

Risarcimento del danno da illecito antitrust in europa e in italia: evoluzione normativa- giurisprudenziale e cenni comparatistici

Autore: Camilla Cellupica

In: Diritto civile e commerciale

Sommario: 1. Brevi cenni sulla tutela della concorrenza in Europa ante Direttiva 2014/104/UE - 2. La tutela della concorrenza in America - 3. La tutela della concorrenza in Italia ante Direttiva 2014/104/UE - 4. La Direttiva 2014/104/UE - 5. La disciplina italiana di recepimento della Direttiva: il decreto legislativo 3/2017 - 6. Considerazioni conclusive

Brevi cenni sulla tutela della concorrenza in Europa ante Direttiva 2014/104/UE

La concorrenza è quella situazione di mercato in base alla quale le imprese competono alle medesime condizioni, gli acquirenti hanno libera scelta e nessuno può influenzare unilateralmente le altrui contrattazioni mediante le proprie decisioni.

Nel panorama europeo, la concorrenza ha rivestito ab origininis un ruolo preminente, essendo stata canonizzata già all'interno del Trattato CEE[1] nell'art.3, lettera f), che disponeva la creazione di "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno".

Con l'evolversi della Comunità europea ed il passaggio all'Unione, la suddetta previsione ha trovato patria anche all'interno del Trattato di Maastricht[2], salvo poi "emigrare", col Trattato di Lisbona[3], nel 27° Protocollo allegato al TUE.

Questa sorta di "decostituzionalizzazione" del principio della concorrenza, passato dalla posizione regina di principio introduttivo all'interno del Trattato di Roma ad appendice del TUE, non deve trarre in inganno: è cambiata la tassonomia ma non la sostanza.

Fermo restando che i Protocolli allegati ai Trattati sono dotati della stessa efficacia giuridica dei Trattati, il Protocollo 27, dedicato al mercato ed alla concorrenza, specifica come il principio della concorrenza debba essere inteso come elemento immanente ed imprescindibile per la realizzazione degli obiettivi del mercato unionale[4].

Si ricorda che la concorrenza è materia esclusiva dell'UE, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ed i relativi poteri d'intervento sono affidati alla Commissione. Dal punto di vista delle tutele, già negli anni '70 (con la sentenza BRT c/ Sabam, 30 gennaio 1974)[5] la Corte di Giustizia aveva riconosciuto ai privati la possibilità di agire in giudizio, dinnanzi al giudice nazionale, per il risarcimento dei danni subiti per la violazione delle norme sulla concorrenza (prima artt. 85 e 86 Trattato CEE, oggi artt. 101 e 102 TFUE), chiarendo come tale possibilità fosse garantita dalla stessa efficacia diretta[6] di tali norme.

Di fatto, possedendo queste i caratteri della chiarezza, precisione ed incondizionalità, esse erano idonee a creare diritti ed obblighi direttamente e utilmente in capo ai singoli (persone fisiche o giuridiche), senza alcuna necessità d'intercessione da parte dello Stato.

La posizione assunta dalla Corte ha avuto portata dirompente.

Nella prassi, tuttavia, questo sistema di tutele, noto anche come private enforcement, è rimasto per anni uno strumento minoritario, lasciando, invece, ampio raggio d'azione al public enforcement, ovvero alle azioni promosse dalle Autorità antitrust nazionali[7].

Solo negli anni Duemila si è assistito ad un giro di vite a seguito di una pronuncia storica della Corte di Giustizia: la sentenza *Courage c/ Crehan*[8].

Quest'ultima, oltre a ribadire l'efficacia diretta degli artt. 101 e 102 TFUE ed il diritto di agire in giudizio a chiunque venga leso dalla violazione di tali norme, ha esplicitamente incluso il private enforcement tra gli strumenti necessari ad una corretta gestione della concorrenza a livello comunitario.

Nel 2003, con il **Regolamento CE 1/2003**[9], la Comunità europea ha compiuto un ulteriore upgrade nell'incentivazione del private enforcement.

In quegli anni, la Commissione europea era oberata di lavoro ed aveva già parzialmente esaurito la sua funzione di promotore di aspetti collegati alla politica di concorrenza (come il completamento del mercato unico), cosicché, con il suddetto Regolamento si è optato a favore di un decentramento del potere della Commissione a favore delle Autorità nazionali antitrust, riconoscendo alle giurisdizioni nazionali il ruolo di applicare gli artt. 85-86 del Trattato (oggi artt.101-102 TFUE) e di tutelare i diritti soggettivi, garantiti ai privati dalla legislazione comunitaria, quando danneggiati da condotte lesive della concorrenza.

Ulteriore passo avanti è stato compiuto poi dalla sentenza *Manfredi* (13 luglio 2006)[10], emanata a

seguito di un rinvio pregiudiziale proposto dal Giudice di Pace di Bitonto, la quale ha puntualizzato che il risarcimento dei danni da infrazione di norme sulla concorrenza si compone sia del danno reale (*damnum emergens*) che del mancato guadagno (*lucrum cessans*) nonché del pagamento degli interessi.

In questo panorama di grande favor per il modello americano del private enforcement, la Commissione europea ha però in seguito promosso alcune iniziative che hanno rappresentato una sorta di cambio di rotta dalle intenzioni iniziali: il **Libro Verde**[11], del 2005, ed il **Libro Bianco**[12] del 2008.

La Commissione, invero, aveva inizia a guardare al private enforcement come uno strumento che sottraeva al suo ruolo potere e centralità: per tale motivo, nei suddetti provvedimenti la prospettiva della deterrenza del risarcimento danni da illecito antitrust, tipicamente statunitense, viene gradualmente abbandonata in favore di quella compensativa.

Ai due Libri ha fatto seguito poi la presentazione di un disegno di Direttiva, ritirato in un primo momento per contrasti tra gli Stati Membri, e poi ripresentato il 26 novembre 2014 (cd. "Direttiva danni").

Volume consigliato

La tutela della concorrenza in America

Gli Stati Uniti d'America, insieme al Canada, sono stati gli antesignani del diritto antitrust. Già sul finire dell'800, al fine di combattere i grandi cartelli nel campo petrolifero, commerciale ed agricolo, si fece forte l'esigenza di assicurare un potere di negoziazione anche alla middle class. Nel 1890 venne emanato lo **Sherman Act**[13], con cui vennero introdotti i primi divieti relativi a cartelli e monopoli tra Stati Uniti e Paesi terzi, assieme alla regola dei cd. "treble damages".

Tale norma consentiva a coloro che agissero in giudizio, lamentando una violazione del diritto della concorrenza, di ottenere il triplo dei danni subiti.

Il risarcimento da condotta anticoncorrenziale, dunque, veniva inteso non solo nell'ottica di compensazione, onde ristorare il pregiudizio subito, ma anche in una prospettiva di deterrenza.

Sebbene fortemente acclamato dalla realtà socioeconomica del tempo, presto lo Sherman Act si rivelò troppo lacunoso e suscettibile di antipodiche ermeneusi, cosicché, nel 1914 vennero emanati ad integrazione due nuovi provvedimenti: il **Clayton Act** ed il **Robinson Act**.

Il primo confermava la regola dei treble damages, focalizzandosi maggiormente sulle operazioni di

concentrazione e prevedendo il divieto assoluto di realizzazione di fusioni mediante l'acquisizione di beni ed azioni, mentre il secondo ricomprendeva nell'alveo delle condotte monopolistiche anche le discriminazioni di prezzo operate dal venditore.

Ancora oggi, negli Stati Uniti d'America, le azioni risarcitorie da parte dei privati sono la preponderanza assoluta e la regola dei treble damages è ancora vigente.

Indubbiamente, i motivi per cui il private enforcement riscuote tanto successo negli Usa è da ascrivere anzitutto alla possibilità dei ricorrenti di agire tramite class action.

Si tratta di uno strumento processuale perfettamente calzante all'esperienza antitrust, considerato che spesso i danni cagionati da chi agisce violando le norme sulla concorrenza sono "polverizzati", ovvero si ripercuotono su una pluralità enorme di danneggiati che, presi singolarmente, non avrebbero interesse ad affrontare i costi di un giudizio.

In secondo luogo, sovente il soggetto che agisce con una condotta anticoncorrenziale è un'impresa strutturata, di grandi dimensioni, il più delle volte una multinazionale, e ciò, se non si potesse ricorrere allo strumento della class action, potrebbe scoraggiare fortemente il danneggiato dall'azionare la propria pretesa in giudizio.

Altre agevolazioni strutturali del processo americano, tra cui il "contingency fees" (patto di quota lite) e la cd. "discovery" (obbligo delle parti di "svelare" ogni documento, favorevole o sfavorevole, attinente alla causa) rappresentano buoni input per il private enforcement.

Solo residualmente, invece, è l'Autorità antitrust federale, la Federal Trade Commission, o l'Antitrust Division del dipartimento di Giustizia ad aprire una controversia.

La tutela della concorrenza in Italia ante Direttiva 2014/104/UE

L'ordinamento italiano ha varato la prima legge[14] sulla concorrenza nel 1990, istituendo la AGCM[15] (Autorità garante della concorrenza e del mercato), alla quale sono oggi riconosciuti poteri di vigilanza e controllo della concorrenza e dei mercati, poteri di attribuire alle imprese che lo richiedano il rating di legalità, poteri sanzionatori e di adozione di misure cautelari, in caso di rischi di danni gravi e irreparabili alla concorrenza.

L'importanza di una tutela antitrust interna, oltre che comunitaria, è stata evidenziata anche dalla Corte

costituzionale con la sentenza n. 14/2004, nella quale si è ribadito come “dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza” e che “costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere insita soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino [...], ma anche in quell’accezione dinamica [...] che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”.

In particolare, si segnala che l’art. 33[16], comma 2, della L. 287/1990 ha rappresentato sino al 2014 l’unico fondamento giuridico delle azioni risarcitorie antitrust in Italia.

Tuttavia, nonostante il presidio garantista di un’Autorità antitrust, autonoma e indipendente (ma comunque amministrativa), la materia della concorrenza non è mai stata peregrina al diritto privato.

Il Codice civile, nel libro V, agli art. 2598 c.c. e ss. si occupa di concorrenza, definendo doviziosamente all’art. 2598 c.c., le situazioni rientranti nella fattispecie di concorrenza sleale per poi prevedere all’art. 2959 la cd. tutela inibitoria.

Viene infatti previsto che, qualora una parte ricorra all’Autorità giudiziaria al fine di far accertare l’esistenza di comportamenti contrari alle regole della concorrenza, la sentenza d’accertamento può contenere un ordine inibitorio alla continuazione di tali atti e la previsione di ogni misura idonea ad eliminarli.

Si tratta, come si vede, di una forma di tutela preventiva che il legislatore accorda anche per il futuro, la quale, pur non potendo essere azionata mediante esecuzione forzata, se non nelle forme dell’astreinte, è suscettibile di formare oggetto di giudicato.

All’art. 2600 c.c. viene prevista anche un’altra forma di tutela: laddove gli atti di concorrenza sleale siano compiuti con dolo o colpa grave, l’autore è tenuto al risarcimento del danno.

Si parla di una forma di responsabilità extracontrattuale, fondandosi sul fatto illecito altrui, alla quale la giurisprudenza ha da tempo affiancato anche una responsabilità di tipo contrattuale ogniqualvolta la violazione di una norma sulla concorrenza avvenga in costanza di un rapporto obbligatorio tra il danneggiato e l’autore dell’illecito (cfr. Cass. SS.UU. ordinanza n. 24906/2011).

Con l’introduzione del Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), poi, la tutela privatistica ha avuto un’ulteriore spinta.

Si segnala a riguardo l’art. 20, che vieta espressamente ogni pratica commerciale scorretta, ovvero ogni pratica contraria alla diligenza professionale e falsa o idonea a falsare apprezzabilmente il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio.

Il D.Lgs 206/2005 ha attribuito all'AGCM poteri d'intervento in tutela del consumatore ove ricorrano casi di violazione del codice stesso, facendo salvi i poteri del giudice ordinario in caso in cui tali violazioni integrino anche violazione dell'art. 2598 c.c.

Indubbiamente, l'esperienza americana ha rappresentato un modello per l'Italia, sia perché sin da subito ha concepito la repressione dell'illecito antitrust non solo come appannaggio dell'autorità pubblica all'uopo incaricata, ma anche come tutela azionabile direttamente dai privati; sia perché, quantitativamente, le azioni private sono nettamente prevalenti rispetto a quelle delle autorità antitrust.

La Direttiva 2014/104/UE

La Direttiva europea n. 104 del 26 novembre 2014, nota più comunemente come **Direttiva danni**, è stata emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio in un'ottica di armonizzazione della disciplina da risarcimento per danni da violazioni delle disposizioni del diritto antitrust degli Stati membri[17].

Essa trova fondamento giuridico negli artt. 103 e 114 dei Trattati e si pone come scopo primario quello di garantire una disciplina di private enforcement "autenticamente europea", affinché chiunque abbia subito un danno per una violazione del diritto alla concorrenza possa ottenere il pieno risarcimento dei danni (art. 3).

Cionondimeno, non si marginalizza il ruolo del public enforcement, che continua ad essere riconosciuto come pilastro della tradizione europea in materia antitrust.

Dal combinato disposto del Considerando 13 e degli artt. 3, comma 3, e 12, comma 1, della Direttiva in parola, si comprende, poi, come essa abbia inteso la tutela risarcitoria esclusivamente in funzione compensativa, non lasciando alcuno spazio, come accade negli USA, ai punitive damages, essendo gli stessi considerati incompatibili con la tradizione comunitaria[18].

Altro elemento discriminante della Direttiva, rispetto al modello USA, è costituito dalla mancanza di un accordo sulla class action, sul quale gli Stati membri non hanno trovato un punto d'incontro.

Dal punto di vista procedurale, la Direttiva detta alcuni principi importanti ma rimangono salve le discipline processuali dei singoli Stati.

Come noto, il private antitrust enforcement annovera due tipologie di azioni: le **azioni "follow-on"** (o azioni di seguito), che fondano la domanda di risarcimento danni su un provvedimento adottato da un'Autorità antitrust o dalla Commissione europea che abbia accertato e sanzionato una violazione

antitrust, e le **azioni “stand alone”**, le quali vengono introitate senza che ci sia stata un previo accertamento di infrazione del diritto antitrust.

È evidente che il secondo tipo d'azione si peculiarizzi per un onere probatorio di gran lunga più gravoso per l'attore.

A tal proposito, la novità più incisiva è rappresentata dall'art. 5 della Direttiva, in cui si stabilisce che, nei procedimenti per risarcimento antitrust, se l'attore ne faccia istanza, il Giudice può ordinare al convenuto o a terzi la **divulgazione di prove rilevanti** in suo possesso, previa una motivata ponderazione della fondatezza e proporzionalità dell'istanza di divulgazione.

Si tratta di un meccanismo che ricorda, a grandi linee, la cd. “discovery” del diritto antitrust nordamericano.

La divulgazione delle prove può essere domandata anche alle Authorities di settore ed alla stessa Commissione europea.

In quest'ultimo caso troverà applicazione il principio di leale cooperazione sulle richieste d'informazioni, ai sensi degli artt. art.4, par.3, TUE e 15, p.1, Regolamento 2003/1/CE.

Sempre in relazione alle prove, il legislatore europeo ha previsto che, per evitare una probatio diabolica a carico dell'attore, data dalla connaturata asimmetria informativa tra le parti, in grado di pregiudicare l'effettività della tutela risarcitoria da illecito antitrust o rendendola estremamente complicata, i giudici nazionali debbono poter stimare l'ammontare del danno sulla base delle prove disponibili, qualora non sia possibile o sia eccessivamente gravoso per l'attore provarne il quantum.

Circa l'an del danno, la Direttiva depone a favore di una presunzione iuris tantum di sussistenza, ogni volta venga accertata un'infrazione alla disciplina sulla concorrenza.

All'art.17 viene prevista una presunzione iuris tantum di esistenza del danno in caso di accertamento dell'esistenza di cartelli.

La Direttiva interviene, poi, sull'efficacia, nel giudizio civile, delle **decisioni definitive delle Autorità** antitrust, considerandole **definitivamente vincolanti** quando abbiano accertato le violazioni del diritto della concorrenza ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE o del diritto nazionale.

Rilevanza assume poi la disciplina della prescrizione, fissata a cinque anni, che viene stabilito inizi a decorrere dopo che l'illecito antitrust sia cessato e dopo che l'attore ne sia a conoscenza o se ne possa dedurre che ne sia a conoscenza.

Se l'azione risarcitoria viene introitata prima dell'accertamento, da parte dell'autorità pubblica antitrust, della violazione, il termine prescrizione viene sospeso, o interrotto, se l'Autorità ne avvia un'istruttoria a riguardo.

La disciplina italiana di recepimento della Direttiva: il decreto legislativo 3/2017

Nell'ordinamento giuridico italiano, la Direttiva 2014/104/UE è stata trasposta, per questioni di celerità, mediante decreto legislativo: il D.Lgs n. 3/2017[19].

Durante i lavori preparatori, il tavolo tecnico istituito in seno al Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei ministri[20] prese in considerazione l'idea di emanare una sorta di testo unico sulla concorrenza, unendo sistematicamente la nuova disciplina alla già esistente L. 287/1990 (cd. L. Antitrust).

La proposta venne tuttavia bocciata, dal momento che la maggioranza sostenne la non opportunità di una commistione tra tutela privatistica e pubblicistica in materia antitrust, per via delle diverse logiche ad esse sottese, dei diversi destinatari e delle differenti finalità.

Per tali motivi è stato emanato un testo autonomo.

Il D.Lgs 3/2017 ha accentrato la competenza per le azioni relative al risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale inderogabilmente nelle sezioni specializzate in materia d'impresa dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli.

La ratio è stata quella di agevolare un'uniformità di pronunce in materia e garantirne la trattazione ad opera di un organo giudicante fortemente specializzato.

Nella trasposizione della Direttiva danni, all'art.7 il Decreto riconosce come definitivamente accertata solo la violazione della normativa antitrust constatata dall'AGCM, non più impugnabile, o da una sentenza del giudice dell'impugnazione passata in giudicato, rimanendo a carico dell'attore l'onere di provare il nesso di causalità e il danno subito.

Si tratta di una posizione intermedia tra le disposizioni del legislatore europeo e la giurisprudenza di legittimità, che prediligeva riconoscere ai provvedimenti dell'Autorità valore di **prova privilegiata**[21].

Ne deriva che, nelle azioni di follow-on, fortemente maggioritarie in Italia, i danneggiati beneficiano di un enorme vantaggio nella prova dell'esistenza e della natura della violazione, che tuttavia non si estende al nesso di causalità ed al danno cagionato, il cui onere rimane a carico dell'attore.

Unico caso in cui il danno viene considerato esistente con presunzione iuris tantum, è quello recepito dall'art.14, comma 2, ovvero in presenza di "cartelli" (per la cui definizione si veda la lettera l dell'art.2)[22].

Riguardo, invece, all'istanza di divulgazione di cui all'art. 5 della Direttiva Danni, si segnala che il Decreto in commento ha operato importanti precisazioni.

Pur riconoscendo alla parte la facoltà di chiedere, con istanza motivata, la divulgazione (che il decreto legislativo traduce come "**esibizione**") di prove che si trovino nella disponibilità del convenuto o di un terzo, il legislatore italiano limita tale facoltà solo relativamente a **prove rilevanti**, che individua in maniera circoscritta all'art. 3, comma 2.[23]

In questi casi, colui nei cui confronti è avanzata l'istanza ha il diritto di essere sentito prima che il giudice decida, secondo i criteri elencati nello stesso art.3.

Rientra, poi, nella facoltà del giudice, laddove nessuna delle parti in giudizio sia in grado di fornire una prova contenuta nel fascicolo dell'Autorità di settore, di ordinare ad essa l'esibizione di tale prova.

Per quanto attiene alla disciplina della prescrizione degli illeciti antitrust, il Decreto ricalca sostanzialmente il Considerando 36 della Direttiva.

Ultima vera novità, infine, è contenuta nell'art. 14 in tema di quantificazione del danno risarcibile. L'art. 14 ricalca in buona sostanza l'art. 2056 c.c., confermando la natura extracontrattuale della responsabilità da illecito antitrust e, sulla scia di una ormai consolidata giurisprudenza avviata dalla sentenza Manfredi sopraccitata, specifica che il danno vada determinato, in sede giudiziale, ai sensi degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c..

Risarcibile, dunque, è solo il danno diretto e, qualora questo non possa essere adeguatamente e ragionevolmente provato dall'attore, il giudice può liquidarlo in via equitativa.

La novità, inedita per l'ordinamento italiano, è rappresentata dalla possibilità, per il giudice che abbia difficoltà nella liquidazione del danno, di avvalersi dell'**expertise dell'Autorità** garante della concorrenza e del mercato, formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno.

Considerazioni conclusive

La rassegna normativa e giurisprudenziale che si è inteso tracciare offre spunti interessanti su alcuni vulnera della disciplina del risarcimento danni da illecito antitrust.

In primo luogo, balza immediatamente alla vista come la Direttiva Danni, pur proponendosi il pregevole obiettivo di agevolare il private enforcement, abbia in realtà dedicato attenzione soltanto alle azioni follow-on, tacendo su quelle stand-alone.

Quest'ultime, tuttavia, sono le vere alternative al public enforcement ed averne omissa la disciplina comporta, a ben vedere, l'inevitabile proliferazione di azioni risarcitorie che vanno ad aggiungersi ai provvedimenti delle Autorità antitrust.

Il danneggiante subisce in questo modo una sorta di "doppio processo" e dunque, a parere di chi scrive, non può totalmente considerarsi peregrina l'idea di una violazione del ne bis in idem.

A fortiori se si considera, come la Direttiva in effetti fa, il riconoscimento di "giudicato" ai provvedimenti sanzionatori dell'Autorità nei giudizi davanti al giudice ordinario.

È di tutta evidenza che un siffatto meccanismo pregiudichi anche (e non poco!) il principio del contraddittorio processuale, considerato che il convenuto danneggiante non potrà sollevare dinnanzi al giudice civile alcuna eccezione circa la ricostruzione dei fatti già operata in sede amministrativa.

In tal modo, per giunta, viene a comprimersi fortemente anche il potere del giudice di indagare sui fatti, presidio della piena giurisdizione.

Qualche punto di domanda sorge, infine, con riguardo all'art. 14, comma 3, D.Lgs 3/17, laddove il giudice può rivolgersi all'Autorità antitrust qualora sia difficoltosa la liquidazione del danno.

Il Decreto non specifica se l'intervento dell'Autorità debba essere considerato vincolante o meno per il giudice ed essendo questa una disposizione pionieristica nell'ordinamento italiano non possono operarsi analogie interpretative.

Per una logica di sistema, tuttavia, sembra lecitamente assimilabile all'istituto della consulenza tecnica d'ufficio e, come tale, liberamente valutabile dal giudice e, quindi, legittimamente disattendibile.

Poco condivisibile, infine, la scelta europea di non contemplare la class action, punto di forza del diritto antitrust americano, tra gli strumenti a sostegno del private enforcement.

Il Decreto 3/2017 tace ugualmente sul punto, sebbene di recente, il legislatore italiano, conscio della carenza, ha introdotto, con una legge che entrerà in vigore il 19 novembre 2020 (**L. n. 31/2019**)[24], modifiche sostanziali all'istituto della class action, introducendo nel titolo VIII del libro quarto del Codice di procedura civile, il titolo VIII-bis, volto ad estendere la fruibilità dell'istituto a chiunque avanzi richieste risarcitorie per la lesione di diritti individuali omogenei.

In conclusione, la normativa europea e quella italiana in materia di concorrenza, pur relativamente

recenti, sembrano necessitare già una revisione strutturale, non solo per via dei diversi profili problematici di cui sono foriere, ma anche e soprattutto per non essere state adeguatamente in grado di limare quel disequilibrio tra public e private enforcement che tanto parevano perseguire.

Un ripensamento del ruolo delle Authorities appare oggi sicuramente auspicabile.

Una chance per intervenire sul punto è data dalla stessa Direttiva, la quale, all'art.20[25], come clausola di salvaguardia, ha previsto che entro il 27 dicembre 2020 la Commissione proceda a riesame della stessa, anche presentando eventualmente una proposta legislativa.

La materia in questione è un crogiuolo dinamico di forze contrapposte in continua evoluzione e le leggi che la governano non possono evitare di starne al passo.

Volume consigliato

Note

[1] Venne firmato il 25 marzo 1957 insieme al trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (TCEEA): insieme sono chiamati Trattati di Roma.

[2] Nel Trattato di Maastricht, la suddetta lettera f) dell'art.3 del Trattato CEE è stata riportata senza modifiche, semplicemente spostandosi alla lettera g) dello stesso articolo 3).

[3] Il Trattato di Lisbona fu siglato il 13 dicembre 2007 ed entrò in vigore il 1° dicembre 2009, (GUUE, C 306, 17 dicembre 2007, nella versione costituita dal Trattato dell'Unione Europea ("TUE") e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE").

[4] Il Protocollo 27 così recita: "LE ALTE PARTI CONTRAENTI, CONSIDERANDO che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, HANNO CONVENUTO che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il presente protocollo è allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

[5] Nel procedimento 127-73, avente ad oggetto la domanda di pronunzia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del trattato CEE, dal tribunale di Bruxelles, nelle cause dinanzi ad esso pendenti fra: BELGISCHE RADIO en Televisie (RADIO-TELEVISIONE BELGA) e SV SABAM (Unione belga

degli autori, compositori e editori, vertente sull'interpretazione degli artt. 86 e 90, n. 2, del trattato CEE

[6] L'efficacia diretta del diritto europeo è stata introdotta dalla Corte di giustizia con la sentenza Van Gend en Loos del 5 febbraio 1963, in cui si è sancito che il diritto europeo non solo impone obblighi ai paesi dell'UE ma attribuisce anche diritti ai singoli. I singoli possono pertanto avvalersi di tali diritti ed azionare la loro tutela dinanzi alle giurisdizioni nazionali ed europee. Non è quindi necessario che il paese dell'UE recepisca la norma europea in questione nel proprio ordinamento giuridico interno (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>).

[7] Cfr. Politiche antitrust ieri, oggi e domani, a cura di Malaguti, Oglio, Vanoni, 2018, GIAPPICHELLI, p. 127, in cui si sostiene che la prevalenza del public enforcement viene attribuito 1) alle complesse e costose analisi necessarie, spesso per ottenere materiale probatorio a sostegno delle valutazioni compiute nell'applicazione del diritto antitrust; 2) il fatto che condotte anticoncorrenziali possano essere scoperte solo attraverso un'azione più mirata, rispetto a quella dei privati; 3) impossibilità per i giudici nazionali degli Stati membri di disporre di poteri investigativi che invece le Autorità garanti della concorrenza possiedono.

[8] Nel procedimento C-453/99, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito), nella causa dinanzi ad essa pendente tra Courage Ltd e Bernard Crehan e tra Bernard Crehan e Courage Ltd e altri, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) e di altre disposizioni di diritto comunitario.

[9] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, sull'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato CEE (oggi 101 e 102 TFUE), in GUCE, L 1 del 4 gennaio 2003, p.1

[10] Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 13 luglio 2006.

Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA (C-296/04) e Nicolò Tricarico (C-297/04) e Pasqualina Murgolo (C-298/04) contro Assitalia SpA.

Cause riunite C-295/04 a C-298/04.

[11] Bruxelles, 19.12.2005, COM (2005) 672 definitivo LIBRO VERDE "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie" (presentato dalla Commissione) {SEC (2005) 1732}.

[12] Bruxelles, 2.4.2008, COM (2008) 165 definitivo LIBRO BIANCO "in materia di azioni di risarcimento del danno

per violazione delle norme antitrust comunitarie" {SEC (2008) 404, SEC (2008) 405, SEC (2008) 406}.

[13] In alcuni rari casi, l'applicazione dello Sherman Act ha portato allo smembramento di grandi gruppi: l'ultimo caso è quello dell'AT&T, il primo quello della Standard Oil di John D. Rockefeller (cfr. Concorrenza, Antitrust Ue più severo di quello Usa? Ecco tutte le differenze, di Riccardo Sorrentino, in Sole 24ore, 11 febbraio 2019

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

[15] L'Autorità è organo collegiale e le sue decisioni vengono assunte a maggioranza. Il Presidente e i componenti dell'Autorità sono nominati dai Presidenti di Camera e Senato e durano in carica 7 anni, non rinnovabili.

Il collegio è composto dal Presidente Roberto Rustichelli (dal 6 maggio 2019) e da due componenti, Gabriella Muscolo (dal 16 maggio 2014) e Michele Ainis (dall' 8 marzo 2016).

Per contenere la spesa delle Autorità amministrative indipendenti, il legislatore ha ridotto il numero dei componenti dell'Antitrust da cinque a tre, compreso il Presidente.

Il Segretario Generale viene nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità.

Il personale dell'Autorità attualmente è composto da 279 unità (al 31 dicembre 2019). La sede unica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma. (cfr. <https://www.agcm.it>)

[16] Art. 33, comma 2: "Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni".

[17] In G.U. dell'Unione Europea 15 dicembre 2014, L 394.

[18] Si segnala un cambio di orientamento con la sentenza della Corte di Giustizia, 25 gennaio 2017, C-367/15, caso Stowarzyszenie «Oławska Telewizja Kablowa» c.Stowarzyszenie Filmowców Polskich, emessa nell'ambito di un giudizio di contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale. Con tale pronuncia, la Corte ha riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di introdurre forme risarcitorie che non abbiano solo carattere compensativo.

[19] Decreto legislativo del 19 gennaio 2017, n.3 - "Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea".

Adottato in via preliminare il 27 ottobre 2016, il decreto legislativo de quo è stato approvato definitivamente il 14 gennaio 2017 - G.U. n.15 del 19 gennaio 2017.

[20] Composto dal Ministro della Giustizia, Ministro dello Sviluppo Economico e AGCM.

[21] Locuzione coniata dalla giurisprudenza di legittimità. Si vedano. Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass., 5 ottobre 2010, n. 20665; Cass., 10 maggio 2011, n. 10211; Cass., 10 maggio 2011, n. 10212; Cass., 3 aprile 2013, n. 8091; Cass., 22 maggio 2013, n. 12551; Cass., 23 aprile 2014, n. 9116. In particolare Cass., 20 giugno 2011, n. 13486 e Cass., 9 maggio 2012, n. 7039 secondo cui: "il valore di prova privilegiata, pur non precludendo la facoltà per il convenuto di fornire la prova contraria[...] impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede"

[22] «cartello»: " un accordo, una intesa ai sensi dell'articolo 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, 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.."

[23] Il giudice dispone a norma del comma 1 individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. La categoria di prove è 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.

[24] Disposizioni in materia di azione di classe - G.U. n.92 del 18/04/2019

[25] "La Commissione riesamina la presente direttiva e presenta una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 27 dicembre 2020.

La relazione di cui al paragrafo 1 include, tra l'altro, le seguenti informazioni:

a) il possibile impatto degli oneri finanziari derivanti dal pagamento di ammende inflitte da un'autorità garante della concorrenza per una violazione del diritto della concorrenza sulla possibilità per i soggetti danneggiati di ottenere il pieno risarcimento per il danno causato da tale violazione del diritto della concorrenza;

b) la misura in cui i soggetti che hanno intentato un'azione per il risarcimento del danno causato da una

violazione del diritto della concorrenza accertata da una decisione relativa a una violazione adottata da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro non sono in grado di dimostrare dinanzi al giudice nazionale di un altro Stato membro che tale violazione del diritto della concorrenza è avvenuta;

c) la misura in cui il risarcimento per il danno emergente ha superato il danno da sovrapprezzo causato dalla violazione del diritto della concorrenza o il danno subito a qualsiasi livello della catena di approvvigionamento.

Ove opportuno, la relazione di cui al paragrafo 1 è corredata di una proposta legislativa”.

<https://www.diritto.it/risarcimento-del-danno-da-illecito-antitrust-in-europa-e-in-italia-evoluzione-normativa-giurisprudenziale-e-cenni-comparatistici/>