000, n. 11225; in senso conforme Corte di cassazione, sez. III civ., 27 ottobre 2004, n. 20792.

³⁴ Si considerino ad esempio le sanzioni previste nei casi di condanna del custode che non esegue l'incarico (art. 67 c.p.c.: da 250 a 500 euro), di rifiuto del terzo di consentire l'ispezione (art. 118 c.p.c.: da

Una questione che andrà chiarita è se sia applicabile l'articolo 179 c.p.c., in base al quale le condanne a pena pecuniaria previste nel codice sono pronunciate con ordinanza se la legge non dispone altrimenti; l'ordinanza pronunciata in udienza in presenza dell'interessato e previa contestazione dell'addebito non è impugnabile, altrimenti il cancelliere la notifica al condannato, che può presentare reclamo al giudice nel termine perentorio di tre giorni.

Un tema che merita approfondimento è quello dei possibili destinatari delle sanzioni. La direttiva, che richiede agli Stati di prevedere efficaci sistemi sanzionatori senza escludere la possibilità di sanzioni penali, indica come possibili destinatari delle sanzioni le parti, i terzi e i loro rappresentanti legali. Ciò assicura la flessibilità necessaria per consentire agli Stati di compiere scelte coerenti con i sistemi di imputazione della responsabilità propri di ciascun ordinamento nazionale.

Nel decreto legislativo di recepimento è previsto che le sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai primi quattro commi dell'articolo 6 si applichino alla parte o al terzo che ha commesso la violazione. Il comma 5 dell'articolo 6 aggiunge che le medesime sanzioni si applicano "anche ai rappresentanti legali della parte o del terzo autori delle violazioni"³⁵. Questa previsione appare peculiare sia dal punto di vista dell'ordinamento processuale sia da quello del diritto della concorrenza. L'obiettivo potrebbe essere quello di incentivare la *compliance* e aumentare la forza coercitiva dell'ordine di esibizione. La soluzione adottata solleva però il tema delicato dei presupposti in base ai quali è ammissibile far gravare su un soggetto una sanzione per una violazione imputabile a un altro soggetto.

Accanto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, le condotte indicate dall'articolo 6 del decreto legislativo comportano, come accennato, conseguenze sanzionatorie sul piano processuale. Se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce. Se la parte utilizza prove in violazione dei limiti di cui all'articolo 5, il giudice può respingere in tutto o in parte le domande o le eccezioni alle quali le prove si riferiscono.

250 a 1.500 euro), di mancata comparizione dei testimoni o mancato invio della testimonianza scritta (art. 255 c.p.c. e art. 257-bis c.p.c.: da 100 a 1.000 euro; va peraltro sottolineato che il rifiuto del testimone di deporre dinanzi all'autorità giudiziaria costituisce reato ai sensi dell'art. 366 c.p.).

³⁵ Dalla relazione allo schema di decreto si evince che tale previsione è stata aggiunta in un secondo tempo, forse per assicurare la conformità formale al testo della direttiva.

7 Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza (articolo 7)

L'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva prevede il cosiddetto effetto vincolante, in sede di giudizio civile risarcitorio, delle decisioni di constatazione delle violazioni antitrust adottate dalle autorità nazionali di concorrenza o dai giudici del ricorso. Più precisamente, in base a tale disposizione gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso³⁶ sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza. La direttiva richiede inoltre che le decisioni definitive adottate in Stati membri diversi da quello del giudice adito che possano essere presentate dinanzi a quest'ultimo "almeno a titolo di prova *prima facie*" del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possano, se del caso, essere valutate insieme ad altre prove addotte dalle parti³⁷.

Per le decisioni della Commissione europea, come noto, l'articolo 16 del regolamento n. 1/2003, codificando alcuni principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria³⁸, prevede in capo ai giudici nazionali l'obbligo di evitare pronunce "in contrasto" con le decisioni adottate o contemplate dalla Commissione e assegna così una preminenza all'*enforcement* delle norme antitrust europee da parte di quest'ultima. La tenuta del sistema è garantita dalla circostanza che le decisioni della Commissione sono soggette al controllo della Corte di giustizia, cui spetta l'interpretazione ultima del diritto dell'Unione europea.

Come emerge dal Libro bianco del 2008 e dal considerando 34 della direttiva, la scelta di seguire un'analoga impostazione con riferimento ai rapporti tra autorità di concorrenza e giudici nazionali è funzionale ad "assicurare l'efficacia e la coerenza dell'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza", nonché a "migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE,

³⁶ Per "giudice del ricorso" la direttiva intende un giudice nazionale che ha il potere, in seguito alla proposizione di mezzi di impugnazione ordinari, di rivedere le decisioni emesse da un'autorità nazionale garante della concorrenza o le pronunce giurisdizionali formulate su tali decisioni, indipendentemente dal fatto che tale giudice abbia il potere di constatare una violazione del diritto della concorrenza (art. 2, n. 10).

³⁷ Direttiva, articolo 9, paragrafo 2.

³⁸ Cfr. Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis*, e 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*.

aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori”.

Va peraltro ricordato che alcuni Stati membri, tra cui Germania e Regno Unito, avevano già introdotto prima dell'adozione della direttiva 2014/104/UE una regola sull'effetto vincolante delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza, sia nazionali che di altri Stati membri, nei giudizi civili. La proposta della Commissione ha probabilmente inteso anche per questo profilo promuovere una maggiore uniformità dei regimi nazionali e assicurare condizioni omogenee di accesso alla giustizia per i soggetti danneggiati da violazioni antitrust.

Nell'ordinamento italiano, fino all'adozione del decreto legislativo non esisteva alcuna previsione normativa sull'efficacia probatoria delle decisioni dell'AGCM. A partire dal 2009 si è però sviluppato un orientamento giurisprudenziale in base al quale la decisione dell'AGCM che constata l'infrazione costituisce rispetto ai giudizi successivi “prova privilegiata” della sussistenza del comportamento accertato, con riferimento alla ricostruzione dei fatti e alla qualificazione di antigiuridicità della condotta³⁹. Questo approccio assegna un valore probatorio particolarmente pregnante al provvedimento amministrativo in ragione dell'autorevolezza dell'autorità emanante e degli strumenti e modalità di indagine da essa utilizzati, senza però compromettere l'indipendenza di valutazione del giudice e senza precludere all'impresa convenuta di argomentare in senso contrario.

Ora il decreto legislativo n. 3/2017 introduce una previsione che, in linea con la direttiva, rafforza notevolmente gli effetti della decisione di accertamento dell'infrazione rispetto alla precedente impostazione della Corte di cassazione. L'articolo 7 stabilisce infatti che, ai fini dell'azione risarcitoria, “si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore” la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'AGCM “non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso” o da una sentenza del giudice del ricorso “passata in giudicato”⁴⁰.

Come sottolineato dalla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, questa previsione, che comporta una sostanziale limitazione delle facoltà probatorie del

³⁹ Corte di cassazione, sez. I civ., 13 febbraio 2009, n. 3640. In alcune pronunce successive la Corte ha specificato che il ruolo di prova privilegiata della decisione amministrativa, pur non precludendo la facoltà per l'impresa convenuta in giudizio di fornire la prova contraria dei fatti accertati, impedisce che possano rimettersi in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in sede di procedimento davanti all'autorità di concorrenza; cfr. Corte di cassazione, sez. III civ., 20 giugno 2011, n. 13486.

⁴⁰ Come noto, per i ricorsi contro i provvedimenti dell'Autorità è competente il Tar Lazio e, in secondo grado, il Consiglio di Stato.

convenuto, è compatibile con i principi fondamentali in materia di diritto di difesa solo nella misura in cui sia assicurata al soggetto la possibilità di impugnare il provvedimento dell'AGCM davanti al giudice amministrativo e di ottenere "un adeguato controllo giurisdizionale".

A questo riguardo, va ricordato che per i provvedimenti che irrogano sanzioni sostanzialmente assimilabili a quelle penali occorre tenere conto delle indicazioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nel caso *Menarini*: secondo la Corte, l'articolo 6 della CEDU impone che la decisione amministrativa possa essere rivista *a posteriori* da un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, ossia del potere di giudicare tutte le questioni di fatto e diritto rilevanti per la controversia e di riformare in ogni modo, sia in fatto che in diritto, la decisione stessa⁴¹.

Il decreto legislativo dedica una previsione incidentale alla necessità di un controllo giurisdizionale pieno ed approfondito non solo rispetto ai provvedimenti che irrogano sanzioni di carattere sostanzialmente penale, ma più in generale a tutte le decisioni di accertamento dell'illecito adottate dall'AGCM, dato che queste ora sono dotate di efficacia vincolante nei successivi giudizi risarcitori. In particolare, in base al decreto "il sindacato del giudice del 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".

E' importante sottolineare che nell'architettura del sistema la regola è che tutte le componenti della decisione dell'Autorità, inclusi profili quali l'individuazione del mercato rilevante, l'accertamento della posizione dominante, la valutazione dell'impatto attuale o potenziale dell'intesa o della condotta sul mercato, che richiedono tipicamente una valutazione di tipo tecnico, sono soggette al vaglio del giudice. I profili della decisione che presentano "un oggettivo margine di opinabilità" e per tale motivo sono sottratti al controllo del giudice devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, perché in caso contrario si finirebbe per vanificare l'intento del legislatore e per porre a rischio la compatibilità costituzionale dell'articolo 7 del decreto legislativo.

Riprendendo uno spunto della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del gennaio 2014 dalla quale è tratto il richiamo al "margine di opinabilità", si può sostenere che il controllo del giudice, oltre a richiedere la verifica dei fatti, può arrestarsi solo laddove vi sia un apprezzamento oggettivamente opinabile rispetto al

⁴¹ Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*.

quale non è possibile individuare alcun “parametro giuridico che consenta di definire quell’apprezzamento illegittimo”⁴².

La vincolatività della decisione amministrativa definitiva (o della sentenza del giudice amministrativo) nei confronti del giudice del risarcimento incontra comunque un duplice ordine di limiti.

Anzitutto, l’articolo 7, comma 1, del decreto legislativo specifica che la definitività dell’accertamento (compiuto dall’AGCM o dal giudice amministrativo in sede di ricorso contro il provvedimento dell’AGCM) “riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno”. In altri termini, il giudice è vincolato dalla determinazione dell’AGCM solo in merito ai profili che identificano l’illecito anticoncorrenziale: qualificazione come intesa restrittiva o abuso di posizione dominante, mercati interessati, imprese responsabili, durata dell’infrazione. Limitatamente a questi profili il soggetto danneggiato beneficia, in pratica, di una sorta di presunzione di sussistenza del fatto antiggiuridico così come accertato nel provvedimento dell’AGCM o nella sentenza del giudice del ricorso. Nessuna conseguenza discende invece dalla decisione/sentenza divenuta definitiva per quanto attiene agli altri elementi fondanti della responsabilità civile: resta quindi inalterato in capo all’attore l’onere di provare il verificarsi del danno e il rapporto di causalità tra l’infrazione commessa e il danno stesso, nonché di quantificare il risarcimento attraverso le diverse componenti del danno (salva la presunzione di sussistenza del nesso causale tra violazione e danno nei casi di cartelli, introdotta dalla disciplina, sulla quale ci soffermeremo successivamente).

Questa specificazione riguardo alla portata dell’effetto vincolante della decisione, che riprende il considerando 34 della direttiva, è di estrema importanza per assicurare il rispetto del diritto di difesa nonché l’autonomia di valutazione del giudice. Pertanto, anche con riferimento alle decisioni/sentenze definitive a livello nazionale, grazie alla formulazione del decreto dovrebbe essere evitato lo scenario in cui l’esistenza del danno viene presunta a partire dalle valutazioni compiute nel provvedimento dell’AGCM in ordine agli effetti della violazione. Sul punto si è soffermata anche la Corte di giustizia nel caso *Otis* riguardo all’interpretazione dell’articolo 16 del regolamento n. 1/2003⁴³. La Corte ha affermato che a fronte di una decisione della Commissione europea che constata un’infrazione dell’articolo 101 TFUE il giudice è tenuto, in forza dell’articolo 16 del regolamento n. 1/2003, ad ammettere l’esistenza di un’intesa o di una pratica vietata ma “resta ... di competenza del giudice nazionale

⁴² SS.UU. Corte di cassazione, 20 gennaio 2014, n. 1013.

⁴³ Corte di giustizia 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis*.

stabilire l'esistenza di un pregiudizio e di un nesso di causalità diretta tra lo stesso e la pratica in discussione". Secondo la Corte "anche se la Commissione è stata indotta a precisare gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, spetta sempre al giudice nazionale determinare individualmente il danno cagionato a ciascuno dei soggetti che hanno intentato un'azione di risarcimento".

La previsione dell'articolo 7 circa l'effetto vincolante delle decisioni riguarda unicamente le decisioni che constatano una violazione del diritto della concorrenza e non si estende alle altre decisioni con cui possono concludersi i procedimenti dell'AGCM in materia antitrust. Va ricordato in particolare che le decisioni con impegni, mediante le quali vengono accettate e rese obbligatorie le misure proposte dall'impresa per rimuovere le preoccupazioni concorrenziali emerse in sede di valutazione preliminare del caso, si limitano a sancire che l'intervento dell'autorità di concorrenza non è più giustificato e pongono fine all'istruttoria senza stabilire se la condotta costituisse o meno una violazione delle norme antitrust⁴⁴. Come già nel regime anteriore al decreto legislativo, le decisioni con impegni potranno eventualmente fornire elementi indiziari in ordine all'esistenza della violazione che il giudice valuterà secondo il suo prudente apprezzamento in applicazione dell'ordinario regime della prova nel processo civile.

Per le decisioni definitive di accertamento dell'infrazione rese da un'autorità di concorrenza⁴⁵ o da un giudice del ricorso in altri Stati membri, il decreto legislativo opportunamente adotta la soluzione più *soft* consentita dalla direttiva: esse costituiscono, nei confronti dell'autore della violazione, prova valutabile insieme alle altre prove (art. 7, comma 2). Resta quindi impregiudicata la facoltà dell'autore della violazione di fornire prova contraria. Anche in questo caso la norma specifica che il valore probatorio della decisione è limitato alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale.

Il comma 3 dell'articolo 7 stabilisce che restano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 TFUE, ossia relativi all'invio alla Corte di giustizia di eventuali richieste di pronuncia pregiudiziale su questioni di interpretazione del diritto europeo. Ne consegue che, quando in una causa *follow-on* viene sollevata una questione relativa all'interpretazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, il giudice del risarcimento ha sempre la possibilità (o l'obbligo se si tratta di una giurisdizione di

⁴⁴ Cfr. l'articolo 14-ter della legge n. 287/1990.

⁴⁵ Intesa come l'autorità designata da altro Stato membro dell'Unione europea a norma dell'articolo 35 del regolamento (CE) n. 1/2003 come responsabile dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (decreto legislativo, articolo 2, lettera e).

ultima istanza) di rimettere la questione alla Corte di giustizia, cui spetta il ruolo di assicurare l'applicazione uniforme delle norme del Trattato a tutela della concorrenza e garantire così la tenuta dell'intero sistema. Questo importante strumento di garanzia riguarda comunque solo le questioni di diritto relative all'interpretazione delle norme del Trattato e quindi non fa venire meno l'esigenza del controllo giurisdizionale pieno sulle decisioni dell'Autorità.

Infine, un limite alla vincolatività della decisione amministrativa per il giudice civile deriva dal principio costituzionale per il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). La relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo indica che, in base a una lettura costituzionalmente conforme dell'articolo 7, comma 1, del decreto stesso, si deve escludere che il giudice civile sia in ogni caso vincolato da una decisione dell'AGCM divenuta definitiva a seguito della scadenza del termine per l'impugnazione, anche nell'ipotesi in cui a fronte di una "evidente illegittimità" il giudice ritenga "irrimediabilmente viziato" il provvedimento. In tale ipotesi, considerata comunque "residuale se non eccezionale", fermo restando che la decisione non può più essere contestata dall'autore della violazione, il giudice del risarcimento dovrebbe mantenere la possibilità di discostarsene nell'ambito della singola controversia sottoposta al suo esame.

8 I termini di prescrizione (articolo 8)

La disciplina della prescrizione contenuta nel decreto legislativo n. 3/2017 non presenta particolari profili di novità rispetto al regime ordinario applicabile nei casi di danno extracontrattuale.

Confermando quanto previsto in generale dall'articolo 2947 c.c., l'articolo 8 del decreto legislativo dispone anzitutto che il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni, che è il periodo minimo consentito dalla direttiva.

E' poi previsto che la prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di un insieme di elementi indicati dal decreto: a) la condotta e il fatto che essa costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) il fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno; c) l'identità dell'autore della violazione. In sostanza, ciò che rileva è il

momento della cessazione della violazione o, se posteriore, il momento in cui il danneggiato ha acquisito, o si può presumere che potesse ragionevolmente acquisire, conoscenza dell'infrazione, dell'identità dell'autore e della circostanza di aver subito un danno.

Anche per questo profilo, la normativa è in linea con le regole generali del nostro ordinamento: poiché il danno da violazione antitrust è riconducibile alla categoria dei danni lungolatenti, in cui il momento della realizzazione della condotta illecita non coincide con quello in cui il soggetto leso acquista consapevolezza del verificarsi del danno nella propria sfera giuridica, la giurisprudenza ha tradizionalmente affermato che ai fini del *dies a quo* occorre considerare questo secondo momento e stabilire di volta in volta quando "il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale da essere ritenuto sufficiente a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio"⁴⁶.

La prescrizione resta sospesa quando l'autorità garante avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione dedotta nel giudizio risarcitorio. Il duplice riferimento all'indagine e all'istruttoria è presumibilmente previsto dalla direttiva per tener conto di come nei vari ordinamenti è configurata la fase iniziale del procedimento di accertamento delle violazioni antitrust condotto dall'autorità di concorrenza. Quanto all'esigenza di individuare chiaramente il momento che dà luogo alla sospensione della prescrizione, nel nostro ordinamento l'avvio dell'istruttoria, che si colloca in una fase iniziale dell'iter ed è reso pubblico, costituisce il naturale punto di riferimento a cui guardare.

La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è concluso in altro modo. Naturalmente, il danneggiato in genere avrà interesse ad attivarsi tempestivamente dopo che la decisione dell'AGCM è divenuta definitiva.

9 La responsabilità in solido (articolo 9)

La direttiva fissa il principio della responsabilità solidale tra le imprese coautrici dell'infrazione antitrust, per cui ciascuna di esse è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da

⁴⁶ Corte di cassazione, sez. III civ., 2 febbraio 2007, n. 2305.

ognuna di esse fino ad essere totalmente risarcito⁴⁷. Trattandosi di un principio da tempo acquisito nel nostro ordinamento, codificato nell'articolo 2055 c.c., il legislatore non ha ritenuto necessario ribadirlo espressamente nel testo del decreto legislativo. L'articolo 9 stabilisce quindi, fermo restando il principio cardine del diritto del soggetto danneggiato all'integrale risarcimento del danno subito, solo le deroghe al regime della responsabilità solidale in virtù delle quali determinati soggetti rispondono verso un sottoinsieme di danneggiati anziché verso tutti gli aventi diritto.

Piccole e medie imprese

La prima deroga riguarda l'ipotesi in cui tra i coautori dell'infrazione vi sia una piccola o media impresa, come definita nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, ossia un'impresa che occupa meno di 250 persone e con un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro⁴⁸. L'articolo 9, comma 1, prevede che tale impresa sia "responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti" purché siano soddisfatte cumulativamente due condizioni: i) la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per tutta la durata dell'infrazione; ii) 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.

Si tratta di un'ipotesi molto particolare, in cui l'ordinamento indirizza le scelte del danneggiato, al quale è comunque riconosciuto il diritto al pieno risarcimento, riguardo al soggetto da escutere, in modo da evitare conseguenze irreparabili per la stessa sopravvivenza della PMI coinvolta nella violazione. La finalità della norma è evitare che l'incidenza economica del risarcimento integrale del danno comporti sostanzialmente l'uscita dal mercato della piccola o media impresa.

Questa finalità recede, tuttavia, di fronte all'esigenza di assicurare ad ogni danneggiato il pieno risarcimento. Una previsione non presente nella direttiva stabilisce infatti che la PMI è responsabile in solido anche nei confronti di soggetti danneggiati diversi dai suoi acquirenti diretti e indiretti solo quando questi non possono ottenere il risarcimento integrale dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione antitrust.

Una questione da approfondire riguarda la portata della responsabilità della PMI nei confronti dei suoi acquirenti diretti o indiretti. La direttiva richiede che la PMI autrice

⁴⁷ Direttiva, articolo 11, paragrafo 1.

⁴⁸ Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (2003/361/CE).

della violazione, in deroga al principio della responsabilità solidale, sia “responsabile solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti”. Diversamente, il decreto utilizza l’espressione “responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti”.

Una possibile interpretazione del decreto è che la PMI sia responsabile in solido nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti anche per i danni che tali soggetti abbiano eventualmente subito da altri coautori dell’infrazione. Secondo una diversa lettura, più in linea con la direttiva, si potrebbe ritenere che la PMI sia responsabile nei confronti dei suoi acquirenti diretti e indiretti solo per il danno connesso alle vendite da essa effettuate, “in solido” con gli altri coautori della violazione.

La deroga alla responsabilità solidale non si applica (per cui la PMI perde il beneficio e risponde solidalmente verso tutti i danneggiati per l’integrale risarcimento del danno causato dalla violazione) quando la PMI ha svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o ha costretto altre imprese a parteciparvi, oppure quando risulta accertato che essa ha commesso in precedenza una violazione del diritto della concorrenza (art. 9, comma 2). Appare ragionevole ritenere che il rilievo della situazione di recidiva, per quanto riguarda sia l’orizzonte temporale sia la tipologia dell’illecito pregresso, debba essere interpretato in base al principio di proporzionalità.

E’ utile ricordare che l’analisi della situazione economica dell’impresa che ha commesso un’infrazione assume rilievo anche ai fini dell’irrogazione delle sanzioni, sia da parte della Commissione europea che da parte dell’AGCM. In particolare, negli orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende per violazioni antitrust si prevede la possibilità di ridurre la sanzione, in circostanze eccezionali, per tener conto della mancanza di capacità contributiva di un’impresa. Non è considerata sufficiente, a tal fine, la constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria: l’impresa deve presentare prove oggettive dalle quali risulti che l’imposizione di una sanzione determinata in base ai criteri generali “pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell’impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore”⁴⁹.

Impresa beneficiaria dell’immunità

⁴⁹ Commissione europea, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a, del regolamento (CE) n. 1/2003, punto 35. Cfr. anche AGCM, Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, punto 31.

La seconda deroga, contenuta nell'articolo 9, comma 3, riguarda l'impresa che beneficia dell'immunità dalle ammende sulla base di un programma di clemenza. Si tratta di una delle disposizioni volte ad assicurare il coordinamento tra *public enforcement* (nell'ambito del quale i programmi di clemenza hanno un ruolo strategico) e azioni per il risarcimento dei danni.

L'esigenza di regole specifiche in materia di responsabilità solidale deriva dal fatto che, a seguito del conseguimento dell'immunità, l'impresa non ha solitamente interesse a impugnare il provvedimento con cui l'autorità di concorrenza accerta l'esistenza del cartello. Nei confronti di tale impresa, quindi, il provvedimento diviene di regola definitivo prima di quanto accada rispetto agli altri coautori dell'infrazione; ciò potrebbe indurre i soggetti danneggiati dal cartello a rivolgersi immediatamente all'impresa beneficiaria dell'immunità per far valere il loro diritto al risarcimento. Uno scenario in cui l'impresa beneficiaria divenisse "bersaglio preferenziale di contenzioso" scoraggerebbe il ricorso ai programmi di clemenza. Per evitarlo, la direttiva ha introdotto una specifica deroga alla disciplina della responsabilità solidale per l'impresa che ha ottenuto l'immunità; la deroga non si applica alle imprese che hanno ottenuto, nell'ambito dei programmi di clemenza, una mera riduzione della sanzione.

Anche in questo caso la deroga non pregiudica il diritto al pieno risarcimento del danno; in particolare, il beneficiario dell'immunità dalla sanzione non viene esonerato tout court dall'obbligo di compensare il danno ad esso imputabile e resta responsabile in solido qualora i coautori della violazione non siano in grado di garantire appieno il risarcimento.

Più in dettaglio, la disciplina prevede che, per quanto riguarda la responsabilità in solido, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2055, comma 1, c.c., il beneficiario dell'immunità risponde solo nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori, diretti e indiretti. La responsabilità in solido si estende anche nei confronti di altri soggetti danneggiati esclusivamente quando questi ultimi non possano ottenere il risarcimento integrale dalle altre imprese coautrici dell'infrazione.

Per quanto riguarda invece l'esercizio del regresso da parte di chi ha risarcito il danno nei confronti dei coautori della violazione, e quindi la suddivisione della responsabilità nei rapporti interni tra i soggetti co-obbligati, la disciplina stabilisce che di regola il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti (articolo 9, comma 5).

La direttiva prende comunque espressamente in considerazione anche l'ipotesi in cui la violazione del diritto della concorrenza abbia determinato un danno a soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori diretti o indiretti degli autori della violazione. Si può pensare, in particolare, all'ipotesi di un boicottaggio collusivo volto direttamente contro un'impresa concorrente. In tali circostanze, il beneficiario dell'immunità è tenuto a contribuire, in sede di regresso, per un importo determinato sulla base della propria responsabilità relativa per il danno causato a un soggetto diverso dagli acquirenti o fornitori, diretti o indiretti, degli autori della violazione. Il decreto richiama espressamente l'articolo 2055, comma 2, c.c. in base al quale "colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

Onere probatorio e decorrenza della prescrizione

Sia nel caso delle PMI che in quello del beneficiario dell'immunità la disciplina fa riferimento all'ipotesi in cui i soggetti danneggiati non siano riusciti a ottenere il risarcimento dagli altri coautori dell'infrazione. La relazione illustrativa chiarisce che volutamente il decreto legislativo non declina le modalità dalle quali deve emergere l'infruttuosa richiesta e sottolinea che "la previsione, ad esempio, dell'esercizio della azione risarcitoria seguita dalla infruttuosa fase esecutiva avrebbe obbligato il danneggiato ad agire giudizialmente anche nei confronti di soggetti con patrimonio palesemente incapiente, con grave ed inutile perdita di tempo". Si prefigura così lo scenario in cui il danneggiato agisce direttamente nei confronti della PMI o del beneficiario dell'immunità, i quali possono eccepire la loro carenza di legittimazione passiva in base alle regole contenute nell'articolo 9 del decreto legislativo. L'onere di dimostrare che la situazione patrimoniale degli altri coautori dell'infrazione non consente il pieno soddisfacimento della pretesa risarcitoria resta in capo all'attore.

Per i soggetti diversi dagli acquirenti diretti o indiretti della PMI o dagli acquirenti o fornitori, diretti o indiretti, del beneficiario dell'immunità, il momento in cui risulta accertato che il danneggiato non può ottenere l'integrale risarcimento dagli altri coautori dell'infrazione ha un ulteriore rilievo nel sistema. Da tale momento decorre infatti il termine di prescrizione del suo diritto al risarcimento nei confronti della PMI o del beneficiario dell'immunità (art. 9, comma 4). Anche questa previsione è funzionale a tutelare la posizione del danneggiato, evitando che la necessità di agire preliminarmente nei confronti delle altre imprese coinvolte nell'infrazione gli precluda di rivolgersi alla PMI o al beneficiario dell'immunità per decorso del termine di prescrizione. Viene così data attuazione alla direttiva nella parte in cui, sia pure con esclusivo riferimento ai casi che riguardano il beneficiario dell'immunità, chiede agli

Stati membri di provvedere affinché il termine di prescrizione sia “ragionevole e sufficiente a consentire ai soggetti danneggiati di intentare le azioni di risarcimento”⁵⁰.

10 Il trasferimento del sovrapprezzo (articoli da 10 a 13)

L'approccio della direttiva

Nei casi di violazioni antitrust che comportano un aumento del prezzo accade spesso che l'acquirente del bene o servizio oggetto della violazione reagisca aumentando a sua volta il prezzo dei propri prodotti e trasferendo così a valle, in tutto o in parte, il sovrapprezzo, inteso come differenza tra il prezzo che è stato effettivamente pagato e quello che sarebbe stato pagato in assenza dell'infrazione. In questo modo l'effetto economico della violazione si sposta lungo la filiera di mercato e anche nel caso in cui la violazione coinvolga input o beni intermedi può, da ultimo, raggiungere il consumatore finale.

Nella prospettiva delle azioni di risarcimento del danno per violazioni antitrust il trasferimento del sovrapprezzo (*passing-on*) pone una duplice questione:

- da un lato, se gli acquirenti indiretti dell'autore dell'infrazione possano far valere nei confronti di quest'ultimo il loro diritto al risarcimento del danno derivante dal trasferimento del sovrapprezzo (*passing-on* in funzione 'offensiva');
- dall'altro, se l'impresa autrice dell'infrazione, qualora convenuta in giudizio dai propri acquirenti diretti, possa respingerne la richiesta di risarcimento argomentando che essi hanno in realtà trasferito su altri soggetti l'aumento di prezzo (c.d. *passing-on defence*).

Le risposte a tali questioni variano nei diversi ordinamenti giuridici in funzione del ruolo attribuito alle azioni risarcitorie. Ad esempio negli Stati Uniti, dove le azioni risarcitorie assolvono anche a una funzione di deterrenza, non è consentita la *passing-on defence* da parte del convenuto: viene riconosciuta in ogni caso agli acquirenti diretti, che

⁵⁰ Direttiva, articolo 11, paragrafo 4, ultimo comma. Come anticipato, la direttiva non contempla l'ipotesi in cui la PMI in difficoltà venga chiamata a rispondere nei confronti di soggetti danneggiati diversi dai suoi acquirenti diretti o indiretti. Di conseguenza la necessità di configurare il sistema della prescrizione in modo adeguato è collegata, nella direttiva, solo ai rapporti tra i danneggiati e il beneficiario dell'immunità.

hanno maggiore facilità ad avviare l'azione, la legittimazione ad agire; al contempo, non sono ammesse le azioni risarcitorie da parte degli acquirenti indiretti⁵¹.

La direttiva 2014/104/UE introduce un regime uniforme a livello europeo improntato a un diverso approccio, in base al quale le azioni risarcitorie svolgono una funzione strettamente compensativa: ogni soggetto danneggiato ha diritto alla piena compensazione del danno subito e vanno evitate le sovracompenzazioni. Pertanto, la direttiva riconosce anche il diritto dell'acquirente indiretto a essere risarcito in caso di trasferimento del sovrapprezzo e ammette, al contempo, la possibilità per il convenuto di eccepire l'avvenuto *passing-on* in funzione difensiva. Inoltre, dato che gli acquirenti indiretti possono trovarsi in una situazione di oggettiva difficoltà nella raccolta delle prove, per rendere effettivo il diritto al risarcimento la direttiva introduce a loro favore un alleggerimento dell'onere probatorio, in forma di presunzione dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo.

Il capo IV del decreto recepisce le disposizioni della direttiva relative al trasferimento del sovrapprezzo.

L'articolo 10, comma 1, sancisce anzitutto la regola per cui il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza può essere chiesto da chiunque lo ha subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto o indiretto dell'autore della violazione⁵². La legittimazione attiva viene così espressamente riconosciuta a qualunque soggetto danneggiato, compreso il consumatore finale secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato⁵³.

L'articolo 10, comma 2, specifica che il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione a un dato livello della catena di approvvigionamento non deve essere superiore al danno da sovrapprezzo subito a tale livello. In sostanza, per ciascun livello della catena occorre stabilire l'effettiva incidenza del sovrapprezzo, che costituisce il danno emergente risarcibile, scomputando l'ammontare che è stato trasferito a valle per non generare una sovracompenzazione.

⁵¹ Cfr. in particolare le sentenze della Corte suprema nei casi *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corporation*, 392 U.S. 481 (1968) e *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

⁵² Ai fini del decreto legislativo per "acquirente diretto" si intende una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza (art. 2, lettera u); per "acquirente indiretto" si intende una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi (art. 2, lettera v).

⁵³ SS. UU. Corte di cassazione 4 febbraio 2005, n. 2207.

Il danno emergente è però solo una delle componenti del risarcimento: resta fermo che il danneggiato può anche “chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante dal trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo”. In particolare, se l'aumento del prezzo praticato nel mercato a valle ha determinato una riduzione delle quantità vendute, l'operatore che ha effettuato il trasferimento del sovrapprezzo potrà pretendere che l'autore dell'infrazione antitrust lo compensi dei minori profitti conseguiti.

Il comma 3 dell'articolo 10 chiarisce che le disposizioni in tema di *passing-on* contenute nel Capo IV si applicano anche quando la violazione del diritto della concorrenza riguarda una fornitura all'autore della violazione. In tale ipotesi, il pregiudizio economico derivante dalla violazione consiste tipicamente nella riduzione dei prezzi pagati dall'autore della violazione al proprio fornitore; quest'ultimo può a sua volta trasferire la riduzione di prezzo ai propri fornitori sui mercati a monte nella catena di approvvigionamento.

Gli articoli 11 e 12 del decreto legislativo disciplinano, rispettivamente, l'utilizzo della *passing-on defence* da parte del convenuto e del *passing-on* in funzione offensiva da parte degli acquirenti indiretti.

L'eccezione di trasferimento (passing-on defence)

Nelle azioni di risarcimento del danno il convenuto può sollevare l'eccezione dell'avvenuto *passing-on* ma, in armonia con i principi generali dell'ordinamento, ha l'onere di provare il fatto costitutivo dell'eccezione, ossia che l'attore ha trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza. L'articolo 11 del decreto specifica che per assolvere a tale onere probatorio il convenuto può chiedere l'esibizione delle prove da parte dell'attore o di terzi. Emerge quindi chiaramente in questo contesto che lo strumento della *disclosure* può svolgere un ruolo cruciale anche nella strategia difensiva, oltre che a supporto della richiesta dell'attore.

Acquirenti indiretti

Nel caso di azione di risarcimento del danno promossa dall'acquirente indiretto è l'attore a dover dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento del sovrapprezzo, potendo a sua volta anche chiedere l'esibizione di prove da parte del convenuto o di terzi.

L'articolo 12, in linea con la direttiva, sancisce che l'acquirente indiretto gode però, come anticipato, di una agevolazione dell'onere probatorio. Il trasferimento del sovrapprezzo è presunto quando l'acquirente indiretto dimostra che:

- a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
- b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;
- c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione o beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

Le tre condizioni sono cumulative. Nelle azioni di tipo *follow-on*, peraltro, la prima condizione è normalmente soddisfatta con la produzione in giudizio del provvedimento di constatazione dell'infrazione adottato dall'AGCM, secondo quanto disposto dall'articolo 7 del decreto legislativo.

La presunzione non è comunque assoluta: resta la possibilità per il convenuto di dimostrare che il sovrapprezzo non è stato trasferito o non è stato trasferito interamente sull'acquirente indiretto che ha promosso la causa risarcitoria.

Pluralità di azioni

Una questione problematica dell'applicazione del *passing-on* in sede processuale è legata alla possibile pluralità di cause risarcitorie promosse contro l'autore della violazione antitrust da attori che si collocano a livelli diversi della catena di approvvigionamento. A seconda della capacità delle parti di assolvere al rispettivo onere probatorio le varie azioni possono avere esiti non coerenti, dando luogo a una sovrapposizione di risarcimenti per lo stesso danno o, viceversa, sancendo per il convenuto la totale assenza di responsabilità. Per evitare questo scenario la direttiva prevede che, nel valutare se l'onere della prova in tema di *passing-on* è soddisfatto, i giudici possano "tenere debito conto" delle eventuali azioni risarcitorie connesse e delle relative decisioni giudiziarie, nonché delle pertinenti informazioni di dominio pubblico sugli interventi di *public enforcement*. La direttiva stabilisce espressamente che restano impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell'articolo 30 del regolamento (UE) n. 1215/2012⁵⁴. Tale disposizione disciplina l'ipotesi in cui davanti a giudici di diversi Stati membri pendano più cause connesse, intese come cause che

⁵⁴ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

presentano “un collegamento così stretto da rendere opportuna un'unica trattazione e decisione per evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivante da una trattazione separata”, attribuendo al giudice nazionale successivamente adito la facoltà di sospendere il procedimento o, a determinate condizioni, di dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti⁵⁵.

L'articolo 13 del decreto legislativo puntualizza che resta ferma l'applicazione non solo dell'articolo 30 del regolamento (UE) n. 1215/2012, relativo alla pluralità di azioni promosse in diversi Stati membri, ma altresì degli articoli 39 e 40 c.p.c., che definiscono i meccanismi per la trattazione e la decisione congiunta di più cause identiche o connesse proposte dinanzi a diversi uffici giudiziari nazionali⁵⁶.

Per il resto la formulazione dell'articolo 13 ricalca in maniera piuttosto fedele il testo della direttiva 2014/104/UE. In sostanza quindi, al di fuori dei casi in cui operano i meccanismi previsti dal diritto europeo e nazionale per la riunione e la definizione congiunta delle cause identiche o connesse, il giudice chiamato a valutare se è assolto l'onere della prova in materia di trasferimento del sovrapprezzo “può tenere conto delle azioni di risarcimento del danno, anche proposte in altri Stati membri, relative alla medesima violazione del diritto della concorrenza ma promosse da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento e delle decisioni assunte in tali cause. Può, altresì, tenere conto delle informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza e riguardanti il caso specifico”.

Va osservato che la disciplina collega espressamente la possibilità per il giudice di tenere conto della pendenza di altre cause relative alla stessa violazione al compito di “valutare se l'onere della prova previsto dagli articoli 11 e 12 è assolto”. Si tratta più in generale di un'informazione che integra la piattaforma conoscitiva in base alla quale il giudice valuterà le istanze ricevute e le eccezioni sollevate, con l'obiettivo di assicurare il pieno risarcimento dei danni evitando al contempo le sovracompenazioni.

⁵⁵ In particolare, in base al paragrafo 2 dell'articolo 30 del regolamento (UE) 1215/2012, se la causa davanti all'autorità giurisdizionale adita per prima è pendente in primo grado, qualunque altra autorità giurisdizionale può dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti, a condizione che l'autorità giurisdizionale precedentemente adita sia competente a conoscere delle domande proposte e la legge a essa applicabile ne consenta la riunione.

⁵⁶ L'articolo 39 c.p.c. riguarda le due situazioni della litispendenza, che presuppone una perfetta identità tra le azioni, e della continenza di cause, che si ha quando le due cause coincidono per il profilo soggettivo e per la configurazione del rapporto dedotto, ma l'una ha un *petitum* più ampio dell'altra oppure presenta variazioni della *causa petendi*. L'articolo 40 c.p.c. considera invece l'ipotesi in cui vengano proposte davanti a giudici diversi più cause che possono essere decise in un solo processo per ragioni di connessione, ossia in quanto coinvolgono le stesse parti e presentano un elemento oggettivo in comune.

Per identificare le azioni “relative alla medesima violazione” (nel linguaggio della direttiva “connesse alla stessa violazione”) è ragionevole far riferimento al fatto costitutivo della domanda di risarcimento, ossia all’asserita infrazione del diritto della concorrenza da cui derivano i danni lamentati dai vari attori. Nel caso di azioni *follow-on* questo esercizio è agevolato dall’esistenza del provvedimento dell’autorità di concorrenza che constata l’infrazione.

Come osservato dalla relazione illustrativa dello schema di decreto, a livello nazionale la concentrazione delle cause in materia antitrust presso le sezioni specializzate di tre sole sedi giudiziarie dovrebbe contribuire a ridurre la complessità del quadro del contenzioso di cui il giudice deve tenere conto. Più in generale, resta l’esigenza di rafforzare i sistemi informativi a disposizione dei giudici per la ricognizione delle eventuali azioni risarcitorie connesse, anche pendenti, nel territorio dell’Unione europea e delle relative decisioni giudiziarie. Non si può fare leva, al riguardo, solo sull’interesse del convenuto a dare notizia delle azioni risarcitorie promosse per la medesima violazione, in quanto il convenuto potrebbe non essere a conoscenza di cause avviate nei confronti di altri soggetti coinvolti nella violazione che possono rilevare per la valutazione del giudice.

Linee guida per i giudici nazionali

Con riferimento alle ipotesi di *passing-on*, la direttiva sottolinea espressamente l’importanza che i giudici possano compiere una valutazione di tipo equitativo circa la parte del sovrapprezzo che è stata trasferita a livello degli acquirenti indiretti⁵⁷. Inoltre, come ausilio per i giudici nazionali, la direttiva prevede che la Commissione europea emani linee guida “chiare, semplici ed esaustive” in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull’acquirente indiretto⁵⁸.

11 La quantificazione del danno (articolo 14)

Principi generali

⁵⁷ Direttiva, considerando 41, ultimo periodo.

⁵⁸ Direttiva, articolo 16 e considerando 42. Nel dicembre 2016 è stato pubblicato un rapporto intitolato “*Study on the passing-on of overcharges*”, preparato per la Commissione europea da RBB Economics e Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, che dovrebbe costituire un supporto nella redazione delle linee guida (<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>).

La quantificazione del danno, ultimo snodo del giudizio di accoglimento della pretesa risarcitoria, è l'operazione attraverso la quale il pregiudizio subito dall'attore viene tradotto in termini patrimoniali. Sia la direttiva che il decreto legislativo dedicano a questo tema un unico articolo, nel quale però le previsioni sulla determinazione del *quantum* rigorosamente intesa si intrecciano a disposizioni su altri aspetti dell'azione risarcitoria, in particolare quello dell'onere della prova circa l'esistenza del danno.

L'idea di fondo della direttiva è che nelle azioni in materia antitrust dimostrare l'entità del danno attraverso la costruzione dello scenario controfattuale, che si sarebbe presentato in assenza della violazione, può essere costoso e difficile per l'attore⁵⁹. Per evitare che queste difficoltà impediscano al danneggiato di conseguire un pieno risarcimento, la direttiva impegna gli Stati membri anzitutto a garantire che né l'onere della prova né il grado di rilevanza della prova richiesti per la quantificazione del danno rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento e, inoltre, ad assicurare che i giudici abbiano il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno quando è impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con esattezza sulla base delle prove disponibili⁶⁰.

Il sistema di determinazione del danno da illecito extracontrattuale previsto nel nostro ordinamento e applicabile anche in campo antitrust appare già ampiamente conforme alle indicazioni della direttiva. A fini di chiarezza, il decreto legislativo richiama le pertinenti disposizioni del codice civile, stabilendo che "il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile". In sintesi quindi: il risarcimento comprende la perdita subita e il mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta della violazione (art. 1223 c.c.); in caso di concorso del fatto colposo del creditore il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (art. 1227, comma 1, c.c.); il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.). Inoltre, in virtù del richiamo all'articolo 1226 c.c., il giudice procede alla valutazione equitativa se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare. Nella prassi, peraltro, i giudici ordinari hanno esercitato in varie occasioni il potere di liquidare in via equitativa i danni causati dagli illeciti antitrust.

⁵⁹ Direttiva, considerando 45 e 46 ("E' opportuno tenere conto di ogni asimmetria informativa fra le parti e del fatto che quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione. Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica che non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta").

⁶⁰ Direttiva, articolo 17, paragrafo 1.

Presunzione del danno nei casi di cartello

Il secondo comma dell'articolo 14 del decreto legislativo recepisce la norma della direttiva che stabilisce una presunzione relativa circa l'esistenza di un nesso causale tra cartello e danno. Come risulta dai lavori preparatori della direttiva, la scelta (controversa) di introdurre questa presunzione si basa sulla constatazione che in una elevatissima percentuale di casi i cartelli producono un danno. Nell'ottica di agevolare l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento, il legislatore europeo ha ritenuto opportuno tradurre il dato di esperienza in una regola di carattere generale, che lascia comunque spazio alla possibilità per il partecipante al cartello, qualora convenuto in giudizio, di argomentare in senso contrario.

Più in dettaglio, il decreto prevede che l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto della concorrenza consistente in un cartello "si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione".

Si determina in sostanza un'inversione dell'onere probatorio: una volta dimostrato che un cartello è stato posto in essere⁶¹, l'attore è sollevato dall'onere di provare che quel cartello ha prodotto un danno e spetta al convenuto-autore della violazione convincere il giudice del contrario, ad esempio dimostrare che non vi è stato alcun aumento di prezzo a seguito del cartello (cosa che accade tipicamente nell'ipotesi di cartello rimasto privo di attuazione) o che l'aumento di prezzo ha un'altra giustificazione economica.

Dato che i cartelli vengono normalmente accertati in Europa attraverso il canale del *public enforcement*, questa presunzione verrà utilizzata in particolare in azioni *follow-on*, per le quali valgono anche le regole sugli effetti delle decisioni delle autorità di concorrenza di cui all'articolo 7 del decreto legislativo.

Va sottolineato che in ogni caso la presunzione non esonera l'attore dall'onere di provare la specifica lesione subita nella propria sfera giuridica (il titolo al risarcimento) e l'effettivo ammontare del danno subito.

Per le intese restrittive della concorrenza diverse dai cartelli e per gli abusi di posizione dominante non è prevista alcuna inversione dell'onere probatorio: l'esistenza del danno va provata caso per caso sulla base delle regole generali.

L'assistenza dell'Autorità nella quantificazione del danno

⁶¹ Per la definizione di cartello, in questo contesto, cfr. il precedente paragrafo 3 della circolare.

L'ultima previsione dell'articolo 14 del decreto legislativo definisce un particolare profilo del sistema di collaborazione tra giudici e Autorità di concorrenza che rappresenta, come già osservato, uno dei tratti più significativi della nuova disciplina. In base ad essa, "il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno" e l'autorità, salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia del *public enforcement*, presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità indicate dal giudice dopo aver sentito l'autorità medesima.

Il testo definisce in modo chiaro l'oggetto dell'assistenza, che risulta descritto solo sommariamente nel testo della direttiva. Quest'ultimo contiene infatti un riferimento generico a una assistenza sulla "determinazione quantitativa del danno", mentre opportunamente il decreto puntualizza che l'attività di collaborazione si basa su "specifiche richieste" del giudice all'autorità. Un ulteriore elemento di specificazione, rispetto alla direttiva, è dato dall'indicazione dei motivi in base ai quali l'autorità può rifiutare l'assistenza al giudice, ritenendola non appropriata, che sono ricondotti all'esigenza di "salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza".

La formulazione contenuta nel decreto appare funzionale a orientare l'attività di assistenza dell'AGCM ai giudici in sede di quantificazione del danno sulla base di quattro esigenze fondamentali:

- a) la leale collaborazione tra autorità e giudice;
- b) l'indipendenza di giudizio/libera determinazione da parte del giudice in merito alla quantificazione del danno;
- c) l'efficiente allocazione delle risorse, comunque limitate, che l'ordinamento destina al *public enforcement* delle regole di concorrenza; in questa prospettiva, l'azione dell'AGCM dovrebbe concentrarsi sui compiti di interesse pubblico rispetto ai quali l'Autorità non ha sostituti (o non ha sostituti altrettanto efficienti), quali ad esempio la scoperta dei cartelli, l'accertamento delle violazioni complesse, lo sviluppo di una politica sanzionatoria in funzione di deterrenza, il ruolo di *guidance* nei confronti delle imprese e di *competition advocacy* nei confronti del legislatore e delle pubbliche amministrazioni;
- d) le garanzie del giusto processo, in base alle quali le parti devono avere (o devono avere avuto) la possibilità di esprimere la loro posizione rispetto a

elementi introdotti nel processo che possono influire sulla valutazione del giudice.

Gli accorgimenti presenti nel decreto dovrebbero essere sufficienti ad assicurare una chiara distinzione tra il ruolo dell'AGCM e quello del consulente tecnico d'ufficio, evitando che l'Autorità venga distolta dalle sue funzioni istituzionali per dedicarsi ad attività rispetto alle quali già esiste nell'ordinamento una specifica copertura, accompagnata da consolidate garanzie volte ad assicurare il giusto processo. La relazione illustrativa del decreto ricorda che ai fini della stima concreta del danno il giudice ha la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico secondo le regole generali di cui agli articoli 61 e 191 c.p.c.: sembra così confermato che l'assistenza dell'Autorità ha una funzione integrativa dell'assetto vigente.

Alla luce dei principi richiamati, le richieste di assistenza all'AGCM possono risultare appropriate quando in ragione di circostanze oggettive l'Autorità è in grado di dare un valore aggiunto rispetto a un CTU; l'articolo 14, comma 3, potrebbe costituire a questo fine uno strumento ulteriore che si aggiunge all'articolo 213 c.p.c.⁶² In particolare, ai fini della determinazione del danno risarcibile nelle azioni *follow-on* l'Autorità può anche fornire chiarimenti sulla parte del provvedimento diversa dall'accertamento dell'infrazione e sui documenti inclusi nel fascicolo laddove siano stati acquisiti al processo; in ragione dell'attività svolta, l'Autorità può avere particolari conoscenze sul funzionamento di un mercato o di un settore. L'Autorità può inoltre coadiuvare agevolmente il giudice a fronte di specifiche richieste riguardo agli orientamenti sulla liquidazione del danno a seguito degli orientamenti generali sulla quantificazione del danno da violazione antitrust illustrati dalla Commissione europea attraverso una Guida pratica del 2013 proprio in funzione di supporto ai giudici nazionali e ai soggetti coinvolti in azioni risarcitorie⁶³.

Per quanto riguarda il possibile impatto sull'attività di *public enforcement*, si può ipotizzare, ad esempio, che l'autorità possa legittimamente sottrarsi all'assistenza richiesta quando sul caso oggetto della controversia è in corso un procedimento istruttorio.

Il decreto rimette al giudice il compito di determinare, sentita l'autorità, le forme e le modalità in cui dovrà essere prestata l'assistenza, compreso presumibilmente il termine entro cui dovrà essere fornito il contributo richiesto.

⁶² In base all'articolo 213 c.p.c. fuori dei casi previsti dagli articoli 210 e 211 il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo.

⁶³ GUUE C 167 del 13 giugno 2013.

Va osservato che mentre per il parere dell'AGCM sulla proporzionalità della richiesta di esibizione il decreto legislativo dispone l'inserimento nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 c.p.c., per le osservazioni sulla quantificazione del danno manca una espressa previsione di richiamo alle disposizioni del codice di rito. Non è chiaro quindi con quali modalità verrà assicurata alle parti la possibilità di conoscere le indicazioni rese al giudice dall'AGCM e di esercitare eventualmente il contraddittorio.

12 La composizione consensuale delle controversie (articoli 15 e 16)

Il Capo VI del decreto legislativo è dedicato alla composizione consensuale delle controversie. Come noto, negli ultimi anni si è andata consolidando a livello europeo una speciale attenzione verso gli strumenti di *alternative dispute resolution*, che favoriscono la deflazione del contenzioso giudiziario e contribuiscono così a rendere più efficiente l'amministrazione della giustizia. La direttiva 2014/104/UE contiene norme volte a facilitare e incoraggiare il ricorso a tali strumenti anche con riferimento alle controversie per il risarcimento dei danni causati da violazioni antitrust, auspicando che la composizione consensuale interessi il maggior numero possibile di soggetti danneggiati e di autori di violazioni consentito dall'ordinamento⁶⁴. Più specificamente, la direttiva disciplina gli effetti della composizione consensuale delle controversie (sulla prescrizione, sul corso dell'eventuale azione già instaurata e sulla quantificazione della sanzione da parte dell'autorità di concorrenza) e pone a favore dell'autore della violazione che abbia raggiunto una transazione consensuale con il soggetto danneggiato una serie di temperamenti al regime ordinario della responsabilità solidale tra coautori.

Nel recepire la direttiva, il decreto legislativo provvede anzitutto a individuare, mediante il rinvio a specifiche fonti normative, quali sono nel nostro ordinamento i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie suscettibili di applicazione ai fini del risarcimento del danno da violazione antitrust (art. 2, lettera s). Si tratta, rispettivamente:

- del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;

⁶⁴ Direttiva, considerando 48.

- della procedura di negoziazione assistita di cui al capo II del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162;
- delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra professionisti e consumatori di cui al titolo II-*bis* della parte V del Codice del consumo;
- dei procedimenti di arbitrato di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.

Per ciascuno di questi procedimenti esistono nell'ordinamento disposizioni che equiparano l'atto introduttivo⁶⁵ alla domanda giudiziale per quanto riguarda gli effetti sulla prescrizione. In sostanza, l'avvio del procedimento di risoluzione stragiudiziale della controversia comporta l'interruzione della prescrizione. Trattandosi di un'impostazione che soddisfa le esigenze indicate dalla direttiva⁶⁶, il decreto legislativo si limita a richiamare a fini di chiarezza le disposizioni pertinenti (art. 15, comma 1).

Per quanto riguarda gli effetti della procedura stragiudiziale sul giudizio in corso, il comma 2 dell'articolo 15 introduce un'ipotesi di sospensione facoltativa: il giudice, su istanza delle parti, può sospendere sino a due anni il processo pendente per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza quando le medesime parti hanno fatto ricorso a una procedura di composizione consensuale della controversia. Se la conciliazione non riesce, il processo deve essere riassunto nel termine perentorio di trenta giorni dalla formalizzazione della mancata conciliazione. Questa disciplina si applica "fatte salve le disposizioni in materia di arbitrato". Come noto, infatti, l'arbitrato si distingue dalle procedure di composizione amichevole per il fatto che le parti demandano all'arbitro la decisione della controversia e quindi non può verificarsi l'ipotesi di mancata risoluzione.

Naturalmente, nel caso di insuccesso della procedura conciliativa e conseguente riassunzione del processo, la sospensione si traduce di fatto in un allungamento dei tempi della causa dinanzi al giudice. Per opportune esigenze di coerenza del sistema, il decreto legislativo prevede al riguardo che il periodo di sospensione non sia computato ai fini della valutazione della ragionevole durata del processo e

⁶⁵ Si tratta, rispettivamente, della domanda di mediazione, dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita o della sottoscrizione della convenzione, della domanda presentata all'organismo ADR ai sensi del Codice del consumo e della domanda di arbitrato.

⁶⁶ La direttiva richiede agli Stati membri di assicurare che il termine di prescrizione per intentare l'azione risarcitoria sia sospeso per la durata del procedimento di composizione consensuale della controversia.

dell'eventuale diritto all'equa riparazione previsto dall'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.

La disponibilità del responsabile di una violazione antitrust a partecipare a una procedura di composizione consensuale della controversia con il danneggiato può comportare un beneficio anche sul piano del *public enforcement*. In base all'articolo 15, comma 4 del decreto legislativo, infatti, l'AGCM può considerare ai fini dell'irrogazione della sanzione il risarcimento effettuato dall'autore della violazione a seguito di composizione consensuale e prima della decisione della stessa autorità. Va sottolineato che le Linee guida dell'AGCM sui criteri di quantificazione delle sanzioni, adottate nel 2014, già includono tra le circostanze attenuanti quella consistente nell'aver adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione e/o prevedendo e attuando, spontaneamente o nel contesto di una transazione consensuale conclusa precedentemente alla decisione di accertamento dell'infrazione, misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito⁶⁷.

L'articolo 16 disciplina gli effetti della composizione consensuale delle controversie sulle successive azioni risarcitorie. Nel caso di infrazioni antitrust commesse da più soggetti può infatti accadere che solo alcuni dei coautori abbiano raggiunto un accordo stragiudiziale con la parte lesa e si tratta di stabilire l'impatto di questa circostanza sia sull'entità del restante danno risarcibile sia sui rapporti interni tra i diversi coautori.

Per il primo profilo è previsto che il soggetto danneggiato che ha partecipato a un accordo che compone la controversia⁶⁸ non può, nelle successive azioni risarcitorie, chiedere ai coautori che non hanno partecipato all'accordo la parte di danno imputabile al coautore che vi ha partecipato. In sostanza, l'ammontare complessivo del risarcimento deve essere decurtato dell'importo che corrisponde al danno causato

⁶⁷ Cfr. il punto 23 delle Linee guida sulla modalità di applicazione delle sanzioni, cit. Per un'illustrazione delle Linee guida si rinvia alla circolare Assonime n. 18/2015.

⁶⁸ Nella nozione di "accordo che compone la controversia" rientrano a norma dell'articolo 2, lettera t, del decreto legislativo: l'accordo amichevole di definizione della controversia raggiunto mediante il procedimento di mediazione, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita, l'accordo amichevole raggiunto mediante il procedimento di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra professionisti e consumatori nonché la determinazione contrattuale con cui è definita la controversia nell'arbitrato irrituale di cui all'articolo 808-ter c.p.c.. Per espressa previsione, tuttavia, le disposizioni dell'articolo 16 si applicano "anche quando il procedimento di composizione consensuale della controversia è definito con la pronuncia del lodo di cui al capo IV del Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile", che certamente non è assimilabile a una forma di accordo tra le parti in lite (cfr. art. 16, comma 5, del decreto legislativo).

all'attore dal coautore che ha preso parte all'accordo. Va sottolineato che, come emerge chiaramente dal considerando 51 della direttiva, l'importo scomputabile non coincide necessariamente con quello in concreto ottenuto in via stragiudiziale dal soggetto leso.

Per il secondo profilo viene sancita la "regola del non-contributo": i coautori che non hanno partecipato all'accordo che compone la controversia non hanno regresso nei confronti dei coautori che vi hanno partecipato per la parte di danno a questi imputabile. Per chi ha pagato un risarcimento in via stragiudiziale viene meno, quindi, il principio della responsabilità solidale con gli altri soggetti cui è imputabile l'illecito. Questo sistema incontra però un'eccezione volta a garantire che il danneggiato ottenga il pieno risarcimento del danno subito. A norma del comma 3 dell'articolo 16, quando i coautori della violazione che non hanno partecipato all'accordo di composizione della controversia sono insolventi, il danneggiato può chiedere il risarcimento ai coautori che hanno partecipato all'accordo, detratta comunque la parte di danno ad essi imputabile (già corrisposta in base all'accordo stragiudiziale). La disposizione in esame fa salva la possibilità che le parti partecipanti all'accordo che compone la controversia abbiano espressamente escluso il coinvolgimento di chi ha aderito all'accordo nel risarcimento del danno residuo.

Infine, l'articolo 16 prende in considerazione la situazione in cui i coautori non partecipanti all'accordo abbiano risarcito dei soggetti danneggiati a loro volta estranei all'accordo e intendano rivolgersi ai coautori aderenti all'accordo in sede di regresso. Come sottolineato dalla direttiva, occorre evitare che l'importo del risarcimento complessivamente gravante sui coautori che hanno partecipato all'accordo ecceda la loro responsabilità relativa per il danno causato dalla violazione. Per realizzare questo obiettivo, è previsto che nel determinare la misura del regresso a cui è tenuto il coautore partecipante all'accordo verso gli altri coautori della violazione, fermo restando quanto disposto dall'articolo 2055, secondo comma, del codice civile (ossia ferma restando l'applicazione dei criteri ordinari della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate), il giudice "tiene conto del risarcimento corrisposto dal predetto coautore interessato nell'ambito di un accordo che compone la controversia concluso in precedenza".

13 Il superamento del principio della barriera unica

Il primo dei criteri di delega contenuti nella legge n. 114/2015 in relazione al recepimento della direttiva 2014/104/UE ha comportato un intervento sull'articolo 1 della legge n. 287/1990, volto a superare il principio cosiddetto della 'barriera unica' per la determinazione delle norme applicabili alle fattispecie rilevanti sotto il profilo concorrenziale.

Nella sua formulazione originaria l'articolo 1, comma 1, della legge n. 287/1990 stabiliva che le norme nazionali in materia di concorrenza fossero applicate alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni che non rientrassero nell'ambito di applicazione delle corrispondenti previsioni di diritto europeo contenute nei Trattati, nei regolamenti e negli atti con efficacia normativa equiparata.

Per le concentrazioni è la stessa disciplina europea a non ammettere l'applicazione parallela delle disposizioni del regolamento (CE) n. 139/2004 e delle norme nazionali a tutela della concorrenza. Ricordiamo infatti che le operazioni di 'dimensione comunitaria', in cui il fatturato delle imprese coinvolte supera determinate soglie, sono soggette all'applicazione del regolamento n. 139/2004 e alla competenza della Commissione e, secondo un approccio *'one stop shop'*, gli Stati membri possono vietare concentrazioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento solo per proteggere interessi diversi dalla tutela della concorrenza e compatibili con i principi e le disposizioni del Trattato. Per le concentrazioni che non sono di dimensione comunitaria, resta la possibilità di applicazione delle norme di concorrenza degli Stati membri nella misura in cui ricorrano i presupposti stabiliti da ciascun ordinamento. Per le operazioni di concentrazione, quindi, la previsione della barriera unica nell'articolo 1, comma 1, della legge n. 287/1990 risultava pleonastica.

Con riferimento alle intese e agli abusi di posizione dominante, invece, per le ipotesi che rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE l'ordinamento europeo rimette agli Stati membri la scelta tra l'applicazione esclusiva delle norme del Trattato o un sistema di applicazione parallela delle norme europee e nazionali⁶⁹. Il

⁶⁹ Rimane preclusa la possibilità di applicare alle fattispecie che rientrano nel campo di applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE solo le norme nazionali. L'articolo 3 del regolamento (CE) n. 1/2003, infatti, dispone che le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza a intese che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, sono tenute ad applicare anche l'articolo 101 del TFUE; analogamente le autorità o i giudici nazionali, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad abusi di posizione dominante vietati dall'articolo 102 del TFUE, sono tenuti ad applicare anche l'articolo 102.

criterio della barriera unica originariamente adottato nella legge n. 287/1990 aveva quindi un impatto pratico, assegnando alle disposizioni nazionali una funzione meramente residuale, nelle ipotesi in cui non fosse soddisfatto il requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri previsto per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Questa regola di diritto interno ha finora implicato la necessità di valutare caso per caso se fosse soddisfatto il presupposto del pregiudizio al commercio tra Stati membri al fine di scegliere la base giuridica, europea o nazionale, nei casi di intesa o di abuso di posizione dominante. Il quadro era completato da due previsioni sul raccordo tra l'attività dell'AGCM e la Commissione europea: in base al secondo comma dell'articolo 1 l'AGCM, qualora avesse ritenuto che la fattispecie al suo esame non ricadesse nell'ambito di applicazione della normativa nazionale, era tenuta a informare la Commissione europea, trasmettendo tutte le informazioni in suo possesso; in base al comma 3, per le fattispecie in relazione alle quali risultasse già iniziata una procedura presso la Commissione, l'AGCM era tenuta a sospendere l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale⁷⁰.

In linea generale, il sistema della barriera unica aumentava i profili per i quali le decisioni dell'AGCM in materia di intese e di abusi potevano essere oggetto di ricorso davanti al giudice amministrativo, in relazione all'individuazione della base giuridica applicabile alla singola fattispecie e quindi, in particolare, alla sussistenza di un pregiudizio al commercio transfrontaliero. Il legislatore ha quindi colto l'occasione del recepimento della direttiva 2014/104/UE per passare a un diverso modello, nel quale l'AGCM applica “anche parallelamente in relazione a uno stesso caso” gli articoli 101 e 102 TFUE e gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990 in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante⁷¹.

E' da notare che l'articolo 1 non menziona l'articolo 4 della legge n. 287/1990 tra le disposizioni nazionali suscettibili di applicazione parallela con le disposizioni europee, mentre guardando alle definizioni contenute nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 3/2017 è chiaro che tale possibilità non è preclusa. La nozione di ‘diritto della concorrenza’ include infatti anche le “disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003”.

⁷⁰Sul coordinamento tra l'attività dell'autorità nazionale di concorrenza e quella della Commissione, cfr. le disposizioni del regolamento (CE) n. 1/2003.

⁷¹ Cfr. il nuovo articolo 1, comma 2 della legge n. 287/1990.

Si può ritenere che le due formulazioni non siano tra loro in contrasto, in quanto l'articolo 4 della legge n. 287/1990 non è una disposizione sostanziale autonoma, ma solo una possibile deroga da parte dell'AGCM all'applicazione dell'articolo 2 che vieta le intese anticoncorrenziali, sulla base di criteri ispirati all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

Comunque, qualora l'Autorità intendesse applicare in parallelo all'articolo 101 TFUE anche l'articolo 4 della legge n. 287/1990, da un lato dovrebbe rispettare rigorosamente il vincolo di risultato derivante dal primato del diritto comunitario (non può essere autorizzata in base alla legge nazionale un'intesa che sarebbe vietata in base al diritto europeo), dall'altro dovrebbe tenere conto che attualmente il regolamento n. 1/2003 non consente alle autorità nazionali di adottare decisioni 'positive' in applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE⁷².

La situazione potrebbe cambiare se una futura revisione del regolamento n. 1/2003 consentisse anche alle autorità nazionali di concorrenza, e non solo alla Commissione europea, di adottare decisioni di constatazione di inapplicabilità del divieto delle intese restrittive della concorrenza perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. In tale scenario, vi sarebbero minori problemi in relazione a una possibile applicazione parallela dell'articolo 4 della legge n. 287/1990.

Sintetizzando, con il decreto legislativo n. 3/2017 la struttura dell'articolo 1 della legge n. 287/1990 è stata radicalmente trasformata. Il primo comma non riguarda più i rapporti tra la normativa nazionale e quella europea ma solo l'oggetto della disciplina. Il secondo comma prevede la possibilità dell'applicazione parallela degli articoli 101 e 102 TFUE e delle disposizioni della legge nazionale. Sono state soppresse le previsioni relative all'obbligo informativo dell'AGCM nei confronti della Commissione europea e alla sospensione obbligatoria del procedimento: per il coordinamento tra l'attività dell'autorità nazionale di concorrenza e quella della Commissione restano direttamente applicabili le disposizioni del regolamento (CE) n.1/2003. Rimane invece immutato il comma 4 dell'articolo 1, secondo il quale l'interpretazione delle norme

⁷² Il potere di adottare decisioni "positive", con cui viene constatata l'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 101 TFUE perché non sono soddisfatte le condizioni del paragrafo 1 oppure perché sono soddisfatte le condizioni del paragrafo 3, è previsto dal regolamento (CE) n. 1/2003 unicamente per la Commissione europea (articolo 10). Le autorità nazionali possono adottare in applicazione dell'articolo 101 TFUE solo le decisioni indicate dall'articolo 5 del regolamento (ordine di cessazione delle infrazioni, adozione di misure cautelari, accettazione di impegni, irrogazione di ammende); qualora in base alle informazioni di cui dispongono non sussistano le condizioni per un divieto, le autorità nazionali possono adottare una decisione con cui constatano di non avere motivo di intervenire.

sostanziali del Titolo I della legge n. 287/1990 è effettuata in base ai principi dell'ordinamento dell'Unione europea in materia di disciplina della concorrenza⁷³.

14 La revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa

Dal 2012 nel nostro ordinamento il *private enforcement* delle regole antitrust europee e nazionali è attribuito alla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa ('tribunale per le imprese'), che sono state istituite con il decreto legislativo 7 giugno 2003, n. 168 e avevano originariamente una missione focalizzata sulla proprietà industriale e sul diritto d'autore.

La competenza in materia antitrust riguarda:

- le controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge n. 287/1990 (art. 3, comma 1, lettera c, del decreto legislativo n. 168/2003);
- le controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea (articolo 3, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 168/2003)⁷⁴.

⁷³ Riportiamo per comodità il testo dell'attuale articolo 1 della legge n. 287/1990, evidenziando le modifiche che sono state apportate:

"1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese ~~che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata.~~

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, di seguito denominata Autorità, **applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.** ~~qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1, ne informa la Commissione delle Comunità europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso.~~

3. ~~Per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione delle Comunità europee in base alle norme richiamate nel comma 1, l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale.~~

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza."

⁷⁴ Cfr. l'articolo 2 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Sul tema si rinvia alla circolare Assonime n. 19/2012.

La riforma del 2012 ha comportato un ampliamento del numero delle sezioni specializzate, che inizialmente erano dodici. Vi sono oggi ventidue sezioni specializzate in materia di impresa, presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni Regione, con l'eccezione di Lombardia, Sicilia e Trentino Alto Adige (dove esistono due sedi) e della Valle d'Aosta (in cui non vi sono sedi poiché la competenza spetta a Torino)⁷⁵.

Per il diritto antitrust è presto emerso che in molte di queste sedi il numero delle controversie non era sufficiente ad assicurare un'effettiva esperienza in capo al giudice ed è stata suggerita l'opportunità di una maggiore concentrazione delle competenze⁷⁶. Nella legge delega per il recepimento della direttiva 2014/104/UE questa istanza è stata accolta, includendo tra i criteri di delega la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa "concentrando le controversie relative alle violazioni disciplinate dal decreto di attuazione della direttiva 2014/104/UE presso un numero limitato di uffici giudiziari individuati in relazione al bacino di utenza e alla proporzionata distribuzione sul territorio nazionale".

In attuazione di tale criterio di delega, con il decreto legislativo n. 3/2017 è stato inserito nell'articolo 4 del decreto legislativo n. 168/2003 un comma 1-ter che affida alle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli la competenza inderogabile a trattare le controversie in materia antitrust di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c e d del medesimo decreto legislativo n. 168/2003.

In sintesi, per il *private enforcement* del diritto antitrust vengono individuati tre insiemi di uffici giudiziari e per ciascuno di essi una sezione specializzata di riferimento⁷⁷: le controversie che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate da un determinato ufficio giudiziario sono attribuite alla competenza della corrispondente

⁷⁵ Le città in cui sono presenti le sezioni specializzate sono Ancona, Bari, Bologna, Bolzano, Brescia, Cagliari, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Roma, Torino, Trento, Trieste, Venezia.

⁷⁶ Cfr. G. Bruzzone, A. Saija, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 257-264.

⁷⁷ La sezione specializzata in materia di impresa di Milano è competente per le controversie che spetterebbero agli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata); la sezione specializzata in materia di impresa di Roma è competente per le controversie che spetterebbero agli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata); la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli è competente per le controversie che spetterebbero agli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria.

sezione specializzata (Milano, Roma o Napoli) individuata dalla norma. Per espressa previsione, la concentrazione presso le tre sezioni specializzate riguarda anche le controversie per le quali ricorrano i presupposti del comma 1-*bis* dell'articolo 4, ossia le controversie in materia antitrust nelle quali è parte una società con sede all'estero (e che per questa caratteristica sarebbero già assoggettate, in base alla regola generale del comma 1-*bis*, ad accorpamento presso un sottoinsieme di undici sezioni specializzate).

Va sottolineato che opportunamente la formulazione del nuovo comma 1-*ter* non si limita a considerare le controversie per il risarcimento dei danni causati dalle violazioni antitrust ma fa riferimento a tutte le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c e d. Pertanto, l'intero *private enforcement* del diritto della concorrenza, inclusi le azioni di nullità e i ricorsi intesi a ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alle violazioni antitrust, ricade nella competenza inderogabile delle sole sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.

La concentrazione interessa anche le azioni di classe in materia antitrust. Al riguardo, è opportuno ricordare che il nostro ordinamento ha scelto di limitare il novero degli uffici giudiziari dinanzi ai quali possono essere promosse le azioni di classe. In base all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, infatti, possono essere investiti delle azioni di classe solo undici tribunali (Torino, Venezia, Roma, Firenze, Milano, Genova, Bologna, Bari, Napoli, Palermo, Cagliari), ossia quelli dei capoluoghi di regione con alcuni accorpamenti tra regioni contigue. Poiché in tutti questi undici fori esiste, in base al decreto legislativo n. 168/2003, una sezione specializzata per l'impresa, le azioni di classe antitrust sono normalmente assegnate a tale sezione. Per effetto del nuovo decreto legislativo tutte le controversie in materia antitrust, comprese quelle instaurate a seguito dell'esercizio di un'azione di classe, spetteranno alla competenza inderogabile delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.

15 Il regime transitorio

La direttiva 2014/104/UE richiede agli Stati membri di assicurare che le misure nazionali adottate in attuazione delle disposizioni sostanziali non si applichino retroattivamente. Inoltre in base alla direttiva gli Stati membri devono assicurare che le misure di recepimento relative alle altre disposizioni, ossia alle disposizioni di natura procedurale, non si applichino alle azioni risarcitorie avviate prima del 26 dicembre

2014. Per le azioni avviate dal 26 dicembre 2014 in poi, gli Stati membri restano liberi di scegliere se applicare o meno le nuove previsioni di natura procedurale anche alle azioni in corso al momento dell'entrata in vigore della normativa di recepimento.

Nel nostro ordinamento, mentre per le disposizioni sostanziali non è ammessa l'applicazione retroattiva, secondo quanto sancito dall'articolo 11, comma 1, delle disposizioni preliminari al codice civile, per le disposizioni procedurali vige come noto il principio generale '*tempus regit actum*', in base al quale la legge processuale applicabile è quella del momento in cui avviene lo specifico adempimento e quindi le nuove norme procedurali dovrebbero interessare tutte le azioni in corso al momento della loro entrata in vigore. Di frequente, tuttavia, per favorire un adattamento progressivo del sistema, i provvedimenti in tema di disciplina del processo contengono una deroga al principio generale richiamato, ossia limitano l'applicazione delle nuove disposizioni alle azioni avviate a partire da una certa data, che è solitamente identificata con quella dell'entrata in vigore del provvedimento. Il decreto legislativo n. 3/2017 si discosta da questa tendenza, scegliendo l'opzione di rendere applicabili alcune disposizioni procedurali alle azioni avviate dopo il 26 dicembre 2014 e non solo a quelle avviate dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo stesso. L'articolo 19 stabilisce, infatti, che ai fini dell'applicazione temporale del decreto "gli articoli 3, 4, 5, 15, comma 2, quali disposizioni procedurali, si applicano ai giudizi di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza promossi successivamente al 26 dicembre 2014".

Per evitare dubbi interpretativi, opportunamente le disposizioni procedurali che si applicano anche alle azioni in corso purché avviate dopo il 26 dicembre 2014 sono state identificate in modo puntuale: si tratta delle previsioni sull'ordine di esibizione, sull'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, sui limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e sulla sospensione del processo in caso di avvio di una procedura di composizione processuale della controversia.

Il Direttore Generale

Micossi