



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

RICERCA

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

FORMAZIONE

DOCUMENTO DI RICERCA

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA ILLECITO *ANTITRUST*

12 LUGLIO 2023

Presentazione

L'elevata competitività che connota il mondo del lavoro, in particolar modo nell'attuale momento storico, richiede un costante impegno nell'individuazione di specifici percorsi di specializzazione finalizzati a creare nuove e stimolanti opportunità professionali per gli iscritti al nostro Albo.

Muovendo da tale considerazione, il CNDCEC ritiene essenziale indirizzare la propria attività istituzionale verso la ricerca di ulteriori spazi di mercato nell'ambito dei quali valorizzare il *core business* della nostra Professione, anche nell'ottica prospettica di accrescerne la capacità attrattiva nei confronti dei Colleghi più giovani e di quanti, un giorno, si avvieranno ad intraprenderla.

Nel contesto delineato si inserisce la presente pubblicazione, realizzata con il supporto scientifico della Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti e focalizzata sulla disciplina sostanziale e procedurale che caratterizza le azioni di risarcimento del danno fondate sulle violazioni del diritto della concorrenza europeo e nazionale, anche noto come diritto *antitrust*, con precipuo riferimento a quelle inerenti le fattispecie di illecito riconducibili alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante sul mercato.

I predetti illeciti concorrenziali, infatti, sottendono molteplici problematiche correlate alle difficoltà della vittima di dimostrare di aver subito un danno e di provarne l'entità ai fini dell'ottenimento del risarcimento; quest'ultimo, in particolare, mira a ripristinare il soggetto danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato qualora la condotta anticoncorrenziale non fosse stata attuata e, in altri termini, richiede un'articolata analisi fattuale ed economica degli scenari di mercato verosimilmente ipotizzabili in assenza delle infrazioni.

È di tutta evidenza, allora, come l'elevato tecnicismo della materia e le peculiarità tipiche delle prove economiche conferiscano un ruolo di particolare rilievo alla consulenza tecnica, d'ufficio e di parte, prestata nell'ambito dei contenziosi risarcitori in materia *antitrust* e, vieppiù, di come questi ultimi possano rappresentare il terreno elettivo dell'esercizio delle competenze specialistiche vantate dai Dottori Commercialisti.

Il presente documento, pertanto, con l'auspicio di offrire un prezioso contributo all'accrescimento professionale dei Colleghi e di orientarli verso nuovi sbocchi professionali di potenziale interesse, fornisce una preliminare ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale afferente l'evoluzione del sistema di tutela giudiziaria della concorrenza (c.d. *private antitrust enforcement*) e una consequenziale, e più dettagliata, analisi delle regole sostanziali e procedurali che qualificano l'azione risarcitoria in materia *antitrust*.

Nella medesima ottica, seguiranno delle iniziative formative specificamente dedicate all'approfondimento degli aspetti relativi all'operazione di quantificazione delle voci di danno risarcibili, volte ad inaugurare un percorso di specializzazione degli iscritti all'Albo in tale ambito.

Elbano de Nuccio
Presidente CNDCEC

Giuseppe Tedesco
Vice Presidente FNC-Ricerca con delega
all'area giuridica



Sommario

PREMESSA	3
1. L'EVOLUZIONE DEL <i>PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT</i> E LA DIRETTIVA "DANNI"	5
2. IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA "DANNI" NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE: IL D.LGS. N. 3/2017	10
2.1. Il regime di esibizione delle prove e di accesso al fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza	13
2.2. L'effetto vincolante delle decisioni definitive dell'Autorità garante della concorrenza	16
2.3. Il danno risarcibile e i criteri per la sua quantificazione	18
2.4. Il trasferimento del sovrapprezzo (c.d. <i>passing on</i>)	22



Premessa

L'analisi delle azioni risarcitorie esperibili in materia di illeciti concorrenziali non può prescindere da alcune preliminari considerazioni in ordine alla complessa regolamentazione che caratterizza l'applicazione del diritto della concorrenza, anche noto come diritto *antitrust*.

In tal senso, è innanzitutto opportuno dar conto dell'esistenza di un duplice livello di produzione normativa: quello europeo, la cui fonte primaria di riferimento è rappresentata dagli artt. 101-109¹ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito solo Trattato o TFUE) – e, per i fini che qui interessano, dagli artt. 101 e 102² relativi, rispettivamente, alle fattispecie di illecito riconducibili alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri – e quello nazionale, ove la legge fondamentale a tutela della concorrenza e del mercato è la n. 287/1990³, la cui disciplina delle condotte anticoncorrenziali rilevanti nell'ordinamento interno riflette quella operante in ambito comunitario.

In particolare, entrambe le normative, con riferimento ai rispettivi ambiti applicativi vietano, in quanto lesivi della libertà di concorrenza, gli accordi tra imprese, le decisioni di loro associazioni nonché le pratiche concordate che abbiano come oggetto o effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato⁴ e, per altro verso, l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato o in una parte rilevante dello stesso; in tale ultimo caso, come è d'evidenza, il divieto non riguarda la collocazione di un'impresa in una posizione di dominio economico sul mercato, bensì lo sfruttamento di siffatta posizione, in relazione al quale sia la normativa europea, sia quella nazionale, esemplificano alcune ipotesi⁵.

¹ Gli artt. 101 e 102 del Trattato hanno come destinatari i soggetti che svolgono attività d'impresa, ai quali vengono vietate tutte le pratiche idonee a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune, nonché lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato o su una parte sostanziale di esso; gli artt. 106-109 del Trattato si rivolgono, invece, agli Stati membri, sancendo il divieto, salvo specifiche deroghe, di concedere aiuti o risorse sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Si evidenzia, per completezza, che la normativa europea a tutela della concorrenza e del mercato contempla anche la disciplina dedicata alle operazioni di concentrazione di imprese distorsive della concorrenza che è contenuta nel regolamento n. 139/2004 e si applica a tutte le concentrazioni di dimensione europea (in base alle soglie individuate nell'art. 1 del citato regolamento) che impediscono l'effettiva concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso.

² A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 10 dicembre 2009, gli artt. 81 e 82 del Trattato che istituisce la comunità europea (originari artt. 85 e 86 del TCEE), sono diventati gli artt. 101 e 102 TFUE, rimanendo sostanzialmente identici nei contenuti.

³ Trattasi della legge n. 287 del 20 ottobre 1990 recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*".

⁴ Il divieto viene sancito con particolare riferimento alle seguenti condotte (art. 101 TFUE e art. 2 della legge n. 287/1990):

- i. fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- ii. limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- iii. ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- iv. applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- v. subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

⁵ Il riferimento è alle seguenti pratiche abusive (art. 102 TFUE e art. 3 legge n. 287/1990): a) imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque; b) limitare la produzione, gli sbocchi



La consequenziale precisazione che si rende necessaria, in quanto funzionale ad incardinare la trattazione dei profili risarcitori in materia *antitrust*, attiene alla vigenza di un sistema di tutela della normativa *antitrust* dal carattere binario: da un lato, una tutela amministrativa, c.d. *public enforcement*, affidata alla Commissione europea e alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, dall'altro lato, una tutela giudiziaria, c.d. *private enforcement*, che consente al soggetto leso da una condotta anticompetitiva delle imprese di richiedere il risarcimento del danno economico subito ovvero, limitatamente alle fattispecie di intese vietate, la dichiarazione di nullità degli accordi anticoncorrenziali.

Trattasi, a ben vedere, di due distinte, seppur complementari, modalità di applicazione del diritto *antitrust*: mentre il *public enforcement*, a tutela dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato, affida alla Commissione europea e alle Autorità pubbliche europee o nazionali le azioni di accertamento e di repressione delle condotte anticoncorrenziali e l'applicazione di sanzioni pecuniarie, il *private enforcement* attribuisce direttamente ai privati il diritto di adire i giudici nazionali per domandare, a seconda del tipo di azione esperita in sede civile, la nullità delle intese anticoncorrenziali ovvero il risarcimento del danno economico patito a causa dell'illecito *antitrust*.

Ciò premesso, considerando che il presente documento intende soffermarsi sulla disciplina procedurale e sostanziale che qualifica l'azione risarcitoria per violazione del diritto *antitrust* europeo e nazionale, si ritiene utile effettuare una prioritaria, quantunque sintetica, ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale afferente la lenta evoluzione del sistema di tutela della concorrenza di natura privatistica.

Come si vedrà, infatti, il *private enforcement* si è collocato, per lungo tempo, in una posizione marginale rispetto al *public enforcement* e deve il suo graduale potenziamento al significativo impulso fornito in materia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE, di seguito anche solo Corte) e dal legislatore europeo, il quale ha portato a compimento tale percorso evolutivo attraverso l'adozione della direttiva 2014/14/UE (c.d. Direttiva "Danni")⁶, individuando un nucleo comune di regole per le azioni risarcitorie incardinate di fronte ai giudici nazionali per i danni subiti in conseguenza della violazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea e degli Stati membri.

Il legislatore italiano ha successivamente dato corso all'obbligo di recepimento della succitata direttiva n. 104/2014 attraverso l'emanazione del d.lgs. n. 3/2017, le cui disposizioni, con particolare riferimento a quelle relative al sistema probatorio e alla quantificazione del danno causato da violazioni delle norme *antitrust*, saranno oggetto di puntuale disamina.

o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

⁶ Trattasi 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 diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, attuata nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017.



1. L'evoluzione del *private antitrust enforcement* e la Direttiva "Danni"

Come anticipato, il sistema di tutela della concorrenza di natura privatistica è rimasto, negli anni, uno strumento minoritario, a fronte di una evidente preferenza accordata al *public enforcement*; del resto, partendo dall'ambito comunitario, il Trattato non solo attribuisce espressamente alla Commissione europea la competenza in merito all'applicazione delle norme *antitrust*⁷, ma neppure contempla delle previsioni in merito alle competenze dei giudici ordinari e alle possibili azioni esperibili, fatta eccezione per la dichiarazione di nullità delle intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 101 del TFUE.

Lo sviluppo del *private antitrust enforcement* in Europa origina, a ben vedere, dalla significativa influenza esercitata nel tempo dagli orientamenti in tal senso assunti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea: ed infatti, fino alla emanazione della direttiva n. 104/2014, il diritto al risarcimento del danno fondato su una violazione delle norme di concorrenza del mercato comune è stato riconosciuto invocando l'applicabilità diretta degli artt. 101 e 102 del Trattato e riconoscendo, quindi, il conseguente obbligo, per i giudici nazionali, di applicare le norme del diritto comunitario, garantirne la piena efficacia e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli⁸.

Decisive, in tal senso, le pronunce *Courage* e *Manfredi*⁹ con cui la Corte ha contribuito all'evoluzione della disciplina risarcitoria in materia di violazioni *antitrust*¹⁰ statuendo che le norme europee finalizzate al funzionamento del mercato interno e ad assicurare che la concorrenza non sia ivi falsata sanciscono, in capo alle imprese e ai consumatori, diritti ed obblighi che entrano a far parte del loro rispettivo patrimonio giuridico, altresì evidenziando come la possibilità, per le vittime di un illecito concorrenziale, di agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno patito sia funzionale a garantire una piena efficacia delle predette norme.

⁷ Il Trattato individua, tra le competenze esclusive dell'Unione europea, quella relativa alla definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno. Da qui, l'esistenza di una corposa normativa di origine comunitaria nel settore *antitrust*, ferma l'esclusiva competenza nazionale in materie non rientranti tra quelle devolute all'Unione o comunque non oggetto di una qualche disciplina europea, tra cui quella dei *private remedies*. Così Camilleri, *Il risarcimento per violazione del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/2018, p. 144, cui si rimanda per un'analisi ragionata in merito ai profili che attengono alla legittimazione attiva, al nesso causale e alla quantificazione del danno nell'ambito dell'azione risarcitoria di cui al d.lgs. n. 3/2017.

⁸ Più partitamente, rispetto al tema dell'efficacia delle norme contenute nei Trattati europei, le disposizioni attributive di situazioni giuridiche attive in capo a persone fisiche e giuridiche producono sempre effetti diretti c.d. verticali, vale a dire che tali diritti sono sempre invocabili nei confronti dello Stato membro; l'efficacia diretta c.d. orizzontale, invece, consiste nella capacità delle norme del Trattato a carattere incondizionato e preciso di essere invocate dai singoli, dinanzi ai giudici nazionali, nei confronti di un'altra persona fisica o giuridica. Il *leading case* sul tema è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*.

⁹ Corte Giust., 20 settembre 2001, C 453/99, *Courage* e Corte Giust., 13 luglio 2006, da C-295/04 a C/298/04, *Manfredi*.

¹⁰ Già negli anni '70 la Corte di Giustizia (30 gennaio 1974, 127/73, *BRT /Sabam*,) aveva riconosciuto ai privati la possibilità di agire in giudizio, dinanzi 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 di tali norme.



Un'ulteriore tappa significativa nell'evoluzione del *private enforcement* europeo è senz'altro rappresentata dal regolamento n. 1/2003¹¹, il quale ha modificato il regime di applicazione del diritto europeo della concorrenza optando per un decentramento dei poteri della Commissione e favorendo una stretta cooperazione tra quest'ultima e le Autorità nazionali di concorrenza¹².

Il predetto regolamento, inoltre, ha riconosciuto alle giurisdizioni nazionali – in quanto poste a tutela dei diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati e, in particolare, del diritto al risarcimento dei danni in favore delle parti danneggiate da condotte illecite delle imprese – una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e la competenza ad applicare pienamente gli artt. 81 e 82 dell'allora Trattato CEE¹³.

Ad ogni modo, nel contesto normativo e giurisprudenziale delineato, la definizione delle condizioni e dei procedimenti per l'esercizio delle azioni risarcitorie restava attribuita alla sovranità dei singoli Stati membri che, quantunque esercitata nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività¹⁴, produceva inevitabili conseguenze in termini di disomogeneità di regimi procedurali, a discapito, dunque, di un sistema di protezione equivalente in tutta l'Unione.

È proprio muovendo da tale assunto – e dalla conseguenziale esigenza di imporre un'armonizzazione delle regole processuali nell'ambito delle azioni risarcitorie promosse presso i giudici nazionali per la violazione delle norme europee in materia di concorrenza – che ha preso avvio il lungo e tormentato percorso di elaborazione ed adozione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, della direttiva n. 104/2014¹⁵.

¹¹ Trattasi del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato.

¹² Il regolamento n. 1/2003 infatti - posto che il sistema centralizzato delineato nel precedente regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato (regolamento del Consiglio n. 17 del 6 febbraio 1962) costituiva "un freno all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri" - ha sostituito tale regolamento "per introdurre disposizioni adeguate alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento della Comunità" attribuendo il potere alle Autorità garanti nazionali della concorrenza di accertare, in parallelo alla Commissione europea, condotte qualificabili come intese restrittive della concorrenza o abusi di posizione dominante. Si vedano, in tal senso, i Considerando nn. 1) e 3) del regolamento n. 1/2003.

¹³ Cfr. Considerando n. 7) e art. 6 del regolamento n. 1/2003. Per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione con gli Stati membri, l'art. 3 del regolamento individua la disciplina relativa al rapporto tra gli artt. 81 e 82 del Trattato e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza, stabilendo, in particolare, l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare anche le norme *antitrust* europee (artt. 81 e 82) quando gli accordi, le intese e le pratiche concordate siano tali da pregiudicare il commercio tra Stati membri.

¹⁴ In virtù del principio di equivalenza, la tutela dei diritti attribuiti ai cittadini degli Stati membri dalle norme dell'ordinamento europeo deve essere quantomeno pari a quella dei diritti attribuiti dalle norme nazionali; secondo il principio di effettività, invece, ogni sistema giurisdizionale nazionale non deve rendere concretamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme europee.

¹⁵ Già nell'anno 2005 la Commissione aveva manifestato l'esigenza di dotare l'Unione europea di una disciplina specifica in ambito di *private antitrust enforcement*, adottando dapprima il Libro verde (COM(2005) 672 def.), in cui sono stati individuati gli ostacoli alla creazione di un sistema più efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario, unitamente a una serie di proposte per arginare tali problematiche, cui ha fatto seguito, nel 2008, il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie (COM(2008) 165 def.), in cui sono state analizzate alcune misure in vista dell'introduzione di un sistema di tutela per tutti i danneggiati da violazione del diritto *antitrust*. In dottrina, con riguardo al lungo iter di adozione della direttiva n. 104/2014 si veda, *ex multis*, Libertini, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 265.



La direttiva n. 104/2014, più in dettaglio, ha il pregio di aver individuato delle norme uniformi applicabili presso gli ordinamenti nazionali per regolare le azioni risarcitorie derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea; rientrano nell'ambito di applicazione della stessa le ipotesi in cui i giudici nazionali siano chiamati ad applicare gli artt. 101 o 102 del Trattato, ossia ad occuparsi di intese o abusi di posizione dominante che incidano sul commercio degli Stati membri¹⁶, pur se tuttavia, come si vedrà, la scelta del legislatore nazionale, in sede di recepimento, è stata quella di estendere la portata applicativa delle disposizioni attuative della direttiva n. 104/2014 anche alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni delle sole norme *antitrust* nazionali, e anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'art. 140-*bis* del Codice del Consumo.

In estrema sintesi, può osservarsi come il legislatore europeo, con l'emanazione della direttiva n. 104/2014, abbia significativamente contribuito al potenziamento del sistema di *private antitrust enforcement* e alla valorizzazione del suo ruolo di complementarità rispetto al *public enforcement*, nella convinzione che solo una proficua interazione tra i due canali possa assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza e che, per una piena efficacia degli artt. 101 e 102 TFUE – ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essi previsti – è necessario che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali in grado di garantire a chiunque l'effettivo esercizio del diritto a richiedere il risarcimento dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali per i danni subiti a causa di una violazione delle richiamate disposizioni¹⁷.

In tale ottica, la disciplina unitaria declinata nella direttiva n. 104/2014 dedica ampio spazio ai profili che attengono ai punti di convergenza tra procedimento amministrativo (*public enforcement*) e processo civile (*private enforcement*), quali l'acquisizione delle prove nel processo civile, le modalità di accesso ai documenti in possesso delle Autorità garanti della concorrenza, l'effetto delle decisioni delle medesime Autorità sull'esito del processo civile e la quantificazione del danno, tutti aspetti, questi, cui verrà data particolare attenzione in sede di esame del d.lgs. n. 3/2017, attuativo della direttiva n. 104/2014¹⁸.

¹⁶ L'art. 1 della direttiva n. 104/2014, nell'individuare l'oggetto e l'ambito di applicazione delle norme ivi contenute, stabilisce che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento del danno. Il successivo art. 2, n. 1), definisce come violazione del diritto della concorrenza "una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza", quest'ultimo a sua volta identificato, ai sensi del successivo n. 3), con "le disposizioni del diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del TFUE e che sono 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, escluse le disposizioni del diritto nazionale che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese". Il Considerando n. 10) della direttiva n. 104/2014, inoltre, chiarisce espressamente che la medesima direttiva "non dovrebbe pregiudicare le azioni per il risarcimento del danno relative a violazioni del diritto nazionale della concorrenza che non incidono sul commercio tra Stati membri ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE".

¹⁷ V. Considerando nn. 4) e 6) della direttiva n. 104/2014.

¹⁸ Per una dettagliata analisi in merito alle modalità di attuazione delle previsioni della direttiva n. 104/2014 negli Stati membri, si segnala la relazione predisposta dalla Commissione il 14 dicembre 2020 "Commission staff working document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on



Inquadrata la cornice di riferimento, a livello europeo, per il risarcimento del danno da violazione del diritto *antitrust*, occorre volgere l'indagine sul piano nazionale e, quindi, dare atto della normativa interna in materia di concorrenza e delle successive evoluzioni intervenute nel tempo anche in conseguenza del processo di adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello dell'Unione europea.

Come anticipato in premessa, la legge n. 287/1990 rappresenta il primo provvedimento legislativo varato dall'ordinamento italiano in materia di tutela della concorrenza e del mercato e costituisce il quadro giuridico di riferimento per l'applicazione pubblicistica del diritto della concorrenza in Italia da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM, di seguito anche solo Autorità), istituita dalla stessa legge¹⁹.

Anche sul versante nazionale, il ricorso allo strumento del *private enforcement* è apparso piuttosto contenuto e, fino all'emanazione della direttiva n. 104/2014 e del successivo d.lgs. n. 3/2017 di recepimento, è rimasto ancorato all'applicazione dell'art. 33 della legge n. 287/1990, la sola disposizione ivi contenuta che affianca al complesso sanzionatorio pubblicistico, di competenza dell'AGCM²⁰, una tutela risarcitoria formulata in termini piuttosto generici, nulla specificando in relazione ai soggetti che possono accedervi²¹.

Tutela che, sulla scia delle norme civilistiche in materia di concorrenza sleale, è stata piuttosto interpretata nell'ottica di salvaguardare unicamente il rapporto concorrenziale tra imprenditori, con la conseguenza che i consumatori lesi da un illecito *antitrust* risultavano ammessi alla richiesta di ristoro del pregiudizio sofferto, e in via non del tutto pacifica, unicamente per il tramite della generale azione di risarcimento del danno per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.²² e che, in materia

certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union".

¹⁹ Si evidenzia che la legge n. 287/1990 è stata da ultimo significativamente modificata ad opera del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, con cui l'Italia ha recepito la direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, adottata in un'ottica di rafforzamento delle prerogative e delle garanzie di indipendenza delle Autorità garanti nazionali della concorrenza. Il citato d.lgs. n. 3/2017 è dunque intervenuto sulla legge n. 287/1990 rafforzando in particolar modo i poteri istruttori, di indagine e sanzionatori dell'AGCM. In argomento, si veda la circolare Assonime n. 4 del 31 gennaio 2022 "Poteri dell'AGCM e rafforzamento della cooperazione tra autorità di concorrenza: il recepimento della direttiva ECN Plus".

²⁰ Con riferimento all'esercizio del potere dell'AGCM di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, nonché ai profili relativi alla quantificazione delle medesime, si rinvia alle "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" adottate con delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, nell'ambito delle quali viene altresì riconosciuta, tra le possibili circostanze attenuanti, l'adozione e il rispetto da parte dell'impresa di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e conforme alle *best practice* europee e nazionali. Conseguentemente, l'Autorità, con delibera n. 27356 del 25 settembre 2018, ha elaborato le ulteriori "Linee guida sulla compliance antitrust" fornendo un orientamento circa la definizione del contenuto del programma di *compliance*, la richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante e i criteri di valutazione che l'Autorità adotta ai fini del riconoscimento dell'attenuante.

²¹ Tra altri, si veda Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L. F. Pace, p. 290.

²² In tal senso, *ex multis*, Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 237 e ss. e Libonati, *Responsabilità extracontrattuale per violazione delle norme antitrust*, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 506 e ss.; in senso contrario all'inquadramento del danno subito dai consumatori per violazioni del diritto della concorrenza nell'alveo della responsabilità extracontrattuale si veda Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 e ss.



di competenza, trovassero applicazione le regole processuali ordinarie e non la competenza funzionale attribuita dal richiamato art. 33, nella sua formulazione previgente, alle Corti d'appello²³.

Un punto di svolta sul tema è stato indubbiamente rappresentato dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione la quale, nell'affermare che *“la legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato”* e, pertanto, *“di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*, ha riconosciuto la natura plurioffensiva degli illeciti *antitrust* e il diritto anche dei consumatori ad esercitare l'azione risarcitoria secondo la disciplina processuale delineata nell'ambito della legge n. 287/1990²⁴.

Ad ogni modo, è solo con il recepimento della direttiva n. 104/2014 che si è giunti ad assicurare l'effettività della tutela del diritto di chiunque al pieno risarcimento del danno *antitrust* e a definire un nucleo comune di norme processuali e sostanziali applicabili alle azioni di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza, europeo e nazionale.

Un'ulteriore precisazione, al riguardo, si rende opportuna.

Per le ipotesi che rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato – e dunque per le fattispecie di intese e abusi che pregiudichino il commercio tra gli Stati membri – l'ordinamento europeo rimette agli Stati membri la scelta tra l'applicazione esclusiva delle citate norme del Trattato e la loro applicazione in parallelo con le norme nazionali; in tale contesto, la citata legge n. 287/1990 ha originariamente optato per un'applicazione residuale delle disposizioni nazionali in materia di concorrenza, prevedendone l'applicazione unicamente alle fattispecie che non rientrassero nel campo di applicazione delle corrispondenti previsioni di diritto europeo²⁵.

La scelta compiuta dal nostro legislatore in sede di recepimento della direttiva n. 104/2014, invece, è stata nel senso di delineare un unico regime di applicazione delle nuove norme e renderle operative tanto a fronte di violazioni della normativa *antitrust* europea (art. 101 e 102 TFUE) quanto delle corrispondenti norme nazionali (artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990) sia che quest'ultime vengano applicate *“autonomamente”*, sia *“nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione”*²⁶.

²³ Le controversie di cui all'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990, vale a dire le azioni di nullità o di risarcimento del danno in materia *antitrust*, sono state successivamente devolute alle sezioni specializzate in materia di impresa dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 e, come si vedrà, concentrate nelle sole sezioni specializzate dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli ad opera del d.lgs. n. 3/2017.

²⁴ Si veda Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 440. In precedenza, nello stesso senso, si veda Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, p. 57.

²⁵ L'originaria formulazione dell'art. 1, comma 1, della legge n. 287/1990 stabiliva, infatti, che le disposizioni ivi contenute si applicassero alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese non rientranti 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”*, altresì prevedendo, nel comma 2, che l'AGCM informasse la Commissione europea nell'ipotesi di fattispecie non rientranti nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990.

²⁶ Cfr. art. 2 lett. b) del d.lgs. n. 3/2017.



In altri termini, l'intento è stato quello di configurare un unico *iter* risarcitorio attivabile ogniqualvolta la fattispecie rilevante sotto il profilo concorrenziale sia disciplinata tanto da una norma interna, quanto da una norma europea e, quindi, di rendere la disciplina processuale e sostanziale declinata nel d.lgs. n. 3/2017 applicabile a tutti gli illeciti in materia *antitrust*²⁷.

2. Il recepimento della Direttiva “Danni” nell’ordinamento nazionale: il d.lgs. n. 3/2017

Con il d.lgs. n. 3/2017, emesso in attuazione della delega conferita al Governo dalla legge n. 114/2015²⁸, il legislatore italiano ha dato corso all’obbligo di recepimento della direttiva n. 104/2014, individuando, in conformità alle previsioni ivi contenute, la disciplina per l’azione di risarcimento del danno incardinata di fronte ai giudici nazionali e derivante da violazioni del diritto della concorrenza italiano o europeo²⁹.

Tra i criteri di delega, si pone nella dovuta evidenza quello che ha imposto al legislatore di prevedere la revisione delle sezioni specializzate in materia di impresa ed operare la concentrazione delle 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.

In attuazione di detto criterio, la competenza esclusiva in materia di *private antitrust enforcement* – e, più partitamente, per le controversie individuate nell’art. 3, commi c) e d) del d.lgs. n. 168/2003³⁰, istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, attualmente di impresa – è stata attribuita alle tre sezioni specializzate in materia di impresa di Milano (per il Nord Italia) Roma (per il Centro Italia) e Napoli (per il Sud Italia)³¹.

²⁷ In tale ottica si inseriscono le modifiche effettuate dall’art. 17 del d.lgs. n. 3/2017 all’art. 1 della legge n. 287/1990, in conseguenza delle quali nel comma 1 è stato eliminato il riferimento alle fattispecie non rientranti nell’ambito di applicazione del diritto europeo ed il comma 2 è stato riformulato prevedendo che l’AGCM “*appla anche parallelamente in relazione ad uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del TFUE e gli artt. 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante*”. Solo per completezza, si da atto dell’intervenuta abrogazione del comma 3, parimenti ad opera del citato art. 17 del d.lgs. n. 3/2017 e del fatto che il comma 4 è rimasto invariato e continua a stabilire che le norme nazionali vadano interpretate secondo i principi dell’ordinamento dell’Unione europea in materia di disciplina della concorrenza.

²⁸ Trattasi della legge n. 114 del 9 luglio 2015 recante “*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea - Legge di delegazione europea 2014*”.

²⁹ Il d.lgs. n. 3/2017 si compone di sette capi che riproducono letteralmente quelli in cui si articola la direttiva n. 104/2014, differenziandosene, in termini di struttura, unicamente per l’inserimento dell’ulteriore capo VII contenente disposizioni di modifica della legge n. 287/1990 e disposizioni sulla competenza dei Tribunali delle imprese.

³⁰ Le controversie cui si riferisce il richiamato art. 3, commi c) e d), sono rispettivamente:

- quelle individuate nell’art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990 (azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della medesima legge n. 287/1990);
- quelle relative alla violazione della normativa *antitrust* dell’Unione europea.

³¹ L’art. 18 del d.lgs. n. 3/2017 è intervenuto sull’art. 4 del d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 introducendovi un nuovo comma 1-*ter*, ai sensi del quale sono inderogabilmente competenti per le controversie individuate nell’art. 3, commi c) e d) del d.lgs. n. 168/2003, e ciò anche nel caso in cui sia convenuta una società con sede all’estero:



Un ulteriore criterio previsto per l'esercizio della delega, come già precisato, ha inciso sulla portata applicativa delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 3/2017, stabilendone l'operatività sia con riferimento alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni delle sole norme *antitrust* nazionali in materia di intese e abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990), sia relativamente a quest'ultime applicate in parallelo alle norme europee di cui agli artt. 101 e 102 del TFUE.

Quanto ai soggetti legittimati attivi, il d.lgs. n. 3/2017 adotta una formula particolarmente ampia finalizzata a ricomprendervi qualsiasi persona fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica, che abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza. Con riferimento ai consumatori, questi ultimi, come accennato, possono agire per la richiesta del risarcimento del danno, oltre che individualmente, anche a seguito dell'esperimento di un'azione collettiva ai sensi dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo³².

Un'ulteriore puntualizzazione va effettuata in ordine al riconoscimento del diritto di promuovere l'azione risarcitoria in favore di chiunque abbia subito un danno e indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto, ossia del soggetto che ha acquistato, direttamente da un autore della violazione, beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure di acquirente indiretto, identificato nel soggetto che ha acquistato – non direttamente dall'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 stessi³³.

Tale distinzione, come si vedrà, assume particolare rilevanza nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno derivante dal trasferimento del sovrapprezzo sull'acquirente indiretto determinatosi in corrispondenza di livelli precedenti della catena di approvvigionamento, cui è dedicato il paragrafo conclusivo del documento.

-
- i. la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata);
 - ii. la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata);
 - iii. c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli 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).

³² Anche in tal caso, l'estensione della portata applicativa delle disposizioni del d.lgs. n. 3/2017 alle azioni collettive è frutto dell'attuazione di un criterio di delega.

³³ Cfr. art. 2, comma 1, lett. u) e lett. v) del d.lgs. n. 3/2017. Tale distinzione, in ogni caso, non preclude il diritto a richiedere il risarcimento del danno da parte di "chiunque" e quindi anche dei soggetti che non siano acquirenti, né diretti, né indiretti, dell'impresa autrice della violazione. In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nella celebre sentenza del 5 giugno 2014, C- 577/12, *Kone*, con cui ha affermato il diritto al risarcimento del danno anche in favore delle vittime dei prezzi di protezione, c.d. *umbrella pricing*, vale a dire dei soggetti nei cui confronti siano stati imposti dei prezzi allineati a quelli di cartello da parte di imprese che non abbiano preso parte allo stesso. La Corte, in altri termini, ha riconosciuto la responsabilità delle imprese aderenti a un cartello anche nel caso in cui imprese estranee all'intesa, «nella scia delle manovre di tale intesa, per così dire "sotto l'ombrello dell'intesa", fissino i propri prezzi - consapevolmente o inconsapevolmente - ad un livello superiore a quello altrimenti possibile in condizioni di concorrenza», statuendo che «ancorché la determinazione del prezzo offerto sia considerata quale decisione puramente autonoma, adottata dall'impresa non aderente all'intesa [...] tale decisione ha potuto essere presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall'intesa e, conseguentemente, in contrasto con le regole della concorrenza».



Quanto, invece, ai soggetti autori della violazione, il d.lgs. n. 3/2017 individua i medesimi nelle imprese o associazioni di imprese che abbiano commesso la violazione del diritto della concorrenza, come sopra definito e, recependo il disposto di cui all'art. 11 della direttiva n. 104/2014, prevede una significativa ipotesi di limitazione della responsabilità solidale in favore delle piccole o medie imprese (PMI) e di coloro che hanno beneficiato di un'immunità nell'ambito di un programma di clemenza³⁴.

Nello specifico, soffermandoci sulle PMI, l'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017, in deroga all'art. 2055 c.c., afferma che la PMI che viola il diritto della concorrenza è responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti se la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al 5% per il tempo in cui si è protratta la violazione e quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale (citato art. 2055 c.c.) determinerebbe un pregiudizio irreparabile alla sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. La medesima disposizione, con riferimento ai soggetti danneggiati diversi da quelli citati, introduce una responsabilità solidale limitata alle ipotesi in cui questi non siano riusciti ad ottenere il risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella medesima violazione.

Il comma 2, inoltre, stabilisce che la deroga non trova applicazione nel caso in cui la PMI abbia svolto un ruolo guida nella violazione o abbia costretto altre imprese a prendervi parte ovvero quando, la stessa PMI, abbia già commesso una precedente illecito anticoncorrenziale.

Un ulteriore accenno va mosso in ordine alla disciplina della prescrizione, in relazione alla quale il legislatore italiano ha stabilito una durata quinquennale, optando per il termine minimo individuato dalla Direttiva n. 104/2014³⁵, di fatto confermando il previgente regime di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto *antitrust*³⁶.

Quanto al decorso di tale termine, si prevede che lo stesso inizi a decorrere solo dopo che la violazione sia cessata e non prima che la vittima dell'illecito abbia avuto conoscenza – o possa ragionevolmente presumersi che sia stata a conoscenza – dell'infrazione, del fatto di aver subito un danno in conseguenza della stessa e dell'identità dell'autore, al fine di agevolare l'esercizio del diritto

³⁴ L'art. 2, comma 1, lett. m) del d.lgs. n. 3/2017 definisce il programma di clemenza "il programma adottato dall'autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 15, comma 2-bis della legge n. 287/1990 o altro programma della Commissione europea o di uno Stato membro relativo all'applicazione dell'art. 101 del TFUE o di una disposizione corrispondente del diritto nazionale in base alla quale un partecipante a un cartello segreto, indipendentemente dalle altre imprese coinvolte nel cartello, collabora a un'indagine dell'autorità garante della concorrenza fornendo volontariamente gli elementi di cui è a conoscenza circa il cartello e il ruolo svolto al suo interno, ricevendo in cambio, per decisione o con la chiusura del procedimento, l'immunità dalle ammende per il suo coinvolgimento nel cartello o una loro riduzione". Per chi abbia beneficiato dell'immunità nell'ambito di un programma di clemenza l'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 3/2017 prevede che tale soggetto sarà responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti e nei confronti di altri danneggiati, quando questi ultimi non riescono ad ottenere il risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte. L'ultimo comma dell'art. 9 del d.lgs. n. 3/2017, inoltre, stabilisce che 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.

³⁵ L'art. 10, comma 3, della direttiva n. 104/2014 prevede, infatti, che "Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni".

³⁶ Trattandosi di un'ipotesi di danno da fatto illecito, il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, già prima della direttiva n. 104/2014, era quello di cinque anni previsto dall'art. 2947 c.c.



al risarcimento di un danno che, nel caso di specie, è solitamente percepito dalla vittima in un momento di gran lunga successivo rispetto a quello in cui si realizza la condotta illecita³⁷.

Ciò chiarito, il prosieguo della trattazione sarà incentrato sulle disposizioni del d.lgs. n. 3/2017 che, in quanto volte ad agevolare l'onere della prova del danno e a ridurre l'asimmetria informativa tra le parti che caratterizza il contenzioso risarcitorio in materia *antitrust*, si pongono il precipuo obiettivo di favorire il ricorso alla tutela privatistica per le violazioni del diritto della concorrenza e potenziarne il ruolo di complementarità rispetto al *public enforcement*, a garanzia dell'effettività della struttura competitiva di mercato³⁸.

Nondimeno, date le peculiarità che contraddistinguono gli illeciti concorrenziali, si darà evidenza delle problematiche correlate all'attività di valutazione del danno *antitrust* – di particolare tecnicismo e complessità – e del ruolo di particolare rilievo che, sul versante probatorio, assume l'espletamento della consulenza tecnica, sia d'ufficio che di parte.

2.1. Il regime di esibizione delle prove e di accesso al fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza

Le azioni per il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza sono molto spesso caratterizzate dalla difficoltà, per il soggetto danneggiato, di individuare e reperire gli elementi di prova a sostegno della sua domanda, in quanto, nella maggior parte dei casi, posti nella disponibilità esclusiva dei soggetti autori dell'illecito o di terzi.

Per tentare di ridurre tale asimmetria, il d.lgs. n. 3/2017, in conformità alla direttiva n. 104/2014, prevede un rafforzamento dei poteri del giudice in materia di esibizione delle prove, stabilendo che lo stesso, su istanza motivata, possa ordinare, alle parti o a terzi, l'esibizione delle prove rilevanti – e dunque di una evidente utilità ai fini del giudizio – nei limiti di quanto proporzionato alla decisione; è d'uopo precisare che l'istanza in questione può essere presentata tanto dall'attore, quanto dall'autore della violazione, pur se, come accennato, è la vittima dell'illecito a trovarsi, il più delle volte, in una posizione di debolezza informativa rispetto alla controparte³⁹.

³⁷ Il danno *antitrust* è infatti solitamente inquadrato nella tipologia dei danni lungolatenti, caratterizzati da un disallineamento temporale tra la condotta anti-giuridica e il verificarsi del danno. Per completezza, si evidenzia altresì che il comma 2 dell'art. 8 del d.lgs. n. 3/2017 stabilisce la sospensione della prescrizione quando l'Autorità avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione risarcitoria, sospensione che si protrae per un anno dal momento in cui la decisione diventa definitiva o dopo che il procedimento si sia concluso in altro modo.

³⁸ Per un approfondimento in merito alle singole disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 3/2017 si rinvia alla Circolare Assonime n. 2 del 13 febbraio 2017 "Azioni risarcitorie per violazioni *antitrust*: analisi del decreto legislativo n. 3/2017". In dottrina, *ex pluribus*, si vedano Camoglio, "Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno *antitrust*" in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. fasc. 3, 2017, Meli, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa *antitrust**, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/2018, p. 199 e ss.

³⁹ L'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017, nell'escludere la possibilità che venga richiesto un accesso indiscriminato alla documentazione in possesso della controparte e dei terzi, richiede che l'istanza contenga l'indicazione dei fatti e delle prove ragionevolmente nella disponibilità di questi ultimi, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno (nel caso di istanza presentata da soggetto danneggiato) o della difesa (nel caso di istanza presentata dal convenuto).



A norma dell'art. 3, comma 3 del d.lgs. n. 3/2017, il giudizio circa la proporzionalità dell'esibizione richiesta è condotto dal giudice in base ad una serie di elementi e, segnatamente:

- i. in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
- ii. la portata e i costi dell'esibizione, specialmente per i terzi interessati;
- iii. la sussistenza di informazioni riservate, con specifico riguardo a soggetti terzi, nelle prove di cui è richiesta l'esibizione.

All'esito di entrambe le valutazioni (rilevanza e proporzionalità), il giudice ordina l'esibizione individuando in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione⁴⁰.

Nel caso di informazioni riservate si prevedono specifiche misure di tutela che il giudice può disporre quali l'obbligo del segreto, la conduzione di audizioni a porte chiuse, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata⁴¹.

Il successivo art. 4 del d.lgs. n. 3/2017 si occupa, invece, della disciplina relativa alla esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'Autorità garante della concorrenza, individuandone limiti e modalità tali da non compromettere l'efficacia applicazione, a livello pubblicistico, del diritto della concorrenza, specialmente nelle ipotesi di pendenza di un procedimento sanzionatorio, ove una divulgazione indiscriminata delle prove rischierebbe di compromettere la strategia di indagine dell'Autorità, ovvero l'efficacia attuazione di programmi di clemenza⁴².

Innanzitutto, il comma 1 del richiamato art. 4 stabilisce il principio secondo cui il giudice ordina l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità quando né le parti, né i terzi, siano ragionevolmente in grado di fornire tale prova. In secondo luogo, il giudizio di proporzionalità dell'ordine di esibizione si presenta maggiormente rigoroso rispetto a quello svolto ai sensi e nei termini di cui al citato art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 3/2017, dovendo il giudice valutare i seguenti, ulteriori, elementi:

- i. se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'Autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale Autorità;
- ii. la sussistenza del nesso di derivazione della domanda risarcitoria, per cui viene formulata la richiesta di esibizione, dalla violazione del diritto della concorrenza;

⁴⁰ Il d.lgs. n. 3/2017 precisa che la categoria di prove "è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi quali 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 o che rientrano nella stessa categoria".

⁴¹ Per espressa previsione dell'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 3/2017, sono considerate informazioni riservate oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione "i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone e imprese, nonché i segreti commerciali". Il comma 6 del medesimo art. 3 afferma, inoltre, la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere le parti nel giudizio risarcitorio.

⁴² Cfr. Considerando n. 23) della direttiva n. 104/2014. Per la definizione di programma di clemenza si rinvia alla precedente nota n. 34).



- iii. se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza⁴³.

I successivi commi 4, 5 e 6 dell'art. 4 del d.lgs. n. 3/2017 individuano, poi, tre tipologie di prove, in relazione alle quali viene delineato un differente regime di ammissibilità.

Più in dettaglio, la c.d. lista nera, o *black list*, si riferisce alle prove che non possono essere oggetto dell'ordine di esibizione, vale a dire le dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate⁴⁴, cui in nessun caso le parti o i terzi possono avere accesso⁴⁵.

La previsione viene tuttavia mitigata dalla possibilità, per l'attore, di presentare istanza motivata affinché il giudice acceda alle predette prove al solo fine di accertare che il loro contenuto corrisponda effettivamente alle definizioni di programma di clemenza e proposta di transazione⁴⁶; in difetto di corrispondenza, il giudice può ordinare l'esibizione a norma delle disposizioni dettate per le ulteriori categorie di prova.

La c.d. lista grigia, o *grey list*, comprende le prove ritenute ammissibili solo successivamente alla conclusione del procedimento da parte dell'Autorità. Trattasi, in particolare, delle informazioni ivi rese, delle informazioni che la stessa Autorità, nel corso del suo procedimento, ha redatto e comunicato alle parti e delle proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che siano state revocate.

⁴³ Più precisamente, ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 3/2017, tale valutazione deve essere condotta in relazione alle previsioni contenute nei commi 1 e 4 dell'art. 4, relative alle tipologie probatorie, e nel comma 7, riguardante l'espressione del parere dell'Autorità sulla proporzionalità della richiesta di esibizione.

⁴⁴ L'art. 2, comma 1, lett. p) del d.lgs. n. 3/2017 definisce la proposta di transazione "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". Si precisa, al riguardo, che dette proposte di transazione non sono attualmente disciplinate nell'ordinamento nazionale (da qui, pertanto, l'utilizzo dell'espressione "ove specificamente disciplinate") e pertanto, come chiarito dalla stessa Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, p. 8, sono da intendersi riferite a quelle delle Autorità garanti di altri Stati membri.

⁴⁵ La *ratio* di tale esclusione è compiutamente chiarita nel Considerando n. 26) della direttiva n. 104/2014, ove si precisa che "i programmi di clemenza e le procedure di transazione sono strumenti importanti per l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza dell'Unione, poiché contribuiscono ad individuare e perseguire efficacemente e sanzionare le violazioni più gravi di tali norme. Inoltre, poiché molte decisioni delle Autorità garanti della concorrenza nei casi riguardanti cartelli si basano su richieste di clemenza e le azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli sono in genere successive a tali decisioni, i programmi di clemenza sono importanti anche per assicurare l'efficacia delle azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli. Le imprese potrebbero essere dissuase dal collaborare con le Autorità garanti della concorrenza nell'ambito di programmi di clemenza e di procedure di transazione se dichiarazioni contenenti prove autoincriminanti, quali le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione predisposte soltanto ai fini della collaborazione con le Autorità garanti della concorrenza venissero divulgate. Tale divulgazione comporterebbe il rischio di esporre le imprese che collaborano o il loro personale con funzioni di amministrazione o direzione a responsabilità civile o penale a condizioni peggiori di quelle dei coautori della violazione che non collaborano con le Autorità garanti della concorrenza. Per garantire che le imprese continuino ad essere disposte a rivolgersi volontariamente alle Autorità garanti della concorrenza presentando dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, è opportuno che tali documenti siano esclusi dall'ordine della divulgazione delle prove. Tale esclusione dovrebbe altresì applicarsi alle citazioni letterali di una dichiarazione legata a un programma di clemenza o di una proposta di transazione contenute in altri documenti".

⁴⁶ È prevista la possibilità, per gli autori dei documenti interessati, di chiedere al giudice di essere sentiti, fermo il divieto, per le altre parti e per i terzi, di avere accesso a tali prove.

Con riferimento a tale tipologia di prova, quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è pendente un procedimento dinanzi all'Autorità e si rende necessario garantire l'efficacia del *public antitrust enforcement*, si prevede un'ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio risarcitorio fino alla chiusura del procedimento dinanzi all'Autorità.

Infine, la c.d. lista bianca, o *white list*, identifica le prove che non rientrano nelle precedenti categorie e la cui esibizione può essere ordinata anche prima delle conclusioni del procedimento da parte dell'Autorità.

Si evidenzia, da ultimo, che la disciplina relativa alla esibizione delle prove è corredata anche da uno specifico apparato sanzionatorio volto a punire – attraverso la comminazione di sanzioni pecuniarie da € 15.000 a € 150.000 – la parte o il terzo, nonché i loro rappresentanti legali, che, senza giustificato motivo, rifiutino di adempiere all'ordine di esibizione del giudice, distruggano prove rilevanti ai fini del giudizio, non rispettino gli obblighi imposti a tutela delle informazioni riservate, ovvero utilizzino le prove in violazione dei limiti individuati dall'art. 5 del d.lgs. n. 3/2017⁴⁷.

Sono altresì previste delle conseguenze di tipo processuale: con riferimento alle ipotesi di rifiuto a eseguire l'ordine di esibizione e di distruzione delle prove rilevanti, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto cui la prova si riferisce. Nella medesima ottica, relativamente alla restante fattispecie di utilizzo delle prove in violazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 3/2017, il giudice può respingere, in tutto o in parte, le domande e le eccezioni alle quali le prove si riferiscono.

2.2. L'effetto vincolante delle decisioni definitive dell'Autorità garante della concorrenza

Una delle principali innovazioni codificate in materia di *private antitrust enforcement* è rappresentata dall'efficacia vincolante attribuita al provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità garante⁴⁸.

Giova, al riguardo, evidenziare che già da tempo, nell'ordinamento nazionale, la giurisprudenza ha qualificato detti provvedimenti in termini di prova privilegiata, ossia dotata di particolare attendibilità circa l'esistenza della condotta illecita dell'impresa, senza tuttavia precludere la facoltà, per la parte convenuta, di fornire prova contraria in merito ai fatti accertati⁴⁹, quantunque, in alcune

⁴⁷ Tale disposizione disciplina i limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo dell'Autorità (e dunque non oggetto di un ordine di esibizione), prevedendo, per le prove rientranti nella lista grigia, lo stesso regime previsto per la loro esibizione dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 3/2017 e, per quelle rientranti nella lista bianca, l'utilizzo nell'azione di risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto (precludendone, quindi, l'utilizzo da parte di soggetti estranei alle parti in causa).

⁴⁸ Il principio, in realtà, è già espresso nell'ambito del regolamento n. 1/2003, ove l'art. 16 vieta ai giudici nazionali di emettere decisioni in contrasto con quelle della Commissione europea. In senso conforme, nella giurisprudenza della Corte di giustizia antecedente al citato regolamento, si vedano C. Giust. UE 28 febbraio 1991, C-234/89 e C. Giust. UE 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*. In dottrina, sul tema, Rordorf, *Il Ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 785.

⁴⁹ Si veda Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640. In dottrina, sull'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità, si vedano, *ex multis*, Pagni, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in Catricalà-Gabrielli, *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011, p. 525 e Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'Agcm a seguito della dir. 2014/104/Ue*, in *Dir. Ind.*, 2016, p. 252.



pronunce, spingendosi ad affermare che la prova contraria non potesse consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento fosse già contenuto nel provvedimento sanzionatorio dell'Autorità⁵⁰.

Le previsioni recepite nel d.lgs. n. 3/2017⁵¹ giungono a sancire espressamente l'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nei provvedimenti sanzionatori emessi dall'AGCM stabilendo che, ai fini dell'azione del risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali, si considera definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso (giudice amministrativo) o, in caso di impugnazione, da una sentenza del medesimo giudice passata in giudicato⁵².

Alcune considerazioni ulteriori appaiono doverose.

L'effetto vincolante, innanzitutto, riguarda unicamente le decisioni che accertano una violazione del diritto della concorrenza ed opera con riferimento alla natura della violazione, alla sua portata materiale, personale, territoriale e temporale, non estendendosi agli ulteriori elementi dell'illecito; in altri termini, per un verso, la parte convenuta non è ammessa a fornire prova contraria in ordine alla violazione accertata nei suoi confronti, in via definitiva, dall'Autorità o dal giudice del ricorso, per altro verso, il soggetto danneggiato non è sollevato dagli oneri probatori relativi all'esistenza del danno e del legame eziologico tra la condotta illecita e l'evento dannoso.

A ben vedere, l'impatto di tale previsione sul contenzioso risarcitorio in materia *antitrust* è particolarmente tangibile nelle azioni c.d. *follow-on*, ossia quelle intentate dopo che l'illiceità del

⁵⁰ In tal senso si è espressa Cass. civ, sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211. Per un approfondimento in merito alle evoluzioni giurisprudenziali sul tema si rinvia a Camoglio, *Gli aspetti processuali delle azioni di danno antitrust. Problemi e prospettive alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in AAVV, *Recenti sviluppi del diritto privato nella UE*, 2017, p. 115 e ss.

⁵¹ L'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 recepisce le previsioni dell'art. 9 par. 1, della direttiva n. 104/2014 in cui si dispone che "Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso 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". Nello stesso senso si veda anche il Considerando n. 34) in cui si afferma che "per migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, 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, la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno".

⁵² Al riguardo, è opportuno specificare che il giudice del ricorso, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 3/2017, è "il giudice competente ai sensi dell'art. 33, comma 1, legge n. 287/1990, ovvero un giudice di un altro Stato membro che ha il potere, in seguito alla proposizione di mezzi di impugnazione ordinari, di rivedere le decisioni emessa da un'Autorità 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".

Il richiamato art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990 sancisce, a sua volta, che la tutela giurisdizionale di fronte al giudice amministrativo è disciplinata secondo le norme del Codice del processo amministrativo, le quali innanzitutto devolvono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, ed esclusi quelli inerenti i rapporti di impiego privatizzati, adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato" (art. 133, comma 1, lett. l) e, in secondo luogo, attribuiscono la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (artt. 14, comma 1 e 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo). In definitiva, pertanto, nel nostro ordinamento il giudice del ricorso competente contro i provvedimenti dell'AGCM è il Tar Lazio e, in secondo grado, il Consiglio di Stato.



comportamento dell'impresa convenuta nel giudizio risarcitorio sia già stata accertata e sanzionata dall'AGCM, risultando di tutta evidenza il vantaggio, in termini di alleggerimento degli oneri probatori, che la parte attrice può trarre dall'effetto vincolante della decisione dell'Autorità⁵³.

In secondo luogo, volgendo l'attenzione sui provvedimenti dell'Autorità impugnati davanti al giudice amministrativo, il d.lgs. n. 3/2017 si preoccupa di precisare che il sindacato del giudice si concretizzi in una puntuale verifica dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e che si estenda anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame si renda necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.

Diverso valore probatorio assumono, invece, le decisioni definitive sulla violazione delle regole della concorrenza adottate dalle Autorità della concorrenza di un altro Stato membro o dal competente giudice del ricorso di altro Stato membro. In questo caso, in senso conforme alla direttiva n. 104/2014 che richiedeva di considerare tali decisioni "*almeno a titolo di prova prima facie del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza*"⁵⁴, l'art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 3/2017 configura tali decisioni in termini di prove della natura e della portata della violazione, valutabili assieme ad altri elementi di prova presentati dalle parti e lasciando, dunque, inalterata la possibilità per l'autore della violazione di fornire prova contraria.

Da ultimo, l'art. 7, comma 3 del d.lgs. n. 3/2017, ricorda che ai giudici nazionali è consentito – e talvolta obbligatorio – ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del TFUE⁵⁵.

2.3. Il danno risarcibile e i criteri per la sua quantificazione

La disciplina prevista per la valutazione del danno *antitrust* riflette quella dettata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, come noto costruita mediante il richiamo, per la determinazione del danno risarcibile, alle previsioni declinate in generale in tema di responsabilità del debitore.

Innanzitutto, è l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 3/2017 a stabilire che il danno risarcibile deve comprendere il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non può dar luogo a sovracompenzazioni⁵⁶; il legislatore, in tal modo, per un verso conferma uno dei principi cardine sui

⁵³ Alle azioni c.d. *follow-on* si contrappongono le azioni risarcitorie c.d. *stand-alone*, promosse indipendentemente da una pronuncia dell'Autorità *antitrust* circa l'illiceità della condotta contestata.

⁵⁴ Cfr. art. 9, comma 2, della direttiva n. 104/2014.

⁵⁵ L'art. 267 del TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi, in seguito alla richiesta di un organo giurisdizionale di uno Stato membro, "*sull'interpretazione dei trattati*" e "*sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione*". I commi secondo e terzo dell'art. 267 TFUE distinguono due diverse ipotesi: quella in cui le questioni pregiudiziali vengono sollevate, nelle materie suddette, da organi giurisdizionali in quanto ritenute necessarie per la decisione del giudizio pendente – nel qual caso il giudice ha la facoltà di investire la Corte della questione – e quelle sollevate da organi giurisdizionali di ultima istanza, in relazione alle quali il rinvio pregiudiziale alla Corte è obbligatorio.

⁵⁶ Il Considerando n. 12) della direttiva n. 104/2014, nel precisare che chiunque abbia subito un danno per violazione del diritto della concorrenza dell'Unione può chiedere un risarcimento per il danno emergente e per il guadagno di cui è stato privato, si sofferma sulla corresponsione degli interessi, affermando che "*il pagamento degli interessi è una componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo, e dovrebbe essere corrisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento, restando impregiudicata la qualifica di siffatto interesse come interesse compensativo o interesse di mora a norma del diritto*



quali si fonda la direttiva n. 104/2014, vale a dire il diritto del danneggiato da una violazione del diritto della concorrenza al risarcimento integrale del danno, per altro verso, precisa la funzione compensatoria del danno, escludendo l'applicazione dei c.d. danni punitivi o comunque improntati a logiche di deterrenza e rimarcando la tradizionale funzionale riparatoria della responsabilità, delle quali richiama le componenti essenziali⁵⁷.

Nell'ambito delle previsioni dell'art. 14 del d.lgs. n. 3/2017, specificatamente dedicate ai criteri di liquidazione del danno, viene poi espressamente operato un rinvio alle disposizioni generali del codice civile in tema di responsabilità e, più partitamente, agli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile.

Attraverso il richiamo all'art. 1223 c.c., si ribadisce quanto già espresso nel suddetto art. 1 del d.lgs. n. 3/2017 – ossia che il risarcimento del danno deve comprendere sia la perdita subita (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante) in quanto ne siano conseguenza diretta e immediata e, pertanto, laddove sussista un nesso di causalità tra la condotta illecita e l'evento dannoso – mentre, il rimando agli artt. 1226 e 1227 c.c. consente l'applicazione, in materia *antitrust*, delle disposizioni civilistiche dettate in punto di valutazione equitativa del danno e concorso di colpa del danneggiato⁵⁸.

In coerenza con la direttiva n. 104/2014, il richiamato art. 14 del d.lgs. n. 3/2017 reca le disposizioni volte 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*⁵⁹.

Il riferimento in tal senso è dato non solo dalla cennata possibilità del giudice di liquidare il danno con valutazione equitativa quando non sia possibile provarne l'entità ma – soprattutto – dalla previsione di una presunzione circa la sussistenza del danno quando la violazione del diritto della concorrenza consiste in un cartello, cui si aggiunge la definizione di un rapporto di collaborazione istituzionale tra AGCM e giudice in base al quale lo stesso può richiedere assistenza dell'Autorità

nazionale e indipendentemente dal fatto che il decorso del tempo sia considerato come una categoria separata (interesse) o come una parte costitutiva del danno emergente o del lucro cessante. Spetta agli Stati membri stabilire le norme da applicare a tal fine". Il successivo Considerando n. 13) chiarisce che il pieno risarcimento non dovrebbe comportare una sovracompensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura.

⁵⁷ In tal senso Camilleri, "Il risarcimento per violazione del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno", *op. cit.*, p. 155.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 1226 c.c. il giudice procede a liquidare il danno con valutazione equitativa quando non può essere provato nel suo preciso ammontare. Il successivo art. 1227 c.c., invece, stabilisce che "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

⁵⁹ Cfr. art. 17, comma 1 della direttiva n. 104/2014. Ai successivi commi dell'art. 17 si deve l'introduzione della presunzione dell'esistenza del danno nel caso di cartello e la codificazione della possibilità, per il giudice nazionale, di chiedere assistenza all'Autorità garante della concorrenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno.



formulando specifiche richieste concernenti gli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno⁶⁰.

Soffermandoci sulla presunzione del danno nelle ipotesi di cartello – intendendosi per tale un accordo, un'intesa o una pratica concordata volta alla fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita, alla ripartizione del mercato e dei clienti, ovvero alla limitazione della produzione⁶¹ – l'art. 14, comma 2 del d.lgs. n. 3/2017 stabilisce espressamente che *“l'esistenza del danno cagionato dalla violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salvo prova contraria dell'autore della violazione”*.

Si assiste, pertanto, a un'inversione dell'onere probatorio, operante esclusivamente con riferimento alle intese restrittive della concorrenza configurabili in termini di cartelli, in conseguenza della quale il soggetto danneggiato è sollevato dalla prova circa l'esistenza del danno, incombando invece sul convenuto l'onere di dimostrare che il cartello cui ha partecipato non ha prodotto alcun effetto pregiudizievole.

Ad ogni modo, l'accento va posto sulla circostanza che le previsioni citate si fanno carico delle difficoltà della vittima di un illecito *antitrust* di dimostrare di aver subito un danno e di provarne l'entità ai fini dell'ottenimento del risarcimento il quale, proprio perché finalizzato a ripristinare il soggetto danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione, si caratterizza per gli evidenti limiti intrinseci sottesi all'attività di valutazione dell'andamento delle condizioni di mercato qualora la condotta anticoncorrenziale non fosse stata attuata, richiedendo, in altri termini, una complessa operazione di raffronto tra uno scenario attuale e uno, per definizione, ipotetico⁶².

Limiti, questi, ben noti al legislatore europeo che ha elaborato una Guida pratica sui metodi e sulle varie tecniche sviluppate nel settore economico ai fini della quantificazione del danno *antitrust*, al precipuo fine di fornire un valido supporto ai giudici nazionali e rendere più agevoli gli esiti del contenzioso risarcitorio⁶³.

Senza pretese di completezza, è utile in questa sede rilevare che il documento ricostruisce gli effetti dannosi di una condotta anticoncorrenziale e ne individua i criteri economici di stima dello scenario di mercato verosimilmente ipotizzabile in assenza dell'infrazione a seconda della tipologia di illecito

⁶⁰ In tal caso, l'art. 14, comma 3 del d.lgs. n. 3/2017 puntualizza che l'Autorità è tenuta a prestare l'assistenza richiesta solo laddove risulti appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione, a livello pubblicistico, del diritto della concorrenza.

⁶¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. l) del d.lgs. n. 3/2017.

⁶² Il concetto è ben esplicitato nel Considerando n. 46) della direttiva n. 104/2014, ove si evidenzia che *“La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi. Ciò è spesso molto costoso e gli attori incontrano difficoltà nell'ottenere i dati necessari a comprovare le loro domande. La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento”*.

⁶³ Trattasi della Guida pratica - *Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, 2013, elaborata dalla Commissione ed allegata alla Comunicazione 2013/C 167/07.



commesso, vale a dire a seconda che si tratti di una pratica di sfruttamento o di una pratica escludente.

Nel primo caso, ci si riferisce a quelle infrazioni, di cui l'esempio tipico è rappresentato dai cartelli, che consistono nella fissazione del prezzo di un bene al di sopra di quello praticabile in regime di libera concorrenza e che possono condurre ad un aumento dei prezzi pagati dai clienti delle imprese autrici delle infrazioni, concretizzandosi l'evento dannoso nel sovrapprezzo pagato dall'acquirente diretto del bene e in quello eventualmente traslato sul livello immediatamente successivo della catena produttiva o distributiva.

In tale contesto, per la ricostruzione di uno scenario ipotetico in assenza di infrazione, si ricorre ai metodi comparativi, che consistono nell'analisi dei periodi antecedenti o successivi alla violazione, o di altri mercati non interessati dall'infrazioni, valutando prezzi, volumi delle vendite, margini di profitto o altre variabili economiche rilevati in periodi normali, ovvero su mercati non influenzati dalla condotta anticompetitiva. Al riguardo, è sin d'ora doveroso premettere che la Guida pratica in esame si concentra quasi esclusivamente sul fenomeno del sovrapprezzo – definito in termini di differenza tra il prezzo effettivamente pagato dall'acquirente diretto e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza⁶⁴ – e che, a distanza di qualche anno, la Commissione europea ha elaborato delle Linee Guida specificatamente dedicate all'ulteriore fenomeno del trasferimento del sovrapprezzo sull'acquirente indiretto (c.d. *passing on*) su cui ci si soffermerà più compiutamente nel successivo paragrafo⁶⁵.

Si parla, invece, di illeciti escludenti con riferimento a quei comportamenti che mirano alla fuoriuscita di un concorrente dal mercato o che ne riducono la quota di mercato; l'esempio tradizionale è la fattispecie di abuso di posizione dominante attraverso le pratiche di compressione dei margini tra prezzi e costi degli operatori presenti su un dato mercato, la determinazione di prezzi predatori, oppure la conclusione di determinati tipi di accordi verticali di esclusiva tra fornitori e distributori che alterino le dinamiche competitive.

Rispetto a tale tipologia di illeciti, solitamente ci si avvale di modelli economici adattati al mercato reale di riferimento – modelli che attingono alle teorie economiche per illustrare il probabile andamento di un mercato in base alle sue principali caratteristiche quali, a titolo d'esempio, il numero di concorrenti, le modalità di concorrenza, il grado di differenziazione dei prodotti, le barriere all'entrata – in modo da simulare la situazione di mercato che si sarebbe riscontrata in assenza dell'infrazione (dunque un metodo di simulazione e non di comparazione).

Le varianti metodologiche, compiutamente esposte nella Guida citata, comprendono il metodo basato sui costi – in base al quale, per definire lo scenario ipotetico in assenza di infrazione, si utilizzano i costi di produzione per il prodotto in questione e un indicatore di un margine di profitto

⁶⁴ In argomento, *ex multis*, si veda Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013.

⁶⁵ Trattasi delle *Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto*, 2019/C 267/07.



“ragionevole” – oppure analisi di tipo finanziario che utilizzano, come punto di partenza, i risultati finanziari dell’attore o del convenuto⁶⁶.

L’analisi finora condotta consente di cogliere il particolare tecnicismo che connota l’operazione di stima del danno *antitrust* e apre la strada ad un’ulteriore puntualizzazione relativa all’importanza che, in tale ambito, è rivestita dalla consulenza tecnica⁶⁷.

È, in tal senso, innegabile il ruolo determinante che il consulente tecnico, a prescindere dal soggetto che lo nomina (giudice o parte in causa), è chiamato a svolgere nell’operazione di quantificazione delle voci di danno risarcibili, con particolare riferimento alla complessa attività di analisi fattuale, economica e statistica degli scenari di mercato.

Del resto, rispetto alla consulenza tecnica d’ufficio, è la stessa direttiva n. 104/2014 a palesare l’opportunità che ai giudici nazionali sia conferito il potere di stimare l’ammontare del danno causato dalle violazioni del diritto della concorrenza⁶⁸, con ciò richiamando proprio la facoltà del giudice di avvalersi dell’ausilio di un consulente tecnico per la possibile soluzione di questioni che, come d’evidenza nel caso di specie, necessitano di specifiche conoscenze di natura economica; è appena il caso di sottolineare che il d.lgs. n. 3/2017 non esplicita la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica, avendo il legislatore nazionale ritenuto adeguati gli strumenti processuali già previsti nell’ordinamento per il tramite della pacifica applicazione delle disposizioni generali declinate negli artt. 61 e 191 c.p.c. in relazione al processo civile⁶⁹.

2.4. Il trasferimento del sovrapprezzo (c.d. *passing on*)

Un ulteriore aspetto di significativo interesse preso in considerazione dalla direttiva n. 104/2014 e, conseguentemente, recepito nel d.lgs. n. 3/2017, attiene al riconoscimento giuridico della rilevanza della traslazione del danno, anche noto come *passing on*, vale a dire il fenomeno in base al quale le condotte illecite poste in essere in un determinato stadio della catena produttiva o distributiva tendono a ripercuotersi sui livelli successivi – con consequenziale trasferimento a valle degli effetti dannosi – generando un aumento dei prezzi a discapito dell’anello immediatamente inferiore della catena.

Un esempio può rivelarsi utile per una più chiara comprensione del fenomeno:

⁶⁶ In tali termini si esprime la Guida pratica alla quantificazione del danno, *cit.*, Parte 2 - Metodi e tecniche, cui è doveroso il rinvio per una più approfondita disamina circa i criteri economici e i metodi di stima del danno nelle azioni di risarcimento in materia di concorrenza, nonché per lo studio di una serie di esempi pratici che illustrano i tipici effetti delle violazioni delle norme europee sulla concorrenza e che mostrano come possano essere in concreto applicati i metodi e le tecniche di quantificazione del danno illustrati nella Guida.

⁶⁷ In argomento, e per quanto più partitamente attiene alla presentazione di elementi di prova di natura economica ed empirica che possono essere presi in considerazione nei casi concernenti l’applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, si segnala il documento della Direzione generale della Commissione «*Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Article 101 and 102 TFEU and in merger cases*».

⁶⁸ Cfr. Considerando n. 46) a art. 17, par. 1 della direttiva n. 104/2014.

⁶⁹ Così chiarisce la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, p. 17.



- i. l'impresa A (soggetto autore della violazione), in seguito alla costituzione di un cartello con i suoi concorrenti, immette nel mercato il bene X ad un prezzo più elevato rispetto a quello concorrenziale;
- ii. l'impresa B (acquirente diretto) acquista il bene X, per la produzione del bene Y, ad un prezzo più alto rispetto a quello che avrebbe corrisposto all'impresa A se quest'ultima non avesse commesso l'infrazione. La differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che sarebbe altrimenti prevalso in assenza dell'illecito è denominata sovrapprezzo;
- iii. in seguito all'aumento del prezzo correlato al cartello, l'impresa B, a sua volta, incrementa il prezzo del bene Y operando il c.d. trasferimento del sovrapprezzo sull'impresa C (acquirente indiretto) che acquista il bene Y per la produzione del bene Z;
- iv. l'impresa C potrebbe anch'essa aumentare il prezzo del proprio prodotto Z e, quindi, trasferire il sovrapprezzo al consumatore finale D, parimenti considerato acquirente indiretto ai sensi della direttiva n. 104/2014 e del d.lgs. n. 3/2017⁷⁰.

Nel contesto delineato, è d'uopo ribadire che la legittimazione attiva, ai sensi dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017 è attribuita a chiunque abbia subito un danno, a prescindere dalla circostanza che si tratti di acquirente diretto o indiretto; in tal modo la possibilità di agire nei confronti dell'autore della violazione (impresa A) è espressamente riconosciuta non solo in capo a colui che ha direttamente acquistato il bene (impresa B) ma anche, per l'appunto, all'acquirente indiretto che si trovi a un livello inferiore, o più a valle, della catena di approvvigionamento (impresa C e consumatore D).

Il successivo comma 2 dell'art. 10 del d.lgs. n. 3/2017 si occupa, invece, di precisare che il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione ad un dato livello della catena di approvvigionamento non può superare il danno da sovrapprezzo subito a tale livello, pur sempre rimanendo fermo il diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento per il mancato guadagno (lucro cessante) derivante dal trasferimento, integrale o parziale, del sovrapprezzo.

Le maggiori criticità che, ai fini dell'esperimento dell'azione risarcitoria, caratterizzano il fenomeno del *passing on* sono di ordine probatorio e si manifestano, in particolar modo, con riferimento alla prova del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale, nel caso in esame posta in essere dall'impresa che ha costituito il cartello, e il danno che l'acquirente indiretto sostenga di aver subito in conseguenza del trasferimento del sovrapprezzo.

Muovendo da tale considerazione, l'art. 12, comma 2 del d.lgs. n. 3/2017 stabilisce una presunzione del trasferimento del sovrapprezzo in favore dell'acquirente indiretto (impresa C e consumatore D) il quale dimostri che:

- i. il convenuto (impresa A) ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
- ii. tale violazione ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto (impresa B);
- iii. l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

⁷⁰ Cfr. art. 2, par. 24 della direttiva n. 104/2014 e art. 2, comma 1, lett. v) del d.lgs. n. 3/2017.



In aggiunta alle suddette norme, vanno menzionate le specifiche previsioni declinate nell'art. 11 del d.lgs. n. 3/2017 che riconoscono la possibilità, per l'autore della violazione, di invocare nell'azione risarcitoria l'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo a sua difesa, fornendo la prova, anche attraverso la richiesta di esibizione di prove alla controparte o a terzi, che il danno derivante dalla sua condotta illecita (il sovrapprezzo) sia stato integralmente o in parte trasferito dall'attore al livello sottostante della catena del mercato (c.d. *passing on defence*); più precisamente, qualora venga dimostrato l'intero trasferimento, l'attore perde la legittimazione ad agire in quanto il danno trasferito a valle non configura più un pregiudizio che giustifica il risarcimento, ove, invece, il trasferimento sia provato solo in parte, l'entità del danno risarcibile potrà essere ridotta⁷¹.

Il consequenziale aspetto problematico che, anche in tal caso, si pone nella dovuta evidenza attiene alle difficoltà correlate alla quantificazione della parte di prezzo trasferita sull'acquirente indiretto nell'ipotesi di traslazione del danno.

Ancora una volta il legislatore europeo, attraverso l'adozione di apposite Linee guida⁷², si è fatto carico del compito di fornire agli Stati membri delle preziose indicazioni in merito ai parametri economici e ai metodi di quantificazione da utilizzare per la stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto e, più partitamente, per individuare il danno da sovrapprezzo che residua ad un dato livello della catena di approvvigionamento, nonché il danno dovuto alla riduzione del volume delle vendite derivante dal sovrapprezzo⁷³.

Una particolare attenzione, inoltre, viene prestata alle tipologie di prove oggetto di esame nel trasferimento del sovrapprezzo⁷⁴, con particolare riguardo alla valutazione, da parte dei giudici nazionali, delle perizie di esperti economici, nominati dagli stessi ovvero dalle parti in causa al fine di fornire ausilio nella stima (anche) del trasferimento⁷⁵, a riprova di quanto l'elevato tecnicismo della materia e le peculiarità tipiche delle prove economiche conferiscano alla consulenza tecnica un ruolo di primaria importanza nell'ambito dei contenziosi risarcitori in materia *antitrust*.

⁷¹ Cfr. la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, p. 14.

⁷² Si tratta delle già citate *Linee Guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto* che integrano la Guida pratica - *Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* e che, a differenza di quest'ultima, si concentrano in maniera specifica sul trasferimento del sovrapprezzo nel contesto delle violazioni dell'articolo 101 del TFUE, con particolare riferimento ai cartelli e ad altre restrizioni orizzontali.

⁷³ In considerazione del valido strumento operativo che le Linee Guida rappresentano, alle stesse si rinvia integralmente per l'analisi dettagliata dei principi e delle teorie economiche in materia di trasferimento del sovrapprezzo e dei metodi di quantificazione e di stima per quantificare gli effetti sul prezzo e sul volume correlati a tale trasferimento.

⁷⁴ Le Linee guida (par. 2.4. - Il ruolo delle prove), distinguono le prove qualitative, che consentono la comprensione del comportamento aziendale o le strategie di fissazione dei prezzi di un'impresa (contratti, documenti interni, relazioni finanziarie e contabili, perizie, etc.) da quelle quantitative relative, in particolare, ai dati per l'uso di tecniche econometriche quali i prezzi di vendita, i prezzi al dettaglio e al consumatore finale del prodotto, relazioni finanziarie, perizie, volumi di vendite, sconti e altri costi dei fattori produttivi.

⁷⁵ Le Linee Guida, nel prendere atto delle differenze esistenti negli Stati membri in ordine al coinvolgimento, nei processi, di esperti economici, evidenziano che "i giudici di Francia, Paesi Bassi e Regno Unito trattano in larga misura direttamente con gli esperti economici nominati dalle parti. In altri Stati membri, come in Belgio, Danimarca, Germania Ungheria e Italia, in molti casi, i giudici hanno cercato di chiedere il parere di esperti nominati dal giudice stesso".