



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

III EDIZIONE

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Diritto antitrust

A cura di
LORENZO FEDERICO PACE

Edizioni  **Efesto**

L'arte del buono e del giusto



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Diritto antitrust – vol. 1

III Edizione

a cura di
Lorenzo Federico Pace

Edizioni  **Efesto**

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

III Edizione – Vol. I



COPYRIGHT 2026, EDIZIONI EFESTO ©



Efesto Libri SRLS - Via Corrado Segre, 11 (Roma)

06.5593548 - info@edizioniefesto.it

www.edizioniefesto.it

*A norma di legge è vietata la riproduzione,
anche parziale, del presente volume
o di parte di esso con qualsiasi mezzo*

Collana: *L'arte del buono e del giusto*

Curatore: *Lorenzo Federico Pace*

ISBN 978-88-3381-789-7

gennaio 2026

Impaginazione e stampa:

Libreria Efesto | **edizioniefesto.it**

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA ITALIANO E DELL'UNIONE EUROPEA

Vol. 1 - Indice

VOLUME 1

<i>Note degli Autori</i>	p. 11
INTRODUZIONE ALLA III, II, I EDIZIONE.....	p. 17
L.F. Pace	
I. PROFILI GENERALI RELATIVI AL DIRITTO DELLA CONCORRENZA.....	p. 25
L.F. Pace – Quale futuro per l'Unione europea nel periodo delle crisi? Diritto della concorrenza, mercato interno e natura giuridica dell'Unione europea	p. 27
L.F. Pace – La nascita del diritto della concorrenza in Europa: la redazione degli artt. 85 e 86 CEE, il Reg. 17/1962 e il passaggio al Reg. 1/2003.....	p. 35
G.A. Benacchio – Il <i>private enforcement</i> del diritto europeo <i>antitrust</i> : evoluzione e risultati.....	p. 51
E. Gambaro – Il <i>private enforcement</i> degli aiuti di Stato: l' <i>action plan</i> e le novità dal 2012 a oggi.....	p. 69
R. Niro – Il diritto di iniziativa economica privata, il diritto <i>antitrust</i> e la tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	p. 77
M. Carta – Stato di diritto e concorrenza.....	p. 103
II. DIRITTO <i>ANTITRUST</i>	p. 113
II.1 - I divieti <i>antitrust</i> e alcuni aspetti ad essi relativi.....	p. 113
L. Cecchetti – Il concetto di impresa.....	p. 115
M. De Vita – Il pregiudizio al commercio tra Stati membri.....	p. 143
M. D'Ostuni – Il concetto d'intesa.....	p. 157
M. Siragusa, L. Ruocco – Le intese orizzontali.....	p. 171
C. Osti – Le pratiche facilitanti e lo scambio di informazioni.....	p. 185
R. Pardolesi – Le intese verticali.....	p. 191
M. Guidi – Gli accordi algoritmici (collusione algoritmica)	p. 219
G. Bruzzone, S. Capozzi – L'abuso di posizione dominante.....	p. 239
F. Caliento – L'applicabilità dell'art. 102 TFUE alle operazioni di concentrazione «sotto-soglia».....	p. 267
L.F. Pace – L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nei confronti degli Stati membri.....	p. 281
L.F. Pace – Il rapporto tra diritto europeo <i>antitrust</i> e diritto nazionale.....	p. 289
D. Gallo – L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga <i>antitrust</i> atipica.....	p. 295
E. Fabrizi, Ducci – I rapporti tra diritto <i>antitrust</i> e diritti di proprietà intellettuale	p. 311

P. Piva – Il diritto <i>antitrust</i> e le direttive sugli appalti pubblici.....	p. 337
P. De Pasquale – L'applicazione <i>extraterritoriale</i> dei divieti <i>antitrust</i>	p. 357
II.2 - Il <i>public enforcement</i> dei divieti <i>antitrust</i>	p. 375
A. Scognamiglio – La <i>European Competition Network</i> : il Regolamento sulla “modernizzazione” (Reg. 1/2003), la Direttiva “ECN+” (Dir. 2019/1), l’attuazione della direttiva: un primo, provvisorio bilancio.....	p. 377
S. Stella – Il procedimento <i>antitrust</i> dinanzi all’AGCM.....	p. 403
R. Garozzo – Le decisioni di accertamento, la diffida e la politica sanzionatoria dell’AGCM.....	p. 431
S. Stella – Accesso al fascicolo <i>antitrust</i>	p. 459
M. Todino, N. Colombo, M. Carpenzano – Il procedimento <i>antitrust</i> dinanzi alla Commissione europea.....	p. 471
E. Borti, A. Zanzano – Le decisioni della Commissione, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria.....	p. 491
P. Manzini – L’imputabilità delle infrazioni <i>antitrust</i> nei gruppi di società.....	p. 503
E. Lanza, C. Lo Surdo – Le indagini conoscitive dell’AGCM.....	p. 517
F. Squillante – I poteri di <i>advocacy</i> dell’Autorità <i>antitrust</i> italiana	p. 539
II.3 - Il <i>private enforcement</i> dei divieti <i>antitrust</i>	p. 551
F. Munari, M. Barbano – La Direttiva <i>Damages</i> : dalle origini del sistema europeo di <i>private antitrust enforcement</i> alla dir. 104/2014.....	p. 553
P. Fattori – La legittimazione attiva e passiva all’azione <i>antitrust</i>	p. 571
M. Carpagnano – Le difese dell’impresa convenuta e il <i>passing on</i>	p. 583
M. Melpignano – La prescrizione del diritto al risarcimento danni.....	p. 597
G.L. Zampa, C. Carli – Il riparto dell’onere della prova ai sensi dell’art. 2 Reg. 1/2003 anche con riferimento all’art. 101 § 3 TFUE.....	p. 609
G. Muscolo, P. Caprile, J.M. Orsi – La quantificazione del danno nel processo <i>antitrust</i>	p. 631
G. Notaro, G. Guardavaccaro – Il ruolo dell’analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno <i>antitrust</i>	p. 647
E. Camilleri – Le conseguenze civilistiche dell’illecito <i>antitrust</i> : la nullità	p. 667
M. Negri – Il processo di merito in materia <i>antitrust</i>	p. 681
R. Caiazza – L’azione risarcitoria, l’onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano.....	p. 709
P. Comoglio – Il potere cautelare del giudice nell’azione <i>antitrust</i>	p. 739
G. Afferni – L’azione di classe per violazioni del diritto della concorrenza.....	p. 751
S. Bariatti, A. Cutrupi – Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell’azione <i>antitrust</i>	p. 773
S. Bastianon – Arbitrato commerciale internazionale e diritto <i>antitrust</i>	p. 789

II.4 - I rapporti tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> dei divieti <i>antitrust</i>	p. 805
A. Pera – Le decisioni con impegni e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i>	p. 807
S. D'Alberti – Le decisioni con <i>settlement</i> e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i>	p. 821
P. Caprile – I programmi di <i>leniency</i> ed il loro rilievo per l' <i>antitrust public</i> e <i>private enforcement</i>	p. 839
A. Trotta – Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione.....	p. 855
F. Ammassari – I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore <i>antitrust</i>	p. 867
II.5 - La tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'AGCM e della Commissione in materia <i>antitrust</i> le la egittimazione dell'AGCM <i>ex art. 21 bis l. 287/1990</i>	p. 887
M. Clarich, C.B. Calini – La tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'AGCM in materia <i>antitrust</i>	p. 889
G. Gattinara – La tutela giurisdizionale avverso gli atti della Commissione in materia <i>antitrust</i>	p. 903
M.A. Sandulli – La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della P.A. <i>ex art. 21 bis l. 287/1990</i>	p. 921

VOLUME 2

III. AIUTI DI STATO.....	p. 7
III.1 - Il divieto di aiuti di Stato e le relative deroghe.....	p. 7
P. Nebbia – Il concetto di aiuto di Stato.....	p. 9
N. Landi – Le deroghe al principio generale d'incompatibilità <i>ex art. 107 §§ 2 e 3 TFUE</i> e Regolamenti di esenzione per categoria.....	p. 39
D. Gallo – Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico.....	p. 55
G. Biagioni – La portata generale dell'art. 107 TFUE e il rapporto con le norme sulla libera circolazione delle merci.....	p. 73
S. Marino – La disciplina degli aiuti di Stato e sostenibilità.....	p. 81
D. Diverio – Il rapporto tra l'art. 107 TFUE e il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi.....	p. 99
III.2 - La disciplina di diritto secondario e i procedimenti della Commissione in materia di aiuti di Stato.....	p. 111
N. Landi – La normativa di secondo grado in materia di aiuti di Stato.....	p. 113
G. Biagioni – La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato nuovi.....	p. 123
G. Biagioni – La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali e l'obbligo di recupero.....	p. 145
G. Biagioni – La procedura della Commissione relativa all'uso abusivo dell'aiuto di Stato	p. 165

G. Biagioni – La procedura della Commissione relativa agli aiuti esistenti e agli schemi di aiuti di Stato.....	p. 171
III.3 - Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE, le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi ai giudici nazionali e il risarcimento del danno provocato dalla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea.....	p. 185
C. Schepisi – Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale (Diritto UE).....	p. 187
M. Merola, T. Ubaldi, L. Armati – Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali (diritto UE).....	p. 207
E. Gambaro – Le difese dell'impresa beneficiaria a fronte dell'ordine di recupero del giudice nazionale, <i>ex art.</i> 108 § 3 TFUE, e della Commissione e dello Stato membro, <i>ex art.</i> 107 TFUE (Diritto UE).....	p. 229
F. Bestagno – Il risarcimento dei danni per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Diritto UE).....	p. 243
G. Biagioni – Le modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE).....	p. 261
G. Gattinara – La tutela giurisdizionale avverso le decisioni in materia di aiuti di Stato della Commissione (Diritto UE).....	p. 275
III.4 - Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato.....	p. 291
F. Mazzocchi – Le procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia.....	p. 293
III.5 - Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE, le controversie sul recupero degli aiuti illeciti e incompatibili e il risarcimento del danno provocato dalla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato dinanzi ai giudici italiani.....	p. 313
A. Cioffi – La giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di aiuti di Stato. Principi e limiti per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE.....	p. 315
M. Martinelli – Il <i>private enforcement</i> dell'art. 108 § 3 TFUE e le controversie sul recupero degli aiuti illegali e incompatibili dinanzi al giudice amministrativo.....	p. 333
M. Ranieli – Aiuti di Stato e concorrenza sleale.....	p. 355
III.6 - I rapporti tra public e <i>private enforcement</i> in materia di aiuti di Stato.....	p. 371
M. Liberati – La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea nel settore degli aiuti di Stato	p. 373

VOLUME 3

IV. REGOLAMENTAZIONE E POLITICA INDUSTRIALE	p. 7
F. Ferraro, C. Massa – Le nuove frontiere della politica UE di concorrenza e regolamentazione: dai servizi digitali all'intelligenza artificiale e dagli investimenti esteri alle sovvenzioni estere.....	p. 9
A. Buttà – Analisi economica, diritto <i>antitrust</i> e regolamentazione.....	p. 23
A. Pezzoli – La politica industriale e l' <i>antitrust</i>	p. 45
G. Contaldi – Il <i>Digital Market Act</i> (DMA).....	p. 65

F. Battaglia – Il <i>Digital Service Act</i> e il suo impatto sulla concorrenza nel mercato interno.....	p.	79
F. Ferri, S. Villani – Il Regolamento sull'intelligenza artificiale (<i>AI ACT</i>)	p.	95
M. Maggiolino – Il diritto <i>antitrust</i> e i dati.....	p.	115
G. Gattinara – La disciplina delle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.....	p.	127
F. Rossi Dal Pozzo – Il quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione	p.	147
M. Carpagnano – La disciplina della “ <i>golden power</i> ” in Italia.....	p.	173
E. Spinelli, L. Stiz – Il diritto <i>antitrust</i> e il settore delle telecomunicazioni.....	p.	181
R. D’Orazio – Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali Regolamento (UE) 2016/679 - GDPR).....	p.	199

NOTE SUGLI AUTORI

- FRANCESCA AMMASSARI – Funzionario della Direzione rapporti internazionali e con l’Unione europea, AGCM
- GIORGIO AFFERNI – Professore associato di diritto privato, Università degli studi di Genova; Managing partner di Delex Law Firm
- LEONARDO ARMATI – Case handler presso la Direzione Generale Concorrenza della Commissione europea
- FRANCESCO BATTAGLIA, Professore associato di diritto dell’Unione europea, Università di Roma “La Sapienza”; Jean Monnet Chair 2024/2027 “Digital Rights Empowerment across Market in the European Union (DREAM-EU)”
- MARIO BARBANO – Avvocato in Genova, Studio Legale Barbano; Dottore di ricerca, Università di Genova
- STEFANIA BARIATTI – Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano
- STEFANO BASTIANON – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Bergamo; Avvocato in Busto Arsizio
- GIAN ANTONIO BENACCHIO – Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Trento; Direttore dell’Osservatorio permanente sull’applicazione delle regole di concorrenza, Università degli Studi di Trento
- FRANCESCO BESTAGNO – Giudice presso il Tribunale dell’Unione europea; Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano
- GIACOMO BIAGIONI – Professore associato di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Cagliari; Avvocato in Pistoia
- ELISABETTA BOTTI – Avvocato, Funzionario presso la Commissione Europea, DG Concorrenza
- GINEVRA BRUZZONE – Direttore generale Struttura di Missione PNRR, Ufficio 1, Presidenza del Consiglio dei Ministri
- ANTONIO BUTTÀ – Chief Economist, AGCM
- RINO CAIAZZO – Avvocato in Roma, Senior Partner, Lipani Legal & Tax; Professore a contratto di Diritto della concorrenza, Università degli Studi “Roma Tre”
- FILIPPO CALIENTO – Funzionario, AGCM

CLARA BEATRICE CALINI – Funzionario, AGCM

ENRICO CAMILLERI – Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Palermo; Avvocato in Palermo

SARA CAPOZZI – Avvocato; Assonime, Area Impresa e Concorrenza

PAOLO CAPRILE – Consigliere giuridico - Ufficio del componente, AGCM

CECILIA CARLI – Avvocato in Roma e Solicitor presso Senior Courts of England and Wales; Senior Associate dello Studio legale Freshfields LLP; Cultrice della materia in EU Competition Law presso Facoltà di Giurisprudenza, Luiss

MARTINA CARPENZANO – Avvocato presso lo Studio legale Jones Day

MARIO CARTA – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea; Direttore del Dipartimento di Diritto e società digitale, Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza

MICHELE CARPAGNANO – Avvocato in Roma, Socio dello studio Dentons; Direttore; Osservatorio sull’applicazione delle regole di concorrenza; Professore a Contratto, Università degli Studi di Trento

LORENZO CECCHETTI - FWO Senior Postdoctoral Fellow, Katholieke Universiteit Leuven

ALESSANDRO CIOFFI – Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise

MARCELLO CLARICH – Professore ordinario di diritto amministrativo, Università “La Sapienza” di Roma

NICCOLÒ COLOMBO – Avvocato

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università “La Sapienza” di Roma

PAOLO COMOGLIO – Avvocato; Professore ordinario in diritto processuale civile, Università degli Studi di Genova

GIANLUCA CONTALDI – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Macerata

ANTONINO CUTRUPI – Avvocato in Milano, Studio legale Chiomenti; LL.M. (King’s College London); Dottore di ricerca, Università degli Studi di Napoli “Federico II”

SILVIA D’ALBERTI – Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Orsingher Ortu Avvocati Associati; LL.M. (Yale Law School))

ROBERTO D’ORAZIO – Funzionario parlamentare, Biblioteca della Camera dei Deputati, Ufficio per la legislazione straniera

MARCO D’OSTUNI – Avvocato in Roma e New York, Socio dello Studio legale Chiomenti; Dottore di ricerca in diritto della concorrenza

DAVIDE DIVERIO – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano

FABRIZIO DUCCI – Avvocato in Roma, Associate dello Studio Legale Osborne Clarke

PATRIZIA DE PASQUALE – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli, Federico II

MANFREDI DE VITA – Avvocato in Roma, Partner dello Studio legale Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

ENRICO FABRIZI – Avvocato in Roma, Socio dello Studio Legale Osborne Clarke

PIERO FATTORI – Avvocato in Roma, Socio dello Studio Legale Gianni Origo- ni Grippo Cappelli & Partners

- FABIO FERRARO – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli, Federico II; Avvocato in Roma, Studio Legale De Berti Jachia
- FEDERICO FERRI – Ricercatore TDB, Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna.
- DANIELE GALLO – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università “Luiss - Guido Carli”
- EDOARDO GAMBARO – Avvocato in Milano, Socio dello Studio Legale Greenberg Traurig Santa Maria; LL.M. (Bruges)
- ROSARIA GAROZZO – Avvocato, Ufficio Contenzioso, AGCM
- GIACOMO GATTINARA – Servizio giuridico, Commissione europea; Dottore di ricerca, Università di Roma “La Sapienza”; Affiliated Member of the Institute for European Law, Katholieke Universiteit Leuven
- GILBERTO GUARDAVACCARO – Funzionario presso la Direzione affari giuridici, garanzie procedurali e contenzioso - Ufficio giuridico; Avvocato elenco speciale Avvocati degli enti pubblici
- MARCO GUIDI – Ricercatore TDA presso UnitelmaSapienza Università degli Studi di Roma
- CRISTINA LO SURDO – Responsabile Dirigente della Direzione piattaforme Digitali e Telecomunicazioni Tutela del Consumatore, AGCM
- NICCOLÒ LANDI – Avvocato in Milano, Studio Legale Landi, LL.M. (University College Dublin), membro di Arbitration Chambers
- ELISABETTA MARIA LANZA – Funzionaria, AGCM, in distacco presso la Commissione europea, DG Comp
- MATTEO LIBERATI – Avvocato in Cagliari; Dottore di ricerca in Diritto dell’Unione Europea
- MARIATERESA MAGGIOLINO – Professoressa di diritto dell’economia, Università commerciale “Luigi Bocconi”
- PIETRO MANZINI – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Bologna
- SILVIA MARINO – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi dell’Insubria
- MARCO MARTINELLI – Avvocato in Roma, Socio dello Studio Legale Lexia
- FRANCESCO MAZZOCCHI – Avvocato in Milano, Counsel presso lo studio legale Advant Netm
- CLAUDIA MASSA – Ricercatrice TD-B di Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II
- MARLENE MELPIGNANO – Capo Segreteria Vice Ministro - Ministero delle Imprese e del Made in Italy
- MASSIMO MEROLA – Avvocato, Socio dello Studio Bonelli Erede; Professore di diritto della concorrenza, Collège d’Europe, Bruges Professore di diritto pubblico della concorrenza al Collegio d’Europa di Bruges e Conférencier all’Università Panthéon-Assas; Dottore di ricerca.
- FRANCESCO MUNARI – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Genova; Partner Deloitte Legal
- GABRIELLA MUSCOLO – Avvocato Of Counsel, Rucellai&Raffaelli; Membro della Commissione dei Ricorsi; già Componente AGCM; già Giudice del Tribunale delle Imprese, Roma.
- PAOLISA NEBBIA – Référéndaire, Corte di giustizia dell’Unione europea

- MARCELLA NEGRI – Professore ordinario di diritto processuale civile, Università degli Studi di Padova
- RAFFAELLA NIRO – Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Macerata
- GIOVANNI NOTARO – Responsabile del Coordinamento Istruttorio - Direzione Chief Economist, AGCM
- JACOPO M. ORSI – Avvocato in Roma, Associate dello Studio Legale “Bird & Bird”
- CRISTOFORO OSTI – Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi del Salento; Avvocato in Milano
- LORENZO F. PACE – Professore associato di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi del Molise; Fulbright Schuman Scholar; LL.M. (Universität Hamburg); Avvocato in Roma
- ROBERTO PARDOLESI – Professore emerito di diritto privato comparato, Università degli Studi di Roma “Luiss - Guido Carli”
- ANDREA PEZZOLI – Economista, già Vice Segretario Generale AGCM
- ALBERTO PERA – Avvocato in Roma, Socio Onorario dello Studio Legale Gianni&Orioni
- PAOLO PIVA – Professore associato di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Padova, PhD in Eu Law (Università di Bologna), MA EU competition Law (King’s College London)
- MELANIA RANIELI – Professoressa associata di diritto commerciale, Università degli Studi di Catanzaro “Magna Graecia”
- FRANCESCO ROSSI DAL POZZO – Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano; Avvocato in Milano
- LORENZO RUOCCO – Funzionario alla Commissione Europea, in DG COMP.
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI – Giudice della Corte costituzionale, Professore ordinario di diritto amministrativo e giustizia amministrativa, Università degli Studi “Roma Tre”
- CRISTINA SCHEPISI – Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Roma Tor Vergata
- ANDREINA SCOGNAMIGLIO – Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise
- MARIO SIRAGUSA – Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Cleary Gottlieb Steen & Hamilton; Professore di diritto della concorrenza, Collège d’Europe, Bruges
- ERMELINDA SPINELLI – Avvocato in Milano, Partner dello Studio legale Freshfields; Dottore di Ricerca, Università degli Studi di Milano
- SERENA STELLA – Dirigente, Vice Segretario Generale, AGCM
- LEONARDO STIZ – Avvocato in Bruxelles, Studio legale Freshfields, Associate
- FRANCESCA SQUILLANTE – Direttore della Direzione Credito, Assicurazioni, Poste, Servizi, Turismo e Sport - Dipartimento per la Tutela del Consumatore II, AGCM
- MARIO TODINO – Avvocato in Bruxelles, Socio dello Studio legale Jones Day
- ANDREA TROTTA – Avvocato in Roma
- TECLA UBALDI – Avvocato in Londra
- SUSANNA VILLANI – Ricercatrice RTD-A in diritto dell’Unione europea, Alma Mater Studiorum, Università degli Studi di Bologna
- GIAN LUCA ZAMPA – Avvocato in Roma, Socio dello Studio legale Freshfields;

NOTE SUGLI AUTORI

Professore a contratto in EU Competition Law, Università Luiss “Guido Carli” Roma; LL.M.s, Queen Mary & Westfield College, Columbia University

ANNAGIULIA ZANAZZO – Avvocato in Londra, Studio legale Weil, Gotshal & Manges LLP

INTRODUZIONE ALLA III EDIZIONE

Il Dizionario sistematico del diritto della concorrenza italiano e dell'Unione europea giunge alla sua terza edizione. Come si potrà constatare dall'indice, la nuova edizione non è resa necessaria solo dall'evoluzione – sempre copiosa – della giurisprudenza, ma anche dalle profonde trasformazioni che hanno investito tanto il diritto della concorrenza in senso stretto quanto i nuovi e articolati quadri regolamentari sviluppati a livello dell'Unione. Tali evoluzioni rispondono a esigenze emergenti (la tutela dell'ambiente, gli effetti della pandemia da Covid-19, la digitalizzazione, ecc.), ma anche a cambiamenti geopolitici e alle conseguenti tensioni sul piano globale. È evidente come questi quadri regolamentari – e la “politica industriale indiretta” che vi si può intravedere – possano essere definiti solo a livello europeo.

I nuovi strumenti regolatori incidono inoltre sul rapporto con il diritto della concorrenza, così come originariamente concepito nell'ordinamento dell'Unione europea, cioè un diritto funzionale a garantire, tra l'altro, l'apertura e la dinamicità del mercato interno. Essi impongono, al contempo, forme di coesistenza non sempre agevoli tra normative diverse.

Per queste ragioni si è ritenuto opportuno introdurre nel Dizionario una terza parte, accanto a quelle dedicate al diritto antitrust e agli aiuti di Stato, riguardante i quadri regolamentari dell'Unione. In essa si affrontano, tra gli altri, i seguenti temi: il rapporto tra analisi economica, diritto antitrust e regolazione; il legame tra concorrenza e politica industriale; il Digital Markets Act; il Digital Services Act; l'AI Act; il rapporto tra dati e concorrenza; la disciplina delle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno; il quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione; la normativa sulla golden power in Italia; il Regolamento GDPR.

Un'ulteriore novità di questa edizione è l'organizzazione del Dizionario in tre volumi autonomi (antitrust, aiuti di Stato, regolazione del mercato), una scelta che facilita la consultazione di un'opera ormai superiore alle 1500 pagine. Tale impostazione consentirà inoltre – come richiesto da diversi autori – l'adozione dei singoli volumi in corsi universitari di diritto dell'Unione europea, diritto della concorrenza o diritto della regolazione. Questo è reso ancor più agevole dal ritorno a un formato *open source* che permette di scaricare gratuitamente l'opera dal web.

Desidero inoltre esprimere le mie congratulazioni per le recenti nomine di alcuni autori del Dizionario a importanti incarichi istituzionali: tra gli altri, Francesco Bestagno, nominato Giudice del Tribunale dell'Unione europea, e Alessandra Maria Sandulli, nominata Giudice della Corte costituzionale.

Al tempo stesso, sento il dovere di ricordare coloro che ci hanno lasciato negli ultimi anni e che sono stati figure fondamentali per il diritto dell'Unione europea e della concorrenza. Primo fra tutti, Giuseppe Tesaro, uno dei pionieri della disciplina in Italia e in Europa. Voglio ricordare qui il suo rigore scientifico, la sua profonda umanità e la sua una contagiosa simpatia – come quando “ribattezzò” la giurisprudenza CIF come “il rosario 5, 10, 85”.

Ricordo qui anche Ernst-Joachim Mestmäcker, tra i più influenti giuristi del diritto della concorrenza in Germania e in Europa, allievo di Franz Böhm, fondatore della scuola ordoliberal di Friburgo. La sua influenza sulla giurisprudenza della Corte di giustizia – tra l'altro nella lettura degli artt. 85 e 86 TCEE come norme che istituiscono un mercato basato sulle scelte decentralizzate delle imprese e che attribuiscono diritti soggettivi a imprese e consumatori – rimane tuttora profonda.

Infine, desidero menzionare la cara amica Heike Schweitzer, scomparsa troppo presto: allieva di Mestmäcker al Max Planck Institut di Amburgo, è stata una delle voci più autorevoli nell'impostazione del Digital Markets Act.

Desidero concludere ringraziando i 90 autori del Dizionario che hanno reso possibile questa edizione contribuendo a mantenere vivo il significato del diritto della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione europea. Un diritto che, opponendosi alla “cartellizzazione” dell'economia europea degli inizi del XX secolo, ha contribuito a garantire la pace e il benessere dei cittadini europei nel quadro di valori comuni – obiettivi sanciti dall'art. 3, par. 1, TUE – sul continente europeo negli ultimi ottant'anni.

Le voci del Dizionario sono state consegnate, salvo diversa indicazione, tra dicembre 2024 e gennaio 2025.

Roma, 17 luglio 2025

L.F. Pace

INTRODUZIONE ALLA II EDIZIONE

La dinamica del processo d'integrazione europea appare a volte contraddittoria. Per alcuni aspetti l'Unione sta affrontando momenti di forte tensione con riferimento a numerosi temi (il rispetto del principio dello Stato di diritto da parte di alcuni Stati membri, la crisi della Brexit, gli effetti ancora persistenti della crisi dell'eurozona, i problemi collegati alla politica migratoria, etc.). Invece, in altri settori, l'Unione continua a fare passi in avanti. Tra questi settori vi è certamente il diritto della concorrenza; questo a dimostrazione dell'importanza e ancora centralità dell'obiettivo iniziale del processo d'integrazione europea, cioè il mercato interno, per la stabilità dell'intero disegno contenuto nei Trattati.

In questo contesto, la seconda edizione del Dizionario sistematico del diritto della concorrenza – che oggi vede la luce – non solo vuole aggiornare i temi già trattati nella prima edizione. Esso vuole anche approfondire le importanti novità del diritto della concorrenza dell'Unione occorse negli ultimi cinque anni. In particolare sono state inserite nel volume nuove voci relative alla direttiva *damages* (dir. 2014/104) ed al relativo recepimento normativo in Italia. Inoltre nuove voci sono state aggiunte con riferimento alla recente direttiva ECN+ (dir. 2019/1) che un ruolo così importante avrà con riferimento alla struttura e poteri delle Autorità *antitrust* nazionali e alla disciplina della *leniency*, tra le altre cose.

Questi due provvedimenti sono tanto importanti, nello specifico contesto del diritto *antitrust*, in quanto la direttiva *damages* costituisce un atto normativo di cui si attendeva l'emanazione da oltre dieci anni, cioè dal momento stesso della riforma del Reg. 1/2003. E mentre la direttiva *damages* ha quale obiettivo quello di sviluppare “da zero” – o meglio, partendo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia– il pilastro del *private enforcement* –, differentemente la direttiva ECN+ – il secondo importante atto normativo emanato in materia di diritto *antitrust* – ha la funzione di rafforzare il pilastro del *public enforcement*. Esso sviluppa quindi la struttura del Reg. 1/2003 e, indirettamente, riconosce il successo della cd. “modernizzazione” voluta da Mario Monti.

Anche la seconda edizione del Dizionario è divisa in tre parti. La prima parte tratta temi generali: la nascita del diritto della concorrenza in Europa (Pace); le basi giuridiche e l'evoluzione della tutela giudiziale del diritto *antitrust*

(Benacchio) e delle norme sugli aiuti di Stato (Gambaro); la giurisprudenza della Corte costituzionale con riferimento al diritto d'iniziativa privata, al diritto *antitrust* e alla tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Niro).

La seconda parte del Dizionario è dedicata al diritto *antitrust* e al suo *public* e *private enforcement*. Nella sezione relativa ai divieti *antitrust*, dopo il conetto del pregiudizio al commercio tra Stati membri (De Vita), è approfondita la nozione d'intesa (D'Ostuni), il tema degli accordi orizzontali (Siragusa – Ruocco), dello scambio di informazioni (Osti), degli accordi verticali (Pardolesi) e dell'abuso di posizione dominante (Bruzzone – Capozzi). È poi trattato il tema dei casi di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nei confronti degli Stati membri (Pace), del rapporto tra diritto *antitrust* e proprietà intellettuale (Fabrizi), il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e diritto nazionale (Pace), per concludere con il tema dell'applicazione extraterritoriale dei divieti *antitrust* (De Pasquale). In due nuove voci si approfondisce settorialmente l'applicazione del diritto *antitrust* nel campo delle telecomunicazioni (Spinelli), delle banche e delle assicurazioni (Cacchioli).

Nella sezione sull'*antitrust public enforcement*, in una voce introduttiva è delineato l'ormai complessa disciplina dell'*European Competition Network* dopo l'emanazione della dir. ECN+ (Scognamiglio) per poi passare ai procedimenti *antitrust*, alle decisioni e all'accesso al fascicolo tanto dell'Autorità *antitrust* italiana (Stella, Garozzo), che della Commissione (Todino; Botti – Zanazzo). È poi approfondito il complesso tema dell'imputabilità delle infrazioni *antitrust* nei gruppi di società (Manzini) per poi concludere con il ruolo della Guardia di finanza nel *public enforcement* del diritto *antitrust* (Franceschin).

Nella sezione sull'*antitrust private enforcement*, in una nuova voce introduttiva è presentato il contenuto della Direttiva *damages* (Munari – Barbato). Con riferimento agli specifici istituti è trattato il tema della legittimazione attiva e passiva nell'azione *antitrust* (Fattori), delle difese dell'impresa convenuta e il *passing on* (Carpagnano) e della prescrizione del diritto al risarcimento del danno (Melpignano). Si passa poi al tema del riparto dell'onere della prova della violazione dell'art. 101.3 TFUE (Zampa – Attinà), la quantificazione del danno (Muscolo – Caprile) e il ruolo dell'analisi economica per la relativa definizione (Notaro – Guardavaccaro) per poi concludere con le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust* (Camilleri). Con riferimento agli aspetti di procedura civile è approfondito il tema del giudice competente e il giudizio di merito nell'azione *antitrust* (Negri), all'analisi degli strumenti processuali relativi all'onere della prova nell'azione di risarcimento (Caiazza), la tutela cautelare (Comoglio), la nuova azione di classe (Afferni) per poi passare ai problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato (Bariatti – Cutrupi) e concludere con l'arbitrato commerciale e diritto *antitrust* (Bastianon).

Nella sezione sul rapporto tra *public* e *private enforcement* si approfondisce il ruolo svolto per il *private enforcement* dalle decisioni d'impegno (Pera), dalle decisioni di *settlement* (D'Alberti), dai programmi di *leniency* (Cassinis) e dalle

decisioni della Commissione e dell'Autorità *antitrust* nazionali (Trotta). Al termine è presa in considerazione la disciplina relativa ai rapporti tra Commissione, Autorità nazionali *antitrust* e giudici nazionali nel settore *antitrust* (Main).

Nella sezione sulla tutela giurisdizionale sono affrontati i temi della tutela giurisdizionale avverso gli atti *antitrust* dell'AGCM (Clarich – Calini) e della Commissione (Gattinara) oltre alla legittimazione dell'Autorità *antitrust* italiana a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. *ex art. 21 bis* l. 287/1990 (Sandulli).

La terza parte del Dizionario è dedicata alla disciplina sugli aiuti di Stato. Nella prima sezione è approfondito il tema del concetto di aiuto di Stato (Nebbia), delle deroghe dall'incompatibilità degli aiuti (Landi), della compensazione degli obblighi di servizio pubblico (Gallo – Mariotti) e del rapporto tra l'art. 107 TFUE e le altre norme dei Trattati (Biagioni).

Nella seconda sezione, relativa alla disciplina di diritto secondario in materia di aiuti di Stato, è trattato il tema delle normative di diritto secondario (Landi) così come le quattro differenti procedure della Commissione in materia di aiuti di Stato (Piroddi).

Nella terza sezione, relativa al *private enforcement* degli aiuti di Stato come disciplinato dal diritto dell'Unione, è approfondito il tema del *private enforcement* dell'art. 108 § 3 TFUE (Schepisi), del recupero degli aiuti illegali e incompatibili (Merola – Ubaldi), delle difese dell'impresa beneficiaria a fronte dell'ordine di recupero del giudice nazionale (Gambaro). Successivamente è analizzato il tema del risarcimento del danno per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Bestagno) e delle modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del danno da risarcire (Biagioni). Infine è oggetto di approfondimento il tema della tutela giurisdizionale avverso le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato (Gattinara).

La quarta sezione del Dizionario è dedicata alle procedure di notifica e di recupero degli aiuti di Stato in Italia (Mazzocchi).

La quinta sezione, riguardante le controversie in materia di aiuti di Stato dinanzi al giudice italiano, approfondisce il tema del riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Cioffi), le controversie sul recupero degli aiuti incompatibili dinanzi al giudice amministrativo (Martinelli). Per concludere è oggetto di approfondimento il tema degli aiuti di Stato e concorrenza sleale (Falce) e la tutela inibitoria nei confronti di condotte illecite ai sensi delle norme in materia di concorrenza sleale dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato (Genovese – Ranieli).

La sesta sezione, relativa ai rapporti tra *public* e *private enforcement*, approfondisce il tema della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nel settore degli aiuti di Stato (Liberati).

Per concludere, un ringraziamento sentito a tutti gli autori del Dizionario, vecchi e nuovi, che così generosamente hanno partecipato alla sua riuscita.

La seconda edizione del Dizionario è stata finanziata tramite il progetto *ADA (Antitrust Damages Actions)* coordinato dall'Università di Macerata e in

cooperazione con l'Università del Molise nel contesto del programma della Commissione europea *Training of National Judges in EU Competition Law*.

Roma, 23 settembre 2019

L.F. Pace

INTRODUZIONE ALLA I EDIZIONE

Il presente Dizionario è il risultato di un progetto dell'Università del Molise cofinanziato dalla Direzione generale concorrenza della Commissione europea iniziato nel febbraio 2012.

L'obiettivo del presente Dizionario è quello di offrire al pubblico un'opera che presenti, nella sua concretezza, la complessità del diritto della concorrenza e dei problemi ad esso connessi, tanto con riferimento al diritto *antitrust* e alla disciplina degli aiuti di Stato, quanto con riferimento alle problematiche del diritto dell'Unione europea ed a quelle del diritto italiano. Con questo obiettivo è stato chiesto agli autori di trattare nelle voci esclusivamente aspetti normativi, giurisprudenziali e di prassi dei singoli temi. Aspetti dottrinali sono stati volontariamente esclusi prevedendo comunque una bibliografia al termine di ogni voce per permettere successivi approfondimenti. La scelta del "taglio" della pubblicazione, appunto un Dizionario, ha permesso di prevedere un numero rilevante di voci, settantasei per la precisione, sufficiente per trattare con il giusto appro fondimento i numerosi temi di un settore che ha subito negli ultimi anni una sensibile accelerazione del suo sviluppo e delle problematiche ad esso connesse.

Riguardo al diritto *antitrust*, un diritto "giovane" – nato in Europa nel 1952 con il Trattato CECA, molto dopo l'americano *Sherman Act* del 1890 – detta accelerazione è stata determinata dall'abbandono del Reg. 17/1962 e dall'emanazione del regolamento di modernizzazione, Reg. 1/2003, di cui quest'anno ricorrono i 10 anni dalla pubblicazione. Con riferimento al *public enforcement*, il Reg. 1/2003, ad esempio, ha disciplinato una pluralità di nuovi istituti (decisioni d'impegni, decisioni di transazione, ecc.), così come ha determinato la nascita della Rete europea di autorità *antitrust* e la crescita di importanza di altri istituti (ad es. i programmi di *leniency*). Queste modifiche a livello europeo hanno determinato degli sviluppi sostanzialmente speculari a livello nazionale. Con riferimento al *private enforcement* delle norme *antitrust*, il legislatore europeo aveva emanato il Reg. 1/2003 con l'obiettivo, da una parte, di decentrare l'applicazione del diritto europeo *antitrust* e, dall'altra, di facilitare la tutela dei diritti riconosciuti dagli artt. 101 e 102 TFUE dinanzi ai giudici nazionali. Sotto questo secondo aspetto il legislatore europeo ha dimostrato gli attuali

limiti del sistema europeo non essendo riuscito ancora ad emanare, a quasi 10 anni dall'emanazione del relativo *Libro verde*, una normativa specifica sul *private enforcement*. Ritardi e carenze i cui effetti sono stati in qualche modo limitati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tali mancanze non hanno però limitato lo sviluppo del *private enforcement* a livello nazionale anche se con risultati differenti tra Stati membri. A fronte di ciò, il sistema italiano – anche in conseguenza delle oltre 110.000 cause di risarcimento danni presentate a seguito della decisione “R.C. Auto” dell'AGCM – è riuscito a definire con rapidità – nonostante il ritardo con cui l'Italia si è dotata di una normativa *antitrust* rispetto ad altri Stati europei – dei principi specifici relativi all'azione *antitrust*, dietro le puntuali indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con riferimento agli aiuti di Stato, le modifiche del settore sono state, a livello europeo, meno rilevanti rispetto quelle del settore *antitrust*. In particolare, i principi relativi alla disciplina degli aiuti di Stato (ad es. le conseguenze della violazione dell'art. 108 § 3 TFUE e degli obblighi di recupero degli aiuti illegali e incompatibili) sono stati chiaramente definiti nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In Italia vi è stata una certa difficoltà nell'attuare tali principi, in particolare con riferimento al recupero degli aiuti illegali e incompatibili, e ciò in conseguenza di una serie di differenti motivi: il differente livello tra la responsabilità della violazione di tali divieti (cioè il livello statale) e il livello in cui gli aiuti possono essere concessi (non solo statale ma anche regionale e locale); i problemi derivanti dall'assenza di procedure di recupero definite normativamente; la “riottosità” dei giudici italiani ad adeguarsi ai principi europei sul punto; le differenze derivanti dalle giurisdizioni dinanzi alle quali gli ordini di recupero potevano essere impugnati (civile, amministrativo, tributario e del lavoro). Queste importanti carenze sono state risolte, in buona parte, dalla recente legge 24 dicembre 2012, n. 234, che ha introdotto per la prima volta a livello nazionale una disciplina organica in materia di aiuti di Stato prevedendo, inoltre, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti in materia di aiuti di Stato.

Il Dizionario ha cercato di individuare una voce per ognuno di questi temi.

Desidero ringraziare vivamente tutti gli autori e formulare un particolare ringraziamento a Rino Caiazza, Enrico Camilleri, Alessandro De Stefano e Marina Tavassi per i consigli relativi alla redazione dell'elenco delle voci.

Roma, 20 aprile 2013

L.F. Pace

I. Profili generali relativi al diritto della concorrenza

QUALE FUTURO PER L'UNIONE EUROPEA NEL PERIODO DELLE CRISI?

DIRITTO DELLA CONCORRENZA, MERCATO INTERNO E NATURA GIURIDICA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Natura giuridica e “quadro costituzionale” dell’Unione europea: quali caratteristiche e quali limiti in un’organizzazione sovranazionale? – **III.** Alcune conseguenze della natura giuridica e del “nucleo sovranazionale” dell’Unione per il diritto della concorrenza: l’illiceità dei contratti a valle di cartelli; i “sistemi a rete” e la “rete europea *antitrust*” – **III.1** L’illiceità dei contratti a valle di cartelli. – **III.2.** I “sistemi a rete” e la “rete europea *antitrust*”. – **IV.** Un utile chiarimento concettuale: la distinzione tra diritto della concorrenza, diritto *antitrust*, aiuti di Stato e norme sul riavvicinamento delle legislazioni. – **V.** La disciplina dei Trattati per la creazione e tutela del mercato interno: gli originali “nemici interni” ed “esterni”. – **VI.** L’evoluzione della tutela del mercato interno. I quadri regolamentari UE emanati ai sensi degli artt. 114 e 207 TFUE: i nuovi nemici “interni” ed “esterni”. – **VII.** L’attuale critica situazione del mercato interno: la promozione del benessere di tutti i cittadini europei (art. 3 c. 1 TUE) come condizione per la stabilità del processo di integrazione.

I. Introduzione

Il Dizionario sistematico del diritto della concorrenza si pone quale obiettivo quello di approfondire e analizzare nel dettaglio i concetti e le categorie specifiche del diritto *antitrust*, della normativa sugli aiuti di Stato e dei recenti quadri regolamentari UE.

Il presente scritto introduttivo del Dizionario vuole “mettere a sistema” il

contenuto delle varie voci fornendo un quadro generale del settore. Questo permetterà inoltre di sottolineare le caratteristiche che la natura dell’Unione europea e il suo ordinamento giuridico impongono tanto sull’organizzazione del sistema di tutela della concorrenza quanto nella creazione di un mercato interno (nei fatti ancora incompleto per responsabilità tanto degli Stati membri, quanto dell’eccessiva regolamentazione dell’Unione).

II. Natura giuridica e “quadro costituzionale” dell’Unione europea: quali caratteristiche e quali limiti in un’organizzazione sovranazionale?

Come chiarito dall’art. 3 c. 1 TUE, l’obiettivo primario dell’Unione europea è garantire la pace, nonché promuovere il benessere dei cittadini europei all’interno dei singoli Stati membri nel quadro dei valori comuni sanciti dall’art. 2 TUE. In questa prospettiva, il diritto della concorrenza è funzionale alla creazione del mercato interno (art. 3 c. 3 TUE), e il mercato interno è, a sua volta, funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell’art. 3 c. 1 TUE.

Il processo di integrazione europea, avviato nel 1950, nasce come risposta al fallimento dello Stato nazionale quale strumento di organizzazione pacifica dei popoli europei. L’Unione europea, quale organizzazione sovranazionale, rappresenta la soluzione elaborata dai popoli europei per il tramite dei loro Stati alla “contraddizione tra Stato e mercato” emersa alla fine del XVIII secolo. I mercati avevano ormai

assunto una dimensione internazionale, mentre gli Stati, ancorati a una dimensione territoriale limitata, non erano più in grado di regolarli autonomamente. Tale contraddizione aveva generato conflitti di sovranità tra gli Stati i quali, nell'impossibilità di risolverli altrimenti, avevano determinato l'inizio delle due guerre mondiali.

Non è un caso che durante la seconda guerra mondiale l'Impero tedesco nazionalsocialista cercò di risolvere la "contraddizione tra Stato e mercato" attraverso la regolamentazione del mercato europeo attuata tramite la supremazia di uno Stato sugli altri (il progetto sviluppato nel 1940 del *Großraumwirtschaft*).

Sotto questo aspetto l'Unione europea si colloca in netta discontinuità rispetto al modello imperiale. Essa rappresenta una forma di organizzazione politico-istituzionale di dimensione continentale fondata sull'uguaglianza degli Stati membri (art. 4 c. 2 TUE) e finalizzata alla stabilizzazione dei rapporti tra Stati all'interno del continente europeo. I popoli europei hanno così scelto di utilizzare un'organizzazione sovranazionale per garantire la stabilità tra gli Stati, che rimangono (formalmente) sovrani, perseguendo l'obiettivo fondamentale di organizzare pacificamente i rapporti interni al continente europeo.

Come affermato costantemente dalla Corte di giustizia, l'Unione europea non costituisce uno Stato ai sensi del diritto internazionale. L'Unione europea costituisce un'organizzazione sovranazionale, quindi un ente non originario bensì derivato, privo di una propria sovranità, le cui decisioni sono adottate normalmente in applicazione della *governance* sovranazionale. Per questo, le modifiche dei Trattati devono essere oggetto di uno specifico ulteriore Trattato firmato e ratificato da tutti gli Stati membri.

L'Unione europea presenta, in particolare, quattro elementi, individuati sin

dalla sentenza *Van Gend en Loos*, che caratterizzano la sua natura giuridica. I Trattati istitutivi danno vita a: 1. un ordinamento giuridico autonomo; 2. dotato di un proprio quadro istituzionale; 3. dotato di competenze attribuite dai Trattati in conformità alla volontà degli Stati membri; 4. i Trattati istituiscono un ordinamento avente carattere intersoggettivo. Con riferimento a quest'ultimo, la Corte di giustizia ha infatti chiarito che i soggetti del diritto dell'Unione non sono soltanto gli Stati membri, ma anche i singoli e le imprese.

Di questi quattro elementi, mentre i primi tre costituiscono un tratto comune alle organizzazioni internazionali, l'elemento intersoggettivo rappresenta una peculiarità dell'Unione europea. Essa deriva dalla necessità degli Stati membri di inserire nei Trattati un aspetto eccezionale per quel momento, cioè norme di divieto direttamente applicabili nei confronti dei privati contenute nei Trattati, in particolare le disposizioni *antitrust* di cui agli articoli 101 e 102 TFUE.

Inoltre, la Corte ha elaborato il concetto di "quadro costituzionale", individuando la presenza nell'ordinamento giuridico dell'Unione di alcuni elementi ineliminabili. Da un lato, quattro elementi qualificano l'ordinamento giuridico dell'Unione rispetto a quello delle altre organizzazioni internazionali: la ragion d'essere, i valori comuni agli Stati membri (art. 2 TUE), le regole di base del processo di integrazione europea (tra le quali la Corte include espressamente anche le norme di concorrenza) e le norme di esercizio delle competenze normative.

Dall'altro lato, la Corte individua un quinto elemento, il "nucleo sovranazionale", che caratterizza l'Unione quale organizzazione sovranazionale e che presenta al suo interno tre differenti elementi: 1. il principio di autonomia; 2. il principio dell'effetto diretto e del primato del diritto

dell'Unione; 3. il ruolo della Corte di giustizia e la tutela giurisdizionale. Di questi, il secondo e il terzo elemento sono funzionali a garantire il principio di autonomia, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

A fronte di queste caratteristiche l'Unione europea, a differenza di uno Stato dotato di una propria sovranità, è limitata nella propria azione da quanto gli Stati membri hanno previsto nei Trattati.

III. Alcune conseguenze della natura giuridica e del "nucleo sovranazionale" dell'Unione per il diritto della concorrenza: l'illiceità dei contratti a valle di cartelli; i "sistemi a rete" e la "rete europea *antitrust*"

III.1 L'illiceità dei contratti a valle di cartelli

È spesso sottovalutato come le caratteristiche della natura giuridica e del "quadro costituzionale" dell'Unione determinino conseguenze specifiche per il diritto della concorrenza.

In primo luogo, la caratteristica intersoggettiva dell'ordinamento giuridico dell'Unione ha quale conseguenza l'illiceità dei contratti a valle di cartelli.

Tale conseguenza è frutto del fatto che l'art. 101 TFUE è direttamente applicabile nei confronti dei privati e determina la nullità di pieno diritto dei relativi accordi (art. 101 c. 2 TFUE).

La centralità delle norme *antitrust*, che hanno la funzione – tra l'altro – di garantire l'effettività del mercato interno, impone l'illiceità (e quindi la nullità, totale o parziale) dei contratti a valle di un cartello nullo ex art. 101 c. 2 TFUE, sebbene il Trattato nulla dica con riferimento a questa ipotesi. Una conclusione differente sarebbe

chiaramente in violazione della nullità sanzionata nei confronti degli accordi in violazione dell'art. 101 c. 1 TFUE, illiceità (e quindi nullità) che non può che colpire anche gli accordi conseguenti a un cartello. Una conclusione differente porrebbe in pericolo il ruolo centrale che i divieti *antitrust* hanno per la garanzia del corretto funzionamento del mercato interno.

In Italia la Corte di cassazione, Sezioni Unite, è arrivata correttamente a tale conclusione, cioè la nullità (totale o parziale) dei contratti a valle del cartello, nel caso delle cd. fidejussioni *omnibus*.

III.2 I "sistemi a rete" e la "rete europea *antitrust*"

Anche il "nucleo sovranazionale" dell'ordinamento giuridico dell'Unione determina importanti conseguenze, ad esempio, sul sistema di applicazione delle norme di concorrenza.

Come sopra osservato, il "nucleo sovranazionale" dell'Unione e i suoi tre elementi costitutivi sono finalizzati alla tutela dell'autonomia dell'Unione, distinta in autonomia istituzionale e autonomia del diritto dell'Unione.

Con riferimento alla prima, questa è conseguenza delle caratteristiche del Trattato per cui la maggior parte delle Istituzioni dell'Unione sono organi indipendenti dagli Stati membri (Parlamento europeo, Commissione, Corte di giustizia, Banca centrale europea, Corte dei Conti UE). Soltanto due Istituzioni conservano una struttura tipicamente intergovernativa (Consiglio Europeo, Consiglio).

Ugualmente importante è la caratteristica dell'autonomia del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione europea si configura infatti, secondo la Corte di giustizia, come diritto distinto sia dal diritto internazionale sia dal diritto degli Stati membri. Come affermato dalla Corte di giustizia, il diritto

dell'Unione non è né diritto pubblico internazionale né diritto pubblico interno, ma diritto dell'Unione *simpliciter*.

L'autonomia del diritto dell'Unione è garantita, in modo essenziale, tanto dal principio dell'effetto diretto quanto da quello del primato del diritto dell'Unione. In forza di quest'ultimo, il diritto nazionale (anche di rango costituzionale) deve cedere in caso di contrasto con il diritto dell'Unione.

Tale autonomia del diritto dell'Unione è inoltre determinata dal ruolo centrale della Corte di giustizia, a cui gli Stati membri hanno attribuito la competenza esclusiva d'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione. Ne consegue che gli Stati membri non possono interpretare il diritto dell'Unione secondo la propria volontà. Nessun organo politico o giurisdizionale nazionale, incluse le Corti costituzionali, può sostituirsi alla Corte di giustizia nell'interpretazione autonoma del diritto UE. Questo fermo restando la tutela dell'identità costituzionale degli Stati membri (art. 4 c. 2 TUE), la cui interpretazione è comunque rimessa, come ogni questione di diritto dell'Unione, alla Corte di giustizia.

Quali sono le conseguenze dell'autonomia (istituzionale e del diritto dell'Unione) sul diritto della concorrenza?

Il principio di autonomia ha imposto lo sviluppo dell'interessante fenomeno dei cd. "sistemi a rete", cioè sistemi "amministrativi" di applicazione del diritto dell'Unione in specifici settori regolamentati, organizzati in modo da garantire tanto il principio dell'autonomia istituzionale quanto quello dell'autonomia del diritto dell'Unione.

Questi sistemi "amministrativi" sono creati nelle ipotesi in cui non è possibile lo svolgimento, da parte di un unico organo dell'Unione, centralizzato e indipendente dagli Stati (ad es. la Commissione), delle funzioni di applicazione, controllo e sanzione, in modo efficace ed effettivo, del

diritto sull'intero territorio dell'Unione. Per questo motivo, specifici organi degli Stati membri svolgono sui propri territori le funzioni che avrebbe svolto direttamente l'organo dell'Unione (la Commissione nel caso del diritto della concorrenza), ma in stretto collegamento con quest'ultimo. In questo modo si crea un "sistema a rete".

Di regola, al fine di garantire il principio di autonomia istituzionale, gli organi nazionali possono partecipare a tali "sistemi a rete" solo nella misura in cui essi siano autonomi e indipendenti da influenze degli Stati che li hanno istituiti.

I "sistemi a rete" sono disciplinati nei più differenti settori (diritto *antitrust*, settore del gas e energia elettrica, comunicazioni elettroniche e, *mutatis mutandis*, la stessa UEM). I principi di funzionamento delle varie "reti" sono tra loro profondamente differenti.

I "sistemi a rete" pongono inoltre un rilevante problema giuridico con riferimento all'indipendenza del diritto dell'Unione europea. Infatti, nel caso delle reti amministrative, i "nodi" nazionali sono spesso chiamati ad applicare competenze o divieti di diritto dell'Unione, a volte in sostituzione degli organi dell'Unione. Il caso classico è quello delle Autorità *antitrust* nazionali che applicano i divieti degli artt. 101 e 102 TFUE potendosi così sostituirsi alla Commissione.

Si pone così un problema relativo all'esercizio del diritto dell'Unione da parte dei "nodi" nazionali delle "reti amministrative". Tali "nodi" nazionali (ad es. l'Autorità *antitrust* italiana), applicando il diritto dell'Unione "in vece" delle Istituzioni dell'Unione, non possono pervenire a conclusioni differenti da quelle che gli organi dell'Unione (Commissione, *etc.*) avrebbero raggiunto se avessero applicato direttamente il diritto dell'Unione. Questo è necessario al fine di garantire il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione rispetto al diritto degli Stati

membri. Cioè, nel caso degli artt. 101 e 102 TFUE, è necessario che le Autorità nazionali *antitrust* non applichino il diritto dell'Unione secondo interpretazioni nazionali, differenti tra Stato e Stato.

Questo problema è risolto – ad esempio nel caso della “rete europea *antitrust*” – definendo nella disciplina di settore, e spesso sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, precisi obblighi in capo alle Autorità nazionali al fine di impedire l'applicazione del diritto dell'Unione con risultati contrastanti con quelle che sarebbero state le conclusioni della Commissione se essa avesse applicato direttamente tali divieti, violando così l'autonomia del diritto dell'Unione rispetto agli Stati membri.

IV. Un utile chiarimento concettuale: la distinzione tra diritto della concorrenza, diritto *antitrust*, aiuti di Stato e norme sul riavvicinamento delle legislazioni

La recente emanazione a livello dell'Unione di quadri regolamentari che si affiancano al diritto della concorrenza ha creato il rischio di confusione concettuale tra normative tra loro profondamente differenti.

A tal fine può essere utile chiarire la distinzione tra norme *antitrust*, norme sugli aiuti di Stato e norme sul riavvicinamento delle legislazioni, come previste dal Trattato. Sotto questo aspetto, specifici concetti giuridici non possono che essere interpretati nel contesto dello specifico ordinamento giuridico che li prevede. Questo è un principio che vale anche per la definizione di diritto della concorrenza.

Nell'interesse del presente scritto è possibile distinguere concettualmente le norme *antitrust*, le norme sugli aiuti di Stato, così come le normative sul riavvici-

namento delle legislazioni. Tutte e tre partecipano a un comune disegno finalizzato alla tutela del mercato interno ma, seguendo l'impostazione del Trattato, con caratteristiche, finalità e mezzi tra loro differenti.

Le norme *antitrust* e le norme sugli aiuti di Stato sono finalizzate a garantire il principio di concorrenza istituito dal Trattato.

Da un punto di vista concettuale, le norme *antitrust* sono norme di divieto nei confronti delle imprese per tutelare il principio di concorrenza. Le norme *antitrust* presentano tre caratteristiche: 1. sono direttamente applicabili nei confronti delle imprese; 2. riconoscono diritti soggettivi ai loro destinatari (imprese concorrenti e consumatori); 3. sono funzionali all'organizzazione di un'economia decentralizzata, diversamente dall'economia cartellizzata (caratteristica in Europa nella prima parte del XX secolo) o dell'economia comunista (che esclude l'esistenza del mercato).

Sotto questo aspetto non sembra corretto sostenere che le norme di regolamentazione del mercato possano essere definite quali norme *antitrust* “speciali”.

Le norme sugli aiuti di Stato sono, diversamente dalle norme *antitrust*, dirette nei confronti degli Stati membri al fine di vietare misure statali che possono alterare la concorrenza, così come il principio di uguaglianza tra imprese che svolgono la loro attività sul mercato interno.

Le norme sul riavvicinamento delle legislazioni, invece, svolgono la funzione, secondo il Trattato, di garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Le normative emanate ai sensi della relativa competenza (art. 114 TFUE) si sono poi estese anche al di là dell'obiettivo del corretto funzionamento del mercato interno, trasformando la competenza di tale norma in un modello simile a quello della “*Commerce clause*” della Costituzione degli Stati Uniti (Art. I, Sez. 8, Cl. 3). Tale tendenza si è sviluppata in particolare nell'ultimo ventennio.

V. La disciplina dei Trattati per la creazione e tutela del mercato interno: gli originali “nemici interni” ed “esterni”

Come sottolineato precedentemente, il diritto della concorrenza è funzionale alla creazione e tutela del mercato interno (art. 3 c. 3 TUE; protocollo 27). Il mercato interno è, a sua volta, funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell'art. 3 c. 1 TUE, cioè la pace, il benessere dei cittadini europei all'interno dei singoli Stati membri nel quadro dei valori comuni dell'art. 2 TUE (art. 3 c. 1 TUE).

La disciplina dei Trattati funzionale alla creazione di un mercato interno è costituita da divieti in capo agli Stati membri e ai privati, questi ultimi tramite i divieti *antitrust*.

In particolare, i Trattati prevedono divieti finalizzati a tutelare il mercato interno da potenziali “nemici”, tanto “interni” al mercato – misure degli Stati membri o dei privati – così come da potenziali nemici “esterni” ad esso.

Al fine di tutelare il mercato da potenziali nemici “interni”, quali misure degli Stati membri, il Trattato disciplina le quattro libertà di circolazione, così come le norme sulla fiscalità.

Con riferimento al regime di concorrenza, il Trattato disciplina divieti tanto nei confronti degli Stati membri – norme in materia di aiuti di Stato – quanto con riferimento a potenziali nemici “privati” – cioè le imprese e i conseguenti divieti *antitrust*.

A loro volta, le norme sul riavvicinamento delle legislazioni, come sopra individuate, svolgono la funzione di garantire il corretto funzionamento del mercato interno (art. 114 TFUE).

Con riferimento ai potenziali nemici “esterni” al mercato interno, il Trattato disciplina la politica commerciale comune

(art. 207 TFUE), competenza esclusiva dell'Unione, affinché i singoli Stati membri non possano, ad esempio, “segmentare” il mercato interno secondo le loro frontiere per il tramite di accordi con Stati o organizzazioni terze. L'iniziale obiettivo era quindi quello di evitare che gli Stati membri, per il tramite di propri accordi internazionali, limitassero il funzionamento del mercato interno.

VI. L'evoluzione della tutela del mercato interno. I quadri regolamentari UE emanati ai sensi degli artt. 114 e 207 TFUE: i nuovi nemici “interni” ed “esterni”

Alle norme di diritto primario sopra citate si sono inserite, più di recente, una serie rilevante di normative specifiche a tutela del mercato interno, emanate ai sensi dell'art. 114 TFUE.

Queste sono conseguenza, da una parte, dell'evoluzione tecnologica e della digitalizzazione (DMA, DSA, Regolamento IA, *Data Act*), normative dirette principalmente nei confronti di potenziali “nemici interni” privati del mercato, cioè nei confronti delle imprese.

Tali normative, dato l'ancora limitato sviluppo di società europee multinazionali nel settore digitale, tendono ad essere applicate maggiormente a società aventi sede in altri Stati (Stati Uniti, Cina, ecc.) e che operano sul mercato interno. Questo crea il (da alcuni criticato) cd. “*Bruxelles effect*”, cioè l'applicazione a società multinazionali aventi sede fuori dall'Unione europea della regolamentazione dell'Unione.

Accanto a queste misure, sono state emanate altre normative sempre a tutela del mercato interno, ma dirette nei confronti di potenziali “nemici esterni”, cioè degli Stati esteri (ad es. il Regolamento

relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno).

Inoltre, nel contesto della politica commerciale comune (art. 207 TFUE) sono state emanate specifiche normative non più con la finalità di evitare che gli Stati membri segmentino il mercato interno (dall'interno verso l'esterno) tramite la stipulazione di accordi con Stati terzi, come era, tra l'altro, nel disegno originario della politica commerciale comune. Diversamente, queste costituiscono misure di difesa economica esterna del mercato interno, nei confronti di potenziali "nuovi nemici esterni" al mercato e all'Unione.

Normative finalizzate, ad esempio, ad evitare che Stati terzi (dall'esterno verso l'interno) effettuino "investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico" (Regolamento che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione); o per contrastare atti di coercizione economica da parte di Stati terzi (Regolamento sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di paesi terzi); o normative per reagire alle violazioni ad opera di Stati terzi delle norme commerciali internazionali che si ripercuotono sugli interessi dell'Unione (Regolamento relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali – cd. "*Trade enforcement*").

Le misure di difesa economica esterna hanno dimostrato un proprio limite in particolare durante il 2025, nel momento in cui il Governo americano ha deciso di applicare dazi unilaterali nei confronti di un ampio numero di Stati. L'Unione europea, titolare della competenza esclusiva in materia di definizione dei dazi per il mercato interno, ha voluto evitare uno scontro diretto con gli Stati Uniti. In altri termini, l'Unione non ha utilizzato gli strumenti previsti a tal fine (in particolare il Regolamento *enforcement* e il Regolamento

anti-coercizione), preferendo invece la negoziazione di un accordo con gli Stati Uniti negoziando livelli di dazi inferiori a quanto unilateralmente imposto.

Qui si evidenzia nuovamente il vincolo e il limite della natura giuridica dell'Unione europea. Infatti, la scelta dell'Unione è stata determinata anche in ragione della natura di organizzazione sovranazionale: cioè un ente il quale, non essendo sovrano, deve trovare al "suo interno" costanti compromessi tra i differenti interessi sovrani degli Stati membri. Timori che sembrano venir superati dagli Stati membri quando Stati terzi agiscono al fine di (apparentemente) voler "colpire" l'esistenza stessa del mercato interno, come verificatosi nel gennaio 2026 a fronte delle tensioni tra Stati uniti e Unione europea con riferimento alla difesa della Groenlandia. In questo caso è stata valutata la concreta applicazione del Regolamento anti-coercizione e del Regolamento *Trade enforcement*.

VII. L'attuale critica situazione del mercato interno: la promozione del benessere di tutti i cittadini europei (art. 3 c. 1 TUE) come condizione per la stabilità del processo di integrazione

La creazione del mercato interno ha contribuito al raggiungimento del primo dei due obiettivi generali dell'Unione europea, cioè la protezione della pace. Infatti, la creazione del mercato interno, con i limiti che vedremo tra poco, ha permesso di superare la "contraddizione tra Stato e mercato" che aveva determinato, per via dei conflitti di sovranità fra Stati del continente nella prima metà del secolo scorso, l'inizio delle due guerre mondiali.

Più complessa è la valutazione di quanto raggiunto dall'Unione con riferimento al secondo obiettivo generale, cioè

la promozione del benessere dei popoli europei. Sotto questo aspetto i risultati presentano “luci e ombre”.

In particolare, il mercato interno, dopo periodi di importante crescita economica, presenta una rilevante debolezza in rapporto alle economie più sviluppate a livello globale (Stati Uniti, Cina, India, ecc.). Ad esempio, lo sviluppo del PIL del mercato interno negli ultimi vent'anni è stato circa la metà di quello degli Stati Uniti.

Questo si inserisce nel tema della crisi di competitività del mercato interno, come individuato dal Rapporto Draghi e dal Rapporto Letta sul mercato interno, entrambi presentati nel 2024.

Ciò è determinato, tra l'altro, dalle numerose barriere normative dei singoli Stati membri che limitano ancora il pieno sviluppo del mercato interno. Il Fondo monetario internazionale stima che le barriere al mercato interno conseguenti dalle normative nazionali equivalgano ad un “dazio” del 45% per il settore della produzione e del 110% per quello dei servizi.

Anche in questo frangente rileva la natura giuridica dell'Unione europea. Infatti, la causa dell'ancora limitata integrazione dei mercati degli Stati membri nel mercato interno è da attribuirsi, in buona sostanza, alle dinamiche di un'organizzazione sovranazionale come l'Unione europea.

In un editoriale sul *Financial Times* del 2025, Mario Draghi ha richiamato l'attenzione sulla necessità che l'Europa abbatta i dazi che ha imposto a se stessa. Mario Draghi scriveva: “Finora l'Europa si è concentrata su obiettivi singoli e nazionali senza calcolare il costo collettivo. Le barriere interne sono un retaggio di tempi in cui lo Stato nazionale era la cornice per le azioni. Ma ormai è chiaro che agire in questo modo non ha portato né benessere agli europei, né finanze pubbliche sane, né tantomeno autonomia nazionale. Ecco perché è necessario un cambiamento radicale”.

Al momento, né il Report Draghi né il Report Letta hanno avuto conseguenze rilevanti.

Il mercato interno costituisce la “pietra angolare” su cui si è sviluppato il processo di integrazione europea. Un mercato interno economicamente debole ha effetto sullo stesso processo di integrazione e, in particolare, sul raggiungimento dell'obiettivo della promozione del benessere per tutti i cittadini europei (art. 3 c. 1 TUE).

La difficoltà nel pervenire a tale obiettivo – causata, come visto, in primo luogo dalle discipline degli Stati membri, ma anche da un eccesso di regolamentazione a livello dell'Unione europea – ha determinato, tra l'altro e come si è visto negli ultimi due decenni, la nascita di movimenti politici critici dell'Unione europea, con la conseguente crisi di legittimazione del processo di integrazione europea.

La soluzione ai limiti imposti dalla natura giuridica dell'Unione europea – nell'impossibilità di modificare nell'attuale contesto i Trattati – è quella in cui gli Stati membri, o almeno parte di questi, accettando l'assenza di un'alternativa nella convivenza pacifica dei popoli europei se non per il tramite dell'Unione europea, adottino – a livello degli Stati membri ma anche a livello dell'Unione europea – riforme che stimolino una maggiore competitività e una crescita del benessere per tutti i cittadini dell'Unione europea.

LORENZO F. PACE

LA NASCITA DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN EUROPA: LA REDAZIONE DEGLI ARTT. 85 E 86 CEE, IL REG. 17/1962 E IL PASSAGGIO AL REG. 1/2003

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** La redazione e l'attuazione degli artt. 85 e 86 CEE. – II.1. La redazione e l'attuazione dell'art. 85 CEE. – II.1.1. La situazione in Germania. – II.1.2. La situazione in Francia. – II.1.3. La redazione dell'art. 85 CEE: la creazione di una «connessione» tra l'art. 85 CEE e il futuro Regolamento 17/1962. – II.1.4. L'attuazione dell'art. 85 CEE ai sensi del Reg. 17/1962. – II.2. La redazione dell'art. 86 CEE. – II.2.1. L'attuazione dell'art. 86 CEE. – **III.** Il sistema di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE disciplinato dal Reg. 17/1962. – **IV.** La tutela giurisdizionale delle norme *antitrust* europee. – **V.** La crisi e il tramonto del Reg. 17/1962 e l'emanazione del Reg. 1/2003.

I. Introduzione

La presente voce prende in considerazione – in un modo eccentrico rispetto alle altre voci del Dizionario – un aspetto centrale in un volume in materia di diritto della concorrenza; cioè il passaggio dal principio dell'economia cartellizzata, tipico della prima metà del XX secolo, al principio della tutela della concorrenza introdotto nel Trattato CECA, prima, e nel Trattato CEE, successivamente. Questo momento di passaggio, in primo luogo “culturale”, sarà affrontato, dal punto di vista giuridico, prendendo in considerazione gli aspetti relativi alla redazione dei divieti degli artt. 85 e 86 CEE e alla redazione del Reg. 17/1962, primo regolamento di attuazione delle norme di concorrenza CEE.

La riflessione tanto sulla redazione dei divieti *antitrust* quanto su testi di regolamenti elaborati ormai più di mezzo secolo fa e non più in vigore, permette di apprezzare ora, forse più di quanto non è stato possibile al momento di entrata in vigore del Reg. 1/03, l'importanza degli artt. 85 e 86 CEE e del Reg. 17/1962 per la creazione di una cultura del diritto della concorrenza in Europa e in ciascuno Stato membro dell'allora Comunità economica europea. Con particolare riferimento al Reg. 17/1962, la complessità amministrativa di tale regolamento (e in particolare il “burocratico” sistema di notifica per ottenere l'eccezione *ex art.* 85 § 3 CEE) valutata dopo una pausa di dici anni dall'entrata in vigore del Reg. 1/2003, permette di apprezzare l'importanza del Reg. 17/1962 a tal fine.

Con il senno di poi, dopo gli importanti cambiamenti del Reg. 1/2003 nel sistema di applicazione *antitrust* europeo, si comprende come non è stato tanto importante, come è stato scritto, che il sistema *ex art.* 17/1962, per la sua complessità, non sia mai riuscito a funzionare come previsto dal legislatore europeo¹. Il vero obiettivo e la grande sfida del Reg. 17/1962 era infatti quello di creare una “cultura del diritto della concorrenza” in Europa².

¹ V. A. Jones - B. Sufrin, «The use of comfort letter rather than formal decisions meant that for many years prior to 1 May 2004 the notification-and-exemption procedure did not operate in real life as had been intended in Regulation 17», *EC Competition Law*, 3rd, 2008, p. 1139.

² Vedi Brigitte Leucht, “Tracing European Mentalities: Free Competition in Post-WWII-Europe”, in Marie-Thérèse Bitsch, Wilfried Loth, Charles Barthel, C. (eds.), *Cultures politiques, opinions*

Non si deve infatti dimenticare che nel 1957 nessun paese che sarebbe divenuto membro della CEE disponeva di una normativa a tutela della concorrenza, come oggi noi la intendiamo, cioè di una normativa che individui il divieto delle intese e di abuso di posizione dominante quale comportamento anticoncorrenziale. Sarà infatti la Germania che per prima emanerà una simile normativa *antitrust* nazionale in Europa la quale, e non è un caso, entrerà in vigore il 1° gennaio 1958³.

La situazione “culturale” europea in quel momento risentiva, naturalmente, dell'impostazione che vedeva (con alcune e a volte rilevanti differenze tra uno Stato ed un altro) i cartelli tra imprese come una normale modalità di esercizio del diritto di iniziativa economica privata. Impostazione questa conseguenza del peculiare sviluppo industriale europeo e di cartellizzazione delle economie nazionali a partire dal 1870 e che ha avuto nel periodo della seconda guerra mondiale il suo momento di più forte sviluppo⁴.

In questa situazione, la funzione del Reg. 17/1962 era quella di trovare un sistema che riuscisse a garantire l'applicazione di norme “rivoluzionarie” per la cultura giuridico-economica europea, come gli allora artt. 85 e 86 CEE, secondo una interpretazione che “volgesse radicalmente le spalle” alla “cartellizzazione” di quegli anni.

publiques et intégration européenne (Brussels: Bruylant, 2007), 337-53.

³ Sullo sviluppo delle normative a tutela della concorrenza in Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito, dagli anni '30 ad oggi v. i contributi in Lorenzo Federico Pace (ed.), *The impact of the Commission's guidance on Article 102* (Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2011), 3 ss.

⁴ Su questo punto e per una lista di cartelli internazionali attivi nel 1932 v. Lorenzo Federico Pace, *European Antitrust Law: Prohibitions, Merger Control And Procedures* (Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2007), 8.

E infatti concretamente il sistema del Reg. 17/1962 (e in particolar modo l'obbligo di notifica degli accordi al fine di ottenere l'esenzione *ex art.* 85 CEE e la competenza esclusiva della Commissione per riconoscere tale esenzione) creò nel 1962, a poco più di quindici anni dalla conclusione della seconda guerra mondiale, un sistema che permise questo cambiamento “culturale”. Infatti, questi due primi fattori, uniti all'autonomia della Commissione dagli Stati membri nell'applicazione degli artt. 85 e 86 CEE (fortemente difesa nella formulazione dell'art. 10 Reg. 17/1962), permise di definire una nuova e rivoluzionaria modalità (per gli Stati europei) di intendere e regolare i rapporti tra imprese, e questo tramite i divieti *antitrust*; divieti, come detto, sostanzialmente sconosciuti in Europa fino a quel momento. In questo modo facendo accettare, ad esempio, che la collusione tra imprese non fosse nell'interesse pubblico (come era stato in molti Stati europei fino a quel momento) ma che, al contrario, la collusione rappresentava un pregiudizio per la collettività. Non è un caso che le difficoltà maggiori nell'applicazione delle norme *antitrust* CEE sono state relative, almeno inizialmente, all'applicazione del divieto di accordi anticoncorrenziali, avendo avuto il divieto di abuso di posizione dominante una piena applicazione in Europa solo più tardi, all'inizio degli anni '70.

È stato poi il sistema di notifica disciplinato dal Reg. 17/1962 ad essere la “catena di trasmissione” che ha “esportato” il “nuovo” divieto europeo di accordi anticoncorrenziali in ciascuna delle normative a tutela della concorrenza dei singoli Stati membri⁵.

Questa evoluzione permette di chiarire il perché della sostanziale irrilevanza in questa prima fase dell'applicazione giudi-

⁵ Con riferimento al passaggio dal principio di abuso al principio di divieto riguardo agli accordi anticoncorrenziali tanto nel diritto dell'Unione europea che nelle discipline dei differenti Stati membri v. i contributi in Pace, *supra* nota 3.

ziale delle norme di concorrenza (c.d. *private enforcement*) rispetto all'applicazione amministrativa (c.d. *public enforcement*)⁶.

II. La redazione e l'attuazione degli artt. 85 e 86 CEE

Il primo passo nella redazione di norme a tutela della concorrenza a livello europeo è stato compiuto con i divieti del Trattato CECA. Ed infatti, mentre la dichiarazione Schuman del maggio 1950 non conteneva nessun espresso riferimento alla disciplina dei cartelli⁷, il 4 ottobre 1950 Jean Monnet avvertì i capi delle delegazioni che se non fossero stati inseriti nel Trattato dei chiari divieti relativamente ai cartelli industriali, il governo americano non avrebbe fornito il proprio contributo finanziario allo sviluppo del progetto del Trattato⁸.

La pressione politica degli Stati Uniti d'America – ma anche il gruppo di giuristi statunitensi presenti nella sede nell'Ambasciata americana di Parigi che fornirono aiuto nella redazione dei divieti⁹ – sono alla base del diritto della concorrenza del Trattato CECA¹⁰.

I divieti a tutela della concorrenza del Trattato CECA, anche se il relativo testo

era sostanzialmente differente rispetto a quello del Trattato CEE, sono il primo caso in cui la concorrenza tra imprese è stata individuata come il principio di base del commercio tra Stati dello spazio europeo.

Durante la redazione dei divieti a tutela della concorrenza del Trattato CEE la pressione politica degli Stati Uniti d'America non era più necessaria. Le stesse parti contraenti valutavano il diritto della concorrenza come una necessità. Come già detto, in considerazione dell'economia europea, fortemente cartellizzata, la negoziazione si incentrò prevalentemente sul divieto di cartelli industriali più che sul divieto di comportamenti unilaterali anticoncorrenziali delle imprese.

Durante tale negoziazione le culture giuridico-economico dei due più importanti futuri Stati membri, quella francese e quella tedesca, si scontrarono¹¹.

II.1. La redazione e l'attuazione dell'art. 85 CEE

Con riferimento al divieto di cartelli, la redazione dell'art. 85 CEE (1957) rappresenta un interessante fenomeno di confronto tra la cultura giuridica francese e quella tedesca.

II.1.1. La situazione in Germania

Già anteriormente alla prima guerra mondiale, la Germania era stata *das Land der Kartelle*, cioè la terra dei cartelli. Una relazione del 1920 elencava oltre 2.100 cartelli sul territorio tedesco.

La Germania aveva infatti già emanato nel 1920¹² normative relative alla disciplina

⁶ V. ad es. Pace, *supra* nota 4, 3-33, 70, 100.

⁷ Wyatt C. Wells, *Antitrust and the Formation of the Postwar World* (New York: Columbia University Press, 2002), 163.

⁸ Reiner Schulze - Thomas Hoeren (eds.), *Dokumente zum Europäischen Recht. Band 3*, Springer Verlag, Berlin, xxi.

⁹ V. Brigitte Leucht, "Transatlantic policy networks and the formation of core Europe" (PhD diss. University of Portsmouth, 2008), 56, 197.

¹⁰ V. Lorenzo Federico Pace, *I fondamenti del Diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea* (Milan: Giuffrè, 2005), 52. V. anche Schulze - Hoeren, *infra* nota 14, Volume 3, xxi e doc n. 7; Wells, *supra* nota 7, xxi.

¹¹ Sugli aspetti generali della redazione degli artt. 85 e 86 CEE, v. Pace, *supra* nota 4, 65 ss. e 111 ss.

¹² Sulla disciplina dei cartelli industriali vedi Ferdinand Baumgarten, Artur Meszleny, *Kartelle und Trusts - Ihre Stellung im Wirtschafts- und Rechtssystem*

dei cartelli. Esse, pur non dichiarando tali accordi illeciti, ne vietavano l'utilizzazione abusiva. Anche in conseguenza di questa scelta di politica economica, l'economia tedesca nei primi 40 anni del XX secolo era stata organizzata sulla base di cartelli tra imprese piuttosto che sulla concorrenza tra di esse.

Alla fine della seconda guerra mondiale, successivamente all'emanazione da parte delle forze di occupazione di una legge sulla decartellizzazione¹³, era stata istituita dal Governo tedesco una Commissione di studio per la redazione di una normativa in materia di tutela della concorrenza. Tale Commissione terminò i lavori in concomitanza con la discussione sulla redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma.

der wichtigsten Kulturstaaten (Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1906); Clemens Lammers, *Kartellgesetzgebung des Auslandes - Bericht an den Völkerbund für die internationale Wirtschaftskonferenz* (Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1927), 104; Kurt Wiedenfeld, *Kartelle und Konzerne* (Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1927); Oswald Lehnich, *Kartelle und Staat unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes* (Berlin: Verlag von Reimar Hobbing, 1928); Clemens Lammers, *Internationale Industrie-Kartelle (Völkerbunds-Denkschrift)* (Berlin: Carl Heymanns Verlag 1930), 140; Erich Ertel, *Internationale Kartelle und Konzerne der Industrie* (Stuttgart: C.E. Poeschel Verlag, 1930); Horst Wagenführ, *Kartelle in Deutschland* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Kriche & Co, 1931); Horst Wagenführ, *Kartellverträge - Deutsche ausländische und internationale Kartellverträge im Wortlaut* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Kriche & Co, 1931); Horst Wagenführ, *Kartellgesetzgebung in Deutschland* (Nürnberg: Verlag der Hochschulbuchhandlung Kriche & Co, 1933); Fritz Werr, *Internationale Wirtschaftszusammenschlüsse (Kartell und Konzern) und Staat als Vertragspartner* (Berlin: Heymann, 1936); Heinrich Friedländer, *Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa* (Zürich: Polygraphischer Verlag, 1938); Fritz Hausmann, *Konzerne und Kartelle im Zeichen der "Wirtschaftslenkung"* (Zürich: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G, 1938); Emil Eggmann, *Der Staat und die Kartelle* (Zürich: Dr. H. Girsberger Verlag, 1945).

¹³ Harold Rasch, "Kartellverbot und Grundgesetz", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 679.

Questo fatto determinò delle "interessanti" difficoltà, da poco chiarite grazie alla pubblicazione dei relativi documenti ufficiali, per i rappresentanti tedeschi in sede di redazione del Trattato¹⁴.

Per comprendere la posizione tenuta dalla Repubblica federale di Germania nel 1956/57 al tavolo delle trattative del Trattato di Roma, è da sottolineare che all'interno della stessa dottrina tedesca era presente una intensa discussione riguardo al modello di disciplina dei cartelli. La dottrina era infatti divisa tra i sostenitori del principio del divieto (*Verbotprinzip*) e i sostenitori del principio dell'abuso (*Missbrauchtprinzip*)¹⁵.

I primi sostenevano, nel ricordo del disastro politico ed economico della Germania nazista e delle leggi di cartellizzazione, la necessità di vietare qualunque accordo orizzontale tra imprese anche al fine di tutelare il diritto di iniziativa economica dei singoli. Inoltre, tale dottrina sosteneva che la "dispersione" del potere economico e il riconoscimento generalizzato del diritto di iniziativa economica avrebbe determinato dei risultati di "giustizia sociale"¹⁶. Secondo questa impostazione

¹⁴ V. Schulze and Hoeren, *supra* nota 8.

¹⁵ Su questo punto vedi Knut Wolfgang Nörr, *Die Leiden des Privatrechts - Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994), 203. Regarding this discussion see, Ernst-Joachim Mestmäcker, "Der Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 285; Wolfram Doerinkel, "Abriß der 1. Lesung des Kartellgesetzentwurfs im Bundestag", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 572; Harold Rasch, *supra* note 13, 679; Werner Benisch, "Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 421; Werner Benisch, *Ist das Kartellverbot Grundgesetzwidrig?*, in *Der Betrieb* (1956): 37. See also Harold Rasch, *Wettbewerbsbeschränkungen Kartell-und Monopolrecht; Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ed. (Herne: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1958).

¹⁶ V. Andreas Heinemann, *Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln* (Munich: VVE, 1989).

gli accordi anticoncorrenziali tra imprese dovevano essere privi di efficacia giuridica. Essi avrebbero acquisito la propria efficacia solo dopo la notifica dell'accordo ad uno specifico organo autonomo di controllo.

I fautori del principio dell'abuso sostenevano, al contrario, la necessità di formulare una norma che vietasse i cartelli e ne escludesse la relativa efficacia giuridica successivamente all'accertamento dell'illiceità del cartello¹⁷. Questa scelta avrebbe determinato una situazione non molto differente dal precedente periodo dal momento che tale divieto sarebbe stato applicato, come nell'esperienza francese, secondo un principio *ex post* e caso per caso e non secondo un generale principio *ex ante*.

Il principio che venne poi assorbito nella legge tedesca del 1957 riguardo ai cartelli industriali era quella del principio del divieto con specifiche esenzioni a tale principio.

La disciplina degli accordi verticali era invece regolata da una norma distinta che non rientrava nel principio di divieto (art. 15 GWB ss.).

La legge sulla tutela della concorrenza tedesca fu votata nel 1957 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1958, cioè lo stesso giorno dell'entrata in vigore del Trattato di Roma e delle relative norme *antitrust*.

Per concludere, la Repubblica federale di Germania, durante la redazione del Trattato di Roma del 1956/57, non poteva presentare una chiara "politica concorrenziale" riguardo alla valutazione degli accordi tra imprese non disponendo in quel momento di una definitiva normativa *antitrust* nazionale e questo nonostante la convinzione che la normativa comunitaria avrebbe avuto un importante influenza anche sulla (futura) normativa tedesca.

¹⁷ Rudolf Isay, "Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs", *Wirtschaft und Wettbewerb* (1955): 339.

II.1.2. La situazione in Francia

Già negli anni '20 la Repubblica francese aveva emanato normative che regolamentavano gli accordi tra imprese¹⁸.

All'inizio degli anni '50 era stata istituita una Commissione di riforma dell'allora vigente normativa dell'art. 419 *Code pénal* (1926) in quanto essa si era dimostrata non efficace e di difficile applicazione. La proposta di legge del 10 luglio 1952¹⁹ era probabilmente influenzata dal modello di regolamentazione del mercato europeo della prima parte del XX secolo relativa al "controllo dei cartelli" e non al loro divieto. Tale normativa, infatti, prendeva le mosse dal presupposto che gli accordi di cartello tra imprese non fossero necessariamente negativi e che vi fosse quindi la necessità di distinguere tra "accordi buoni" e "accordi cattivi"²⁰. Il progetto di legge prevedeva, in linea di principio, la liceità degli accordi tra imprese funzionali a migliorare, nell'interes-

¹⁸ See Rober Plaisant and Jacques Lassier, *Les Ententes Industrielles sous forme de Sociétés ou d'Associations* (Paris: Juris-Classeurs, 1956).

¹⁹ Sul punto v. J. Hamel and G. Lagarde, *Contrôle des ententes industrielles*, § 231 *Traité de Droit Commercial* (Paris: Librairie Dalloz, 1954), 280; Charley del Marmol, "Les Ententes industrielles en Droit comparée", *La Revue de la Banque* (1929): 86; Pierre Gide, *Le Projet Français de Loi Anti-Trust et les expériences étrangères - Etats-Unis - Angleterre - Allemagne* (Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1953); André Toulemon, "Le Décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale", *Revue trimestrielle de Droit Commercial* (1954): 269. Pierre Fortunet, "Dirigisme et libre concurrence - De la réglementation des ententes professionnelles et des conditions de vente par le décret du 9 août 1953", *Revue des Sociétés* (1954): 236; Iouda Tchernoff and Pierre Olivier Lapie, "Industrial and trade combinations under French law", in Leslie Scott (ed.), *Trade Combinations in U.S.A., France, Germany, Poland* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932), 49.

²⁰ Per un approfondimento di questi aspetti, rinviamo a V. Salandra, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, A. Milani, 1934, 38.

se generale, la produzione e la distribuzione (art. 1 Progetto n. 9951). L'art. 2 del progetto vietava invece solo i comportamenti finalizzati alla costituzione di monopoli, alla creazione di *coalition* o alla limitazione e alla soppressione della concorrenza sleale (art. 2 Progetto n. 9951)²¹.

Tale proposta subì una radicale modifica. La formulazione finale della norma, l'art. 59-*bis* decreto 9 agosto 1953, disciplinò il *délit de coalition*, cioè il divieto di tutti gli accordi che avessero ad oggetto o ad effetto di alterare la concorrenza, accordi questi espressamente vietati di diritto. Solo due categorie di intese rientranti in tale divieto e previste dall'art. 59-*ter* del decreto erano esentate dall'illiceità²², e cioè gli accordi imposti da leggi o regolamenti (normative ben conosciute al diritto UE in quanto prese in considerazione da una serie di decisioni e di sentenze negli anni

'90²³) e gli accordi che determinavano specifici vantaggi per la concorrenza.

In considerazione della previsione dell'esenzione dal divieto e dal fatto che l'esenzione era applicata da giudici (cioè sulla base di un'applicazione *ex post* e caso per caso) il '*délit de coalition*' non era un divieto *antitrust* come inteso oggi ed era profondamente differente dal tipo di divieto di cui allo Sherman Act del 1890.

A fronte di ciò, però, la Francia disponeva già nel 1952, cioè prima della negoziazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma, di una normativa in materia di accordi anticoncorrenziali, normativa espressione di una chiara impostazione riguardo alla valutazione giuridica degli accordi tra imprese.

II.1.3. La redazione dell'art. 85 CEE:

la creazione di una «connessione»
tra l'art. 85 CEE e il futuro
Regolamento 17/1962

Durante la redazione delle norme *antitrust* del Trattato di Roma, i rappresentanti della Repubblica francese proposero una norma relativa al divieto di accordi la quale, da una parte, armonizzava le normative nazionali relative alla "discriminazione sulla base del prezzo" e, dall'altra – relativamente alle pratiche restrittive di concorrenza²⁴ –, conteneva gli stessi principi degli artt. 59-*bis* e 59-*ter* del decreto francese 9 agosto 1953. Tale seconda parte della proposta, in particolare, era espressione del principio degli accordi "buoni" e "cattivi", cioè il divieto di

²¹ Del Marmol, *supra* nota 19, 86.

²² In particolare, il *délit de coalition* previsto dall'art. 59-*bis* decreto del 9 agosto 1953 relativo al mantenimento e al ristabilimento della libera concorrenza recitava: «Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59-*ter*, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, allant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix».

«Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit».

«Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les orties; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission, s'il en est intervenu un doit être communiqué».

L'art. 59-*ter* prevedeva: «Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59-*bis*, les actions concertées, conventions ou ententes»:

«1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire»;

«2. Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production, ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation».

²³ Cfr. Sentenza della Corte del 3 dicembre 1987, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. Yves Aubert*, causa 136/86, *Racc.* 1987, p. 4789; 82/896/CEE: Decisione della Commissione, del 15 dicembre 1982, (IV/29.883 - UGAL/BNIC), *Gazzetta ufficiale*, n. L 379 del 31 dicembre 1982, p. 1-18; Sentenza della Corte del 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel Du Cognac c. Guy Clair*, causa 123/83, *Racc.* 1985, p. 391.

²⁴ V. Schulze - Hoeren, *supra* nota 8, doc. 51.

accordi anticoncorrenziali salvo la possibilità di esentare specifiche intese che avessero avuto un effetto positivo sulla concorrenza.

Diversamente, i rappresentanti della Repubblica federale di Germania avevano difficoltà a prendere posizione sul punto, non avendo essi stessi ben chiaro quale sarebbe stata la formulazione della relativa normativa nazionale. I rappresentanti tedeschi temevano che la redazione della norma comunitaria sui cartelli risultasse in contrasto con il loro diritto nazionale. Era già chiaro, infatti, che il diritto della concorrenza del Trattato avrebbe avuto una rilevante influenza sul diritto statale²⁵.

I rappresentanti della Repubblica federale di Germania, dopo un primo momento di esitazione, proposero una norma contenente il principio del divieto senza eccezioni, qualificando tale proposta come unica e immodificabile²⁶.

A fronte di tale proposta i rappresentanti francesi, così come le altre rappresentanze, irrigidirono le loro posizioni pervenendo quindi ad una situazione di stallo²⁷. I documenti ufficiali indicano come i rappresentanti della Repubblica federale di Germania riconoscevano però che: «È impossibile imporre a livello europeo un principio (cioè il principio del divieto) che è oggetto di discussione nella Germania stessa»²⁸.

La situazione fu risolta dal Presidente del sottogruppo relativo alle norme della concorrenza, il tedesco Hans von der Groeben, il quale era stato uno dei redattori del Relazione Spaak, aveva degli stretti rapporti con la scuola ordoliberal di Friburgo e sarebbe stato successivamente il primo Commissario per la politica di concorrenza della Commissione.

Il compromesso proposto da von der Groeben, e accettato dalle parti, fu la pre-

visione di una norma di divieto di accordi tra imprese (art. 85 § 1 CEE) che prevedesse un'eccezione al divieto, disciplinando inoltre i requisiti in presenza dei quali dichiarare non applicabile il divieto (art. 85 § 3 CEE)²⁹. Infine, la norma di divieto prescriveva che «gli accordi e decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto» (art. 85 § 2 CEE), così come l'art. 53-*bis* del decreto francese del 1953 ma anche come la *Notverordnung* tedesca del 1931.

Infine, Von der Groeben propose di rinviare la decisione che aveva determinato lo "stallo", cioè la modalità di applicazione dell'autorizzazione dell'art. 85 § 3 CEE (tramite il principio del divieto o il principio dell'abuso), in un regolamento successivo alla firma del Trattato di Roma (ciò è dimostrato anche dalle prese di posizioni del Governo olandese, del Parlamento francese e del Parlamento italiano nel 1957). A tal fine il 28 novembre 1956 fu redatta la bozza dell'articolo poi divenuto, dopo successive elaborazioni, l'art. 87 § 2 lett. *e* CEE³⁰.

In forza di tale compromesso, e ai sensi degli artt. 87 e 88 CEE, si decise che l'art. 85 §§ 1 e 3 CEE sarebbe stato applicato, «fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione

²⁹ *Ivi*, p. xxxi.

³⁰ L'art. 87 § 2 lett. *e* CEE recitava: "1. Nel termine di tre anni dall'entrata in vigore del presente Trattato, il Consiglio, con deliberazione unanime, su proposta della Commissione e dopo consultata l'Assemblea stabilisce tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86. // Tali disposizioni, qualora non siano state adottate entro il termine suindicato, sono stabilite dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione dell'Assemblea. // 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: (...) *b*) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo".

²⁵ *Ivi*, doc. 62.

²⁶ *Ivi*, p. xxvii.

²⁷ *Ivi*, p. xxvii.

²⁸ *Ivi*, doc. 65.

dell'articolo 87», dalle «Autorità degli Stati membri (...) in conformità del diritto nazionale interno» (art. 88 CEE), in questo modo giustificando il richiamo delle Autorità nazionali direttamente dalle norme del Trattato (artt. 87 e 88 CEE). Quindi le Autorità nazionali, ai sensi dell'art. 88 CEE, erano competenti anche ad applicare l'eccezione prevista dall'art. 85 § 3 CEE «in conformità del diritto nazionale interno». Secondo il compromesso, la scelta della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE (cioè il principio del divieto o dell'abuso) era così temporaneamente lasciata alla scelta degli Stati membri.

II.1.4. L'attuazione dell'art. 85 CEE ai sensi del Reg. 17/1962

Così come la redazione del testo dell'art. 85 CEE, anche la redazione nel 1961 del testo del primo regolamento *ex* art. 87 CEE, e in particolare della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE, fu oggetto di forti discussioni. Infatti, il differente principio di giudizio dei cartelli industriali, da parte dei francesi e dei tedeschi, non era cambiato.

La rappresentanza tedesca sosteneva, infatti, l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE a guisa del principio del divieto, recepito nel *GWB* del 1957³¹.

La rappresentanza francese sosteneva invece, come previsto dal decreto del 1953, un'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE a guisa del principio dell'abuso, cioè validità degli accordi stipulati dalle parti fino al momento in cui non fosse stata accertata la violazione dell'art. 85 CEE.

Il «difficile» compromesso tra le differenti posizioni venne raggiunto con l'aiuto del relatore del regolamento, il tedesco

Arved Deringer, e fu trasposto nel Reg. 17/1962, primo regolamento di attuazione degli artt. 85 e 86 CEE.

Il compromesso consisteva nel fatto che, a fronte della «norma fondamentale» dell'Art. 1 Reg. 17/1962 secondo cui accordi «di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato (...) sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso» (Art. 1 Reg. 17/1962), le imprese al fine di ottenere l'esenzione di cui all'Art. 85 § 3 CEE dovevano notificare gli accordi ad un unico organo (Art. 4 comma 1 Reg. 17/1962)³². Ai sensi dell'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962 tale organo era la Commissione³³. A ciò si accompagnava la previsione dell'illiceità retroattiva dell'accordo, conseguenza del principio di cui all'art. 1 Reg. 17/1962 in caso di rigetto dell'esenzione³⁴, conseguenza questa del

³² L'art. 4 § 1 Reg. 17/1962, rubricato come «notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche», recitava: «Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, intervenuti dopo l'entrata in vigore del presente regolamento, e per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo 85, paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non può essere rilasciata».

³³ Arved Deringer, *Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965), 10. L'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962, rubricato come «Competenza», recitava: «Fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1».

³⁴ L'art. 6 comma 1 Reg. 17/1962, rubricato come «Dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3», recitava: «Quando la Commissione rilascia una dichiarazione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato, essa indica la data a decorrere dalla quale la dichiarazione prende effetto. Questa data non può essere anteriore a quella della notificazione». V. anche sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *SA Brasserie de Haecht contro Wilkin-Janssen*, Causa 48-72, *Racc.* 1973, p. 77, § 25.

³¹ Arved Deringer, *Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965), 10.

principio di cui all'art. 1 Reg. 17/1962. Questi principi erano conseguenza della richiesta tedesca di applicazione del principio del "divieto". Però, anche in caso di illiceità dell'accordo, la notifica dell'intesa rendeva non comminabili alle parti le sanzioni per la violazione dell'art. 85 § 1 CEE, e ciò per il periodo di tempo intercorso tra notifica e decisione di merito della Commissione (art. 15 comma 5 Reg. 17/1962)³⁵.

Inoltre, il Reg. 17/1962 prevedeva (come richiesto dalla Francia) l'efficacia temporanea degli accordi fino alla decisione della Commissione, in presenza o meno della notifica dell'intesa. Però, in assenza di notifica e nel caso in cui l'accordo fosse stato vietato ai sensi dell'art. 85 § 1 CEE, era prevista l'illiceità dell'accordo *ex tunc* e senza possibilità di valutazione *ex art. 85 § 3 CEE*.

La modalità di attuazione dell'art. 85 CEE *ex Reg. 17/1962* aveva quindi mantenuto, nella relativa formula di compromesso, un certo equilibrio tra principio tedesco e principio francese.

Da questa situazione di "equilibrio", l'impostazione finale sarebbe stata più vicina al regime proposto dalla Germania o dalla Francia a seconda della scelta di fondo relativa all'applicazione dell'art. 85 § 1 CEE. Infatti, un'interpretazione più rigida del divieto avrebbe sostanzialmente imposto alle imprese, secondo il principio del divieto tedesco, di notificare gli accordi

sia al fine di richiedere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE*, ma anche per non incorrere nelle sanzioni in caso di rifiuto dell'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE*. Una interpretazione meno rigida del divieto dell'art. 85 § 1 CEE avrebbe determinato un minore incentivo a notificare alla Commissione gli accordi e quindi un divieto più simile al principio dell'abuso francese.

La successiva prassi decisionale della Commissione optò per una interpretazione rigida dell'art. 85 § 1 CEE, rendendo tendenzialmente vietati tutti gli accordi orizzontali e rendendo conseguentemente più ampia l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Tale prassi ha sostanzialmente trasformato, per i primi 40 anni di applicazione, l'art. 85 § 1 CEE in una norma contenente il principio del divieto, con la necessità (ma non l'obbligo formale) di notificare le intese alla Commissione. Ciò quanto meno per "assicurarsi" la temporanea efficacia degli accordi stessi e per evitare le sanzioni in caso di illiceità dell'intesa (art. 85 § 2 CEE) conseguente al rigetto dell'autorizzazione. In ultima istanza, tale applicazione proponeva a livello comunitario un sistema simile a quanto previsto dalla normativa *antitrust* tedesca.

A ben vedere, tale prassi della Commissione è stata determinata dall'influenza tedesca a livello CEE (e in particolare della scuola ordoliberal di Friburgo). La dominante influenza tedesca nello sviluppo del diritto europeo della concorrenza nei primi anni della CEE era conseguenza dell'approfondita riflessione che in Germania vi era stata sui problemi della concorrenza proprio in conseguenza della tragica esperienza nazista e dell'economica "cartellizzata" ad essa strettamente connessa.

Tra i personaggi che hanno influenzato questo sviluppo vi fu il prof. Ernst-Joachim Mestmäcker il quale fu nominato nel 1960, dietro indicazione dell'allora presidente della Commissione, Walter Hallstein, consulente speciale della Commissione per la concorrenza.

³⁵ L'art. 15 comma 5, rubricato come "Ammende", recitava: «Le ammende previste al paragrafo 2, lettera a) non possono essere inflitte per comportamenti: a) posteriori alla notificazione alla Commissione ed anteriori alla decisione con la quale questa concede o rifiuta l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato, nella misura in cui essi restano nei limiti dell'attività descritta nella notificazione, b) anteriori alla notificazione e che restino nei limiti degli accordi, decisioni e pratiche concordate, esistenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, purché la notificazione sia stata fatta nei termini indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2».

Il prof. Mestmäcker era allievo di Franz Böhm, questo ultimo fondatore insieme a Walter Eucken della scuola di Friburgo. La nomina rifletteva la necessità della Commissione di creare la politica di concorrenza comunitaria³⁶.

Il prof. Mestmäcker rimase consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970 influenzando l'interpretazione dei principi degli artt. 85 CEE e 86 CEE secondo la scuola tedesca³⁷.

II.2. La redazione dell'art. 86 CEE

Il Rapporto Spaak prevedeva che il Trattato CE disciplinasse, oltre ad una norma sul divieto di accordi, anche una norma relativa al divieto di comportamenti monopolistici delle imprese.

Dai documenti ufficiali risulta che la redazione dell'art. 86 CEE sia stata meno problematica della redazione dell'art. 85 CEE. Ciò è stato probabilmente determinato dall'assenza, al momento della redazione del Trattato, di norme simili negli ordinamenti dei sei Stati fondatori. Infatti, solo in Germania si poneva in quel periodo la necessità di introdurre nella legge di tutela della concorrenza una norma contro i comportamenti unilaterali delle imprese. Tale norma, cioè l'abuso di posizione dominante, fu poi inserita nel *GWB* all'art. 22.

Questo non evitò delle «schermaglie» negoziali. La Francia aveva infatti proposto una norma di divieto della dominanza delle imprese sul mercato. Questo divieto avrebbe causato gravi conseguenze per le imprese tedesche le quali, in considerazione

ne della presenza nel territorio tedesco di numerose imprese di rilevanti dimensioni, sarebbero potute essere oggetto di tale divieto. Come noto l'art. 86 CEE formulò, nella sua versione finale, il divieto di abuso della posizione dominante sul mercato.

Ciò detto, in sede di redazione della norma la discussione si sviluppò maggiormente sulla modalità di limitare il potere delle singole imprese e sul se disciplinare nel Trattato il controllo delle concentrazioni, così come già previsto nel Trattato CECA³⁸ (istituto che nel Trattato CECA era stato imposto dagli Stati Uniti d'America per evitare che le imprese tedesche nel settore del carbone e dell'acciaio acquisissero nuovamente una posizione di dominanza sul mercato). Diversamente nel Trattato CEE, non ponendosi il problema relativo al Trattato CECA, gli Stati membri non inserirono un sistema di controllo delle concentrazioni, sistema che avrebbe evidentemente limitato in modo consistente l'autonomia degli Stati membri nella «gestione» dell'economia all'interno dei propri confini.

II.2.1. L'attuazione dell'art. 86 CEE

L'art. 85 CEE, a differenza dell'art. 85 § 3 CEE, non necessitava (e non necessitava) di norme di attuazione. Anzi, l'articolo presenta, come riconosciuto dalla successiva giurisprudenza CEE, i requisiti di norme avente «effetto diretto».

In assenza della necessità di norme di attuazione dell'art. 82 CEE, ed essendo essa avente «effetto diretto», l'art. 1 Reg. 17/1962, rubricato come «Disposizione di principio», recitava: «(...) Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'articolo 86 del Trattato, [è] vietat[o] senza che occorra una decisione preventiva in tal senso (...)».

³⁶ Oskar Klug, *Die Problematik der amtlichen deutschen Kartellpolitik*, in Ludwig Kastl - Max Metzner, *Kartelle in der Wirklichkeit Festschrift fuer Max Metzner zu seinem funfundsiebzigsten Geburtstag*, Köln, Heymann, 1963, p. 153, 171.

³⁷ V. Hans Friederich Zacher, *Grußwort*, in *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Ulrich Immenga (a cura di), Baden - Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 24.

³⁸ Schulze and Hoeren, *supra* nota 8.

III. Il sistema di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE disciplinato dal Reg. 17/1962

Come noto, il primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE è stato emanato il 6 febbraio 1962 – dopo circa cinque anni dalla firma del Trattato di Roma (1957) –. Il regolamento è entrato in vigore il 13 marzo 1962³⁹ ed ha terminato il periodo di vigenza il 30 aprile 2004. Tale regolamento – oltre a regolare il centrale elemento della modalità di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE (art. 1 Reg. 17/1962), le conseguenze sulla particolare disciplina delle decisioni della Commissione (artt. 2-8 Reg. 17/1962) e gli organi competenti ad applicare l'art. 85 § 3 CEE (art. 9 Reg. 17/1962) – non disciplinava aspetti altrimenti non già previsti (anche se succintamente) nel Trattato CEE (1957).

Con riferimento alla competenza della Commissione, l'art. 9 comma 1 Reg. 17/1962 attribuiva all'Autorità CE la competenza esclusiva di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. A ben vedere il riconoscimento di tale competenza esclusiva era nel 1962 sostanzialmente obbligato. Una competenza decentrata del potere di autorizzazione *ex art. 85 § 3 CEE* avrebbe infatti determinato il rischio di prassi non coerenti tra le varie Autorità nazionali e la Commissione (soprattutto in un momento in cui le culture giuridiche ed economiche relative alla tutela dai cartelli tra imprese erano così differenti tra i singoli Stati membri, ed in particolare tra Germania e Francia).

Le decisioni che la Commissione poteva emanare in applicazione degli artt. 85 e 86 CEE ai sensi del Reg. 17/1962 erano la conseguenza dei due elementi sopra indicati, cioè: da una parte, la previsione del sistema

di notifica per l'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE; dall'altra, la competenza esclusiva in capo alla Commissione dell'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Infatti, tra le decisioni della Commissione disciplinate, solo gli artt. 2 Reg. 17/1962 (attestazione negativa) e 3 Reg. 17/1962 (eliminazione delle infrazioni) non riguardavano decisioni di applicazione dell'art. 85 § 3 CEE. Tutte le altre norme riguardavano il sistema di notifica degli accordi, e cioè: art. 4 Reg. 17/1962 (notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche); art. 5 Reg. 17/1962 (notificazione degli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 6 Reg. 17/1962 (dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3); art. 7 Reg. 17/1962 (disposizioni particolari per gli accordi, decisioni e pratiche esistenti); art. 8 Reg. 17/1962 (durata della validità e revoca delle dichiarazioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3); art. 23 Reg. 17/1962 (regime transitorio applicabile alle decisioni delle Autorità degli Stati membri).

Il Reg. 17/1962 manteneva in capo alle Autorità nazionali la competenza ad applicare gli artt. 85 e 86 CEE, così come già ai sensi dell'art. 88 CEE. L'art. 9 § 3 Reg. 17/1962 prevedeva infatti che «fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le Autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86, in conformità dell'articolo 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2». D'altro canto, non vi sarebbe stato motivo per eliminare tale competenza, soprattutto in presenza negli Stati membri di organi che avrebbero potuto cooperare con la Commissione per la tutela *antitrust* CEE.

La competenza riconosciuta dal Reg. 17/1962 alle Autorità nazionali non si estendeva però – a differenza dell'art. 88 CEE – all'applicazione dell'art. 85 § 3 CEE,

³⁹ Regolamento n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 82 del Trattato CEE, in G.U.C.E. P 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

competenza esclusiva della Commissione (art. 9 comma 1 Reg. 17/1962).

Inoltre, le Autorità nazionali non potevano esercitare la propria competenza *ex* artt. 85 e 86 CEE parallelamente alla Commissione riguardo ad una medesima fattispecie (art. 9 § 3 Reg. 17/1962). Infatti, in conseguenza dell'apertura di un procedimento da parte della Commissione sul medesimo caso oggetto di valutazione di un'Autorità nazionale, l'Autorità CEE avocava a sé la competenza *antitrust* per poter giudicare tale fattispecie. Parimenti l'Autorità nazionale non poteva iniziare un procedimento ai sensi del diritto *antitrust* CEE per casi oggetto in quel momento di un procedimento istruttorio della Commissione. Ciò non escludeva però che le Autorità nazionali potessero applicare parallelamente – sebbene nella vigenza del Reg. 17/1962 questo fosse una mera ipotesi di scuola – la competenza *antitrust* nazionale per la medesima fattispecie.

Al contrario, il Reg. 17/1962 non escludeva, come confermato dalla sent. *Walt Wilhelm*⁴⁰, procedimenti paralleli della Commissione e delle Autorità nazionali su di una medesima fattispecie: la Commissione ai sensi del diritto *antitrust* CE e l'Autorità ai sensi del diritto *antitrust* nazionale.

IV. La tutela giurisdizionale delle norme *antitrust* europee

Il Reg. 17/1962, così come gli artt. 88 e 89 CEE, non prevedeva – al contrario del Reg. 1/03 – alcun riferimento ai giudici nazionali; né, in primo luogo, con riferimento alla competenza di applicazione degli artt. 85 e 86 CEE, né, in secondo luogo,

sotto il profilo della collaborazione con la Commissione o le Autorità nazionali.

Riguardo al *primo aspetto*, ciò era comprensibile in quanto i giudici applicavano gli artt. 85 § 1 e 86 CEE in conseguenza dell'effetto diretto di tali due norme. Essi, quindi, non necessitavano di specifiche norme che ai sensi dei regolamenti *ex* art. 87 CEE riconoscessero ad essi specifiche competenze.

Sotto questo aspetto, il Reg. 17/1962 risolveva – anche se indirettamente – uno dei problemi osservati agli artt. 88 e 89 CEE con riferimento al potere dei giudici nazionali di applicare gli artt. 85 e 86 CEE (e in particolare con riferimento all'art. 85 § 3 CEE). L'art. 1 Reg. 17/1962 infatti prevedeva – come già evidenziato – che le intese ai sensi dell'art. 85 § 1 (ma anche gli abusi di posizione dominante *ex* art. 86 CEE) erano «vietati senza che [fosse] necessaria una preventiva decisione in tale senso». In questo modo era chiarito che i giudici nazionali, ai sensi dell'art. 1 Reg. 17/1962, applicavano gli artt. 85 § 1 e 86 CEE in considerazione del relativo effetto diretto.

Sebbene il Reg. 17/1962 avesse quindi risolto il problema relativo alla modalità di applicazione dell'art. 85 CEE, rimaneva comunque come limite per l'applicabilità della norma da parte dei giudici nazionali il fatto che l'art. 85 § 3 CEE non disponesse di “effetto diretto”. D'altro canto, come chiarito dalla giurisprudenza *Sabam*⁴¹ e confermato dalla giurisprudenza *Delimitis*⁴², se l'art. 85 § 3 CEE fosse stata norma avente effetto diretto, la competenza esclusiva della Commissione relativa a tale norma non

⁴¹ Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie contro Sv Sabam e Nu Fonior (Sabam - Fonior)*, causa 127/73, *Racc.* 1974, p. 51.

⁴² Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis contro Henninger Bräu AG*, causa C-234/89, *Racc.* 1991 p. I-935.

⁴⁰ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri contro Bundeskartellamt*, causa 14-68, *Racc.* 1969 p. 1.

avrebbe potuto escludere l'applicazione di tale norma da parte dei giudici nazionali.

Sempre la giurisprudenza *Delimitis* aveva però chiarito – in conseguenza della disciplina del Reg. 17/1962 – che nel caso di intese notificate alla Commissione, i giudici non potevano decidere della fattispecie fino a quando l'Autorità CEE non avesse deciso sulla notifica stessa. Nel caso in cui la Commissione avesse rigettato la richiesta di autorizzazione, il giudice poteva però applicare l'art. 85 § 1 CEE. Nel caso di intese non notificate, i giudici potevano decidere immediatamente su tali accordi valutando esclusivamente la violazione o meno dell'art. 85 § 1 CEE, senza possibilità di valutare l'applicabilità dell'art. 85 § 3 CEE.

In secondo luogo, il Reg. 17/1962 non prevedeva norme relative al collegamento tra Commissione o Autorità nazionali (differentemente dal Reg. 1/03). Questo in quanto l'obiettivo principale del regolamento era definire, da una parte, le modalità per applicare l'art. 85 § 3 CEE e, dall'altra, definire i poteri della Commissione per realizzare gli obiettivi dell'art. 3 § 1 lett. g CEE.

V. La crisi e il tramonto del Reg. 17/1962 e l'emanazione del Reg. 1/2003

Il testo del Reg. 17/1962 negli oltre 40 anni di vigenza è rimasto sostanzialmente invariato. L'ordinamento CE nel contempo era cambiato profondamente, sia riguardo agli aspetti più propriamente normativi (le modifiche del CEE, anche in conseguenza della crescita del numero di Stati membri), sia per quanto riguarda gli aspetti più fattuali (la crescita del numero di casi rientranti nel campo di applicazione del diritto *antitrust* CE, conseguenza della "realizzazione" del mer-

cato comune). Tali cambiamenti avevano determinato l'emersione di nuovi problemi nel sistema di tutela *antitrust* CEE, in particolare nel rapporto "verticale" tra Commissione e organi dei sistemi di tutela della concorrenza degli Stati membri.

Il rapporto "verticale" tra Commissione, Autorità e giurisdizioni nazionali divenne un aspetto rilevante del sistema *antitrust* europeo all'inizio degli anni '90. Ciò è stata conseguenza del numero eccessivo di casi *antitrust* (ad es. notifiche *ex art.* 85 § 3 CEE, denunce presentate all'Autorità CEE, casi iniziati d'ufficio) a cui era sottoposta la Commissione rispetto al numero di funzionari a disposizione della Direzione generale della concorrenza della Commissione stessa.

A parte il fenomeno "fisiologico" dell'aumento nel tempo del numero di denunce presentate all'Autorità CE (fatto avvenuto tanto in Europa quanto negli Stati Uniti d'America e derivante dalla crescita di fattispecie che avevano effetto sul commercio interstatale), la crescita del numero di notifiche per ottenere l'esenzione *ex art.* 85 § 3 CEE – al contrario – presentava una "dinamica" esclusiva del sistema europeo che vale la pena prendere brevemente in considerazione.

L'alto numero di notifiche depositate presso la Commissione per ottenere l'esenzione *ex art.* 85 § 3 CEE era conseguenza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 85 § 1 CEE. Dall'entrata in vigore del Reg. 17/1962 le imprese notificavano frequentemente le intese poste in essere in considerazione, in un primo momento, dell'incertezza di quale sarebbe stata l'impostazione della Commissione riguardo a tale norma di esenzione e, in un secondo momento – dall'inizio degli anni '70 – in considerazione dell'interpretazione restrittiva dell'art. 85 § 1 CEE dell'Autorità CEE. Le conseguenze dell'eventuale illiceità *ex tunc* delle intese non notificate (e della non applicabilità delle sanzioni nel caso di rigetto dell'esenzione e violazione dell'art.

85 § 1 CEE) erano per le imprese infatti tali da consigliarne la notifica.

L'alto numero di notifiche era determinato anche da un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 § 2 Reg. 17/1962, norma che era stata prevista paradossalmente proprio per ridurre i casi in cui notificare intese poste in essere da imprese attive nello stesso territorio⁴³.

La Commissione aveva "tamponato" inizialmente il problema del numero di notifiche tramite soluzioni di carattere procedurale.

In primo luogo, negli anni '60 la Commissione aveva emanato, ad iniziare dal 1967⁴⁴, una serie di regolamenti di

esenzione per categoria al fine di evitare che le imprese notificassero alla Commissione determinate categorie di accordi⁴⁵.

In secondo luogo, negli anni '80, la Commissione aveva cercato di «tamponare» ulteriormente la crescita del carico di lavoro derivante dalle notifiche delle intese tramite le c.d. *comfort letter*. Con tali provvedimenti informali (c.d. anche «lettere amministrative») la Commissione avvertiva i soggetti che avevano notificato le intese che il caso presentava o meno i requisiti per ottenere l'esenzione *ex art. 85 § 3 CEE* oppure che l'intesa rientrava nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione. Le *comfort letter* presentavano però il limite della loro natura di atti non vincolanti per i singoli, con l'evidente limite per la certezza del diritto⁴⁶.

Con l'inizio degli anni '90 il carico di lavoro della Commissione relativo alle notifiche e ai procedimenti di cui agli artt. 85 e 86 CEE divenne insostenibile. Tale ulteriore aumento di attività della Commissione era conseguenza del completamento del mercato interno nel 1992 e quindi della maggiore importanza del diritto *antitrust* CEE in un momento in cui le barriere normative tra gli Stati

⁴³ Cfr. Sentenza della Corte del 18 marzo 1970, *Brauerei A. Bilger*, cit. e il commento di Koenraad Lenaerts, *Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre juridique Européen* (Brussels: Bruylant, 1988), 124.

⁴⁴ Vedi Regolamento n. 67/67/CEE della Commissione, del 22 marzo 1967, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di distribuzione esclusiva, in G.U. 57 del 25.3.1967, pp. 849-852; Regolamento (CEE) n. 123/85 della Commissione del 12 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela, in G.U. L 15 del 18.1.1985, pp. 16-24; Regolamento (CEE) n. 2349/84 della Commissione del 23 luglio 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi di licenza di brevetto, in G.U. L 219 del 16.8.1984, pp. 15-24; Regolamento (CEE) n. 556/89 della Commissione del 30 novembre 1988 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE a categorie di accordi di licenza di know-how, in G.U. L 61 del 4.3.1989, pp. 1-13; Regolamento (CEE) n. 4087/88 della Commissione del 30 novembre 1988 concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, in G.U. L 359 del 28.12.1988, pp. 46-52; Regolamento (CEE) n. 417/85 della Commissione del 19 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi di specializzazione, in G.U. L 53 del 22.2.1985, pp. 1-4; Regolamento (CEE) n. 418/85 della Commissione del 19 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo 85,

paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, in G.U. L 53 del 22.2.1985, pp. 5-12; Regolamento (CEE) n. 82/91 della Commissione del 5 dicembre 1990 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate aventi per oggetto i servizi di assistenza a terra, in G.U. L 10 del 15.1.1991, pp. 7-8; Regolamento (CEE) n. 3932/92 della Commissione, del 21 dicembre 1992, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, in G.U. L 398 del 31.12.1992, pp. 7-14.

⁴⁵ V. Daniel G. Goyder, *EC Competition Law*, 3rd edition, (Oxford: Oxford University Press, 1998), 130.

⁴⁶ V. Sentenza della Corte del 10 luglio 1980, *Anne Marty Sa c. Estee Lauder Sa*, causa 37/79, *Racc.* 1980, p. 2485.

membri venivano lentamente eliminate. Questo favoriva infatti gli investimenti e le attività economiche “interstatali” (*rectius* di rilevanza comunitaria) con la conseguente applicabilità – per via del pregiudizio sul “commercio tra Stati membri” – del diritto *antitrust* CEE. All’aumento del carico di lavoro si aggiungeva la lentezza con cui le richieste di esenzione *ex art.* 85 § 3 CEE erano decise dalla Commissione – anche in considerazione del limitato personale della D.G. concorrenza –; tale lentezza era stata riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia⁴⁷ ed ha influito, ad esempio, anche sulla redazione del campo di applicazione della legge *antitrust* italiana⁴⁸.

Questi fatti imposero alla Commissione di trovare un modo per ridurre il relativo carico di lavoro. Tale soluzione fu trovata dalla D.G. concorrenza, in cui era allora Commissario per la concorrenza Mario Monti, nel “decentramento dell’applicazione del diritto *antitrust* europeo” da parte delle Autorità e dei giudici nazionali, principio che ha costituito il perno del successivo (e vigente) regolamento di applicazione delle norme europee di concorrenza, il Reg. 1/03⁴⁹.

LORENZO F. PACE

⁴⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 6 febbraio 1973, *Sa Brasserie di Haecht c. Wilkin - Janssen*, causa 48/72, *Racc.* 1973, p. 77.

⁴⁸ Sul punto v. Lorenzo Federico Pace, *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il “vincolo comunitario” imposto al legislatore nazionale: l’art. 1 l. n. 287/90*, *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario* (2001) 6: 997.

⁴⁹ Sul problema del decentramento del diritto europeo della concorrenza, rinviamo al nostro *Decentralised Application*, in Gian Luigi Tosato and Leonardo Bellodi (eds.), *EU Competition Law: Procedure: Anti-Trust, Merger, State Aids* (Deventer: Claeys & Casteels, 2006), 215.

IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO EUROPEO ANTITRUST: EVOLUZIONE E RISULTATI

Sommario: I. Private antitrust enforcement e competenze dell'Unione europea. – II. Alle origini del private enforcement europeo. – III. Lo sviluppo della disciplina in tema di private enforcement: i documenti di soft law e i principi dettati dalla giurisprudenza nazionale e dell'Unione europea. – IV. La direttiva 2014/104/UE e il decreto legislativo di recepimento n. 3/2017: verso una disciplina organica.

I. *Private antitrust enforcement e competenze dell'Unione europea*

L'espressione *private antitrust enforcement* indica quel meccanismo che garantisce ad imprese o a privati cittadini (dal 2010 anche tramite azione collettiva) la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo e che permette, in particolare, di agire per ottenere vuoi il risarcimento del danno, vuoi provvedimenti d'urgenza nei confronti delle imprese che abbiano violato le regole *antitrust* europee o nazionali. Tale rimedio può essere altresì utilizzato per richiedere al giudice ordinario la declaratoria di nullità, per violazione del diritto della concorrenza, di un contratto o di singole clausole che lo compongono (tutte le azioni menzionate vengono espressamente previste dall'art. 33, comma 2, l. 287/1990).

Il *private enforcement* è nato e si è sviluppato nel solco della disciplina della concorrenza e non in quello del diritto privato (diritto dei contratti o responsabilità civile). Ciò ha determinato una prima importante conseguenza per il nuovo istitu-

to sottratto, di fatto, alla disciplina e alla evoluzione del diritto privato europeo. Di esso, in effetti, non c'è traccia non solo nelle direttive di armonizzazione del diritto privato o nei regolamenti di uniformazione, ma neppure nei ben noti progetti di armonizzazione come, ad esempio, il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) oppure il *Draft Principles of European Tort Law* (PETL). L'istituto ha trovato invece la sua sede naturale nell'ambito della disciplina della concorrenza e, in particolare, della disciplina *antitrust*.

Sul fatto che la disciplina della concorrenza a livello comunitario appartenga alla categoria delle competenze "esclusive" dell'Unione non vi è alcun dubbio¹; qualche perplessità, invece, potrebbe riguardare proprio il c.d. *private enforcement*.

In quanto correlato alla definizione di regole non sulla concorrenza bensì sui criteri e modalità di tutela civilistica di un diritto soggettivo, la disciplina del *private enforcement* appartiene alla categoria delle competenze *concorrenti*, elencate all'art. 4 TFUE, comprensivo di materie quali "mercato interno" e "protezione dei diritti dei consumatori" nelle quali si potrebbe collocare, così come avviene per la gran parte delle materie del diritto privato europeo, la disciplina del risarcimento del danno cagionato ad un privato da un'altra persona, fisica o giuridica.

Inoltre, trattandosi di competenza non esclusiva dell'UE, dovrà trovare applicazione il principio di sussidiarietà

¹ L'art. 3 del TFUE testualmente sancisce la competenza esclusiva dell'Unione per quanto riguarda la «definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno».

(art. 5, comma 3, TUE) in forza del quale la disciplina del *private enforcement* spetta agli Stati, salvo che l'UE non decida di intervenire, ma solo se dimostra che le sue misure possono avere una efficacia maggiore rispetto a quelle eventualmente adottate singolarmente dagli Stati membri².

A rafforzare questa ricostruzione soccorre un'altra norma in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a stabilire i «rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, comma 2, TUE). Se apparentemente la norma sembra attribuire agli Stati la competenza ad assicurare tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dall'Unione europea, in realtà essa costituisce la piena legittimazione delle Istituzioni di Bruxelles ad agire in luogo degli Stati, esercitando quel potere che discende dall'applicazione del principio di sussidiarietà e che permette agli organi dell'Unione di giustificare l'adozione di un'azione unitaria in funzione del raggiungimento di quella «... tutela giurisdizionale effettiva» che molto difficilmente potrebbe essere raggiunta da tutti gli Stati senza un efficace coordinamento centralizzato. Tale disposizione era stata effettivamente utilizzata dalla Corte di giustizia per imporre agli Stati membri regole minimali vincolanti in attesa di un intervento armonizzatore da parte del

legislatore europeo. Questa attesa si è poi concretizzata nell'adozione della direttiva 2014/104/UE³ che, come si vedrà in seguito, definisce un insieme di condizioni uniformi (*level playing field*) per l'esercizio delle tutele *antitrust*, superando le diversità dovute a regole e interpretazioni disomogenee tra gli ordinamenti, con conseguenze negative sia sulla concorrenza sia sul corretto funzionamento del mercato interno.

II. Alle origini del *private enforcement* europeo

Il *private antitrust enforcement* nasce, dunque, più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza e, dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive.

Le Istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, hanno a lungo premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto *antitrust*; il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati, che potessero in qualche modo contribuire a fare emergere tali violazioni e poter quindi adottare i provvedimenti necessari per reprimerle.

Tutto ciò è stato ottenuto mediante due strumenti, quello normativo e quello

² Ed in effetti vedi, a questo proposito, il considerando 54 della direttiva 2014/104. Il dato sulla competenza è estremamente importante per due motivi: a) la disciplina, attuale e futura, del *private antitrust enforcement* si colloca (e probabilmente si dovrà sempre collocare) nel solco del diritto antitrust europeo, nel rispetto delle sue finalità, degli obiettivi, delle regole e dei principi comunitari; b) la giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce e continuerà a costituire, anche a seguito della citata direttiva del 2014, un importante punto di riferimento sia per colmare gli eventuali vuoti normativi, sia per creare nuove regole vincolanti, sia per valutare la conformità dei diritti nazionali e delle loro soluzioni giurisprudenziali al diritto dell'UE.

³ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 14 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU L 349, 5 dicembre 2014, pp. 1-19. Si coglie l'occasione per ringraziare il dott. Andrea Piletta Massaro per il contributo dato al reperimento e rielaborazione del materiale di aggiornamento.

giurisprudenziale. Da un lato il Reg. 1/2003⁴ ha attribuito agli Stati membri, in particolare alle varie Autorità garanti amministrative, compiti e funzioni prima appartenute alla Commissione in merito all'accertamento delle violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e all'applicazione delle relative sanzioni; dall'altro lato la Corte di giustizia, seguita poi da alcune formali iniziative della Commissione, ha sancito il diritto degli individui, cittadini o imprese, di agire presso le Corti nazionali per instaurare azioni civili volte sia a far cessare comportamenti contrari alle regole comunitarie, sia ad ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti. Il tutto ha poi trovato un completamento naturale nella direttiva adottata nel novembre 2014. L'origine giurisprudenziale del *private enforcement* è incontestabile. Se non ci fosse stato il deciso intervento della Corte di giustizia – secondo la quale il diritto delle vittime al risarcimento del danno *antitrust* è un diritto derivante dall'ordinamento comunitario – molto probabilmente all'interno dell'Unione si sarebbe protratta la situazione fotografata dal noto studio *Ashrust*⁵, pubblicato nel 2004, che aveva definito il panorama europeo in tema di *private enforcement* come caratterizzato da uno «sottosviluppo totale».

⁴ Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

⁵ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules*, reperibile sul sito della Commissione europea. Si tratta del primo studio, in chiave comparatistica, che dipinge la situazione negli allora 25 Stati membri e dal quale emerge una diversità di modelli di applicazione giudiziale delle regole comunitarie sulla concorrenza; il documento registrava, nel periodo 1957-2003, poco più di 60 casi di azioni di risarcimento danni decise dalle Corti nazionali fondate sulla violazione tanto delle norme nazionali quanto di quelle comunitarie in tema di concorrenza.

In attesa di un intervento formale dell'Unione, avvenuto appunto nel 2014, la situazione era comunque mutata grazie soprattutto ad alcuni fondamentali interventi della Corte di giustizia.

Ciò che ha reso possibile l'intervento della giurisprudenza comunitaria è stato il principio, anch'esso di origine giurisprudenziale, della «diretta applicabilità» degli artt. 101 e 102 TFUE. Fin dal lontano 1974 la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT e SABAM*, riconobbe che «per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. [101 § 1 e 102 TFUE] sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli» e che «detti articoli attribuiscono direttamente [ai singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare»⁶.

Già a seguito di questa pronuncia i giudici nazionali avrebbero avuto la possibilità di concedere ai singoli l'opportunità di far valere non solo l'unica sanzione espressamente prevista dell'art. 101 TFUE, vale a dire la nullità dell'accordo lesivo della concorrenza, ma anche il principio generale del risarcimento del danno cagionato da un comportamento contrario alla legge.

Tuttavia, salvo qualche sporadico caso, i giudici degli Stati membri hanno dimostrato per lungo tempo una certa diffidenza ad accogliere azioni civili da parte di privati e accordare il risarcimento del danno.

⁶ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, C-127/73, *Belgische Radio en Televisie c. SV Sabam e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:6. La diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali degli attuali artt. 101, §§ 1 e 2, e 102 TFUE è stata successivamente consolidata dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (28 febbraio 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91), *Guérin automobiles* (18 marzo 1997, C-282/95 P, ECLI:EU:C:1997:159) e *Masterfood* (14 dicembre 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689) ed esplicitamente sancita a livello normativo soltanto con l'articolo 6 del Reg. 1/2003.

È solo a seguito della nota sentenza *Courage* del 2001⁷ della Corte di giustizia che il *private antitrust enforcement* è entrato prepotentemente anche nelle aule giudiziarie nazionali provocando un intenso e quanto mai ampio dibattito dottrinale; i convegni, i seminari, le pubblicazioni e gli studi si sono moltiplicati in modo esponenziale, sia a livello nazionale che comunitario. La citata sentenza del 2001, insieme alla successiva sentenza *Manfredi*, del 2006⁸, hanno quindi rappresentato il punto di riferimento essenziale per l'applicazione del *private enforcement*, fondato sui principi comunitari di effettività e di equivalenza, espressamente richiamati dalle due pronunce.

Per comprendere l'importanza delle affermazioni contenute nella sentenza *Courage* è indispensabile premettere che l'intervento dei giudici comunitari era stato richiesto dalla *Court of Appeal* inglese per sapere se, nel caso di specie, la parte contraente di un contratto concluso in violazione dell'art. 101 TFUE potesse non solo far valere la nullità dell'accordo (secondo quella che, in ambiente anglosassone, è stata definita *Euro-defence*) ma ottenere anche il risarcimento del danno subito. La richiesta del giudice britannico era dettata dal fatto che, nell'ordinamento inglese, non è consentito ad una delle parti di un accordo illecito esperire un'azione di risarcimento danni nei confronti della controparte, tanto più che, secondo un'interpretazione fornita fino allora sempre dalla *Court of Appeal*, l'art. 85 TCE (ora 101 TFUE) sarebbe diretto a tutelare i terzi, concorrenti o consumatori e non anche le parti dell'accordo illecito dato che sarebbero, entrambe, responsabili e non vittime della restrizione vietata.

⁷ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

⁸ C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, ECLI:EU:C:2006:461.

La risposta della Corte di giustizia è stata ferma e decisa: la piena efficacia dell'articolo 81 TCE (ora 101 TFUE) e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 81 § 1 TCE (ora 101 § 1 TFUE), sarebbero messi in discussione «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza» (punto 26).

Il diritto al risarcimento del danno «rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità»⁹.

Una volta stabilito il principio che «qualunque danneggiato» ha diritto di chiedere il risarcimento del danno a carico di chi abbia violato le regole *antitrust*, la Corte precisa che tale legittimazione può venire meno qualora la parte danneggiata abbia avuto una «responsabilità significativa»¹⁰ nella distorsione della concorrenza, dal momento che, come avviene nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito.

Dopo queste due importanti affermazioni la Corte, in considerazione del sistema di ripartizione delle competenze tra Stati e Unione, a cui sopra abbiamo accennato, è stata poi costretta a precisare che, in mancanza (e in attesa) di una eventuale disciplina comunitaria, spetta comunque all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato stabilire o individuare le condizioni e le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti soggettivi in

⁹ *Ibidem*, punto 27.

¹⁰ *Ibidem*, punto 31.

forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, «purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)»¹¹.

III. Lo sviluppo della disciplina in tema di *private enforcement*: i documenti di *soft law* e i principi dettati dalla giurisprudenza nazionale e dell'Unione europea

Come si è detto, l'intervento del legislatore europeo, atteso e invocato dalla Corte di Giustizia, si è palesato attraverso l'adozione della direttiva 104/2014. Tuttavia, per comprendere pienamente l'apporto armonizzatore della direttiva, è necessario ripercorrere le tappe che l'hanno preceduta.

Fino all'adozione della direttiva 2014/104 il *private enforcement* del diritto della concorrenza ha avuto uno sviluppo molto più lento e moderato rispetto alla componente pubblicistica del diritto *antitrust*. Una prima timida base normativa dell'istituto si rinveniva nel regolamento 1/2003 sull'applicazione delle regole di concorrenza (c.d. "modernizzazione della politica di concorrenza"), dove, al considerando n. 7 si afferma che le giurisdizioni nazionali "tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello

delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri".

Eppure, questa complementarità, parola chiave invocata dal regolamento 1/2003, faticava a trovare una concreta applicazione. Le azioni risarcitorie hanno sempre svolto un ruolo di secondo piano nel modello europeo dell'*enforcement* del diritto *antitrust*, a favore, invece, dell'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle Autorità garanti nazionali e della Commissione europea.

Lo stesso regolamento 1/2003 lambisce il *private enforcement* solamente in via generale, menzionando l'applicazione del diritto *antitrust* anche da parte delle giurisdizioni nazionali, stabilendo obblighi di cooperazione tra i giudici e la Commissione e prevedendo la vincolatività per gli organi giudicanti nazionali delle decisioni definitive adottate dalla Commissione europea¹². Il regolamento, a fronte di questi scarni riferimenti al *private enforcement*, dettava invece una disciplina dettagliata in tema di *public enforcement*.

Indubbiamente lo scarto tra le due modalità applicative della normativa *antitrust* denota un *favor* per certi versi "culturale", nel contesto europeo, verso l'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza, segnando su questo punto una grande differenza rispetto al contesto statunitense, nel quale il *private enforcement* riveste un ruolo da protagonista. Non a caso, si calcola che, mentre nel sistema statunitense il 95% dell'applicazione delle norme *antitrust* è svolto da azioni private, nell'Unione europea la parte predominante è compiuta dal *public enforcement*, con una percentuale che si aggira intorno al 90%¹³.

¹² Si vedano, in particolare, gli articoli 3, 15 e 16 del Reg. 1/2003.

¹³ R. Chieppa, «Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la complementarità tra private e public enforcement», in G. A. Benacchio e M. Carpagano

¹¹ *Ibidem*, punto 29.

In seguito all'adozione del regolamento 1/2003 e fino alla direttiva del 2014 vi sono stati svariati tentativi volti a dettare una disciplina organica del *private antitrust enforcement*, senza tuttavia riuscirvi compiutamente. In particolare, la Commissione europea ha provato a porre l'accento sul rimedio privatistico prima mediante un libro verde, adottato nel 2005¹⁴, e poi attraverso un libro bianco, datato 2008¹⁵; documenti che, però, sono per loro natura non vincolanti.

Entrambi i provvedimenti miravano ad individuare le principali problematiche sottese ad un'efficace applicazione della normativa *antitrust* da parte delle giurisdizioni nazionali, proponendo alcune soluzioni per porre le basi ad una futura armonizzazione delle varie normative interne ai singoli Stati membri, tanto a livello sostanziale quanto processuale. Il libro verde e il libro bianco potevano infatti fornire utili linee di indirizzo sia ai legislatori dei singoli Stati membri sia ai giudici, tanto nazionali quanto comunitari.

Più precisamente, le maggiori problematiche riscontrate nei citati documenti di *soft law* riguardavano profili quali l'elemento soggettivo dell'illecito, l'eventuale aggiunta di danni punitivi alla somma risarcita, l'eccezione di trasferimento del danno (il cosiddetto *passing-on*), la validità in sede giurisdizionale delle decisioni amministrative adottate dalle Autorità garanti dei singoli Stati membri, nonché il profilo relativo all'esibizione dei documenti contenuti nei fascicoli istruttori

delle Autorità, soprattutto se detti documenti fossero stati acquisiti nel contesto di programmi di clemenza.

Il libro verde del 2005 trovava la sua continuazione nella risoluzione del Parlamento Europeo del 2007¹⁶, seguita a sua volta dal libro bianco del 2008, completato dalla risoluzione del Parlamento Europeo del marzo 2009¹⁷. Il libro bianco rappresenta la versione più matura dei documenti di *soft law* pubblicati nel lasso di tempo intercorrente tra il regolamento 1/2003 e la direttiva del 2014. Nel libro bianco, così come in tutti gli altri documenti menzionati, si fa riferimento alla duplice valenza del *private enforcement*, ovvero non soltanto alla sua funzione risarcitoria ma anche a quella deterrente. Infatti, si legge nel libro bianco, gli ostacoli originati da una normativa non uniforme sul tema all'interno dell'Unione possono portare a una frustrazione delle pretese risarcitorie dei danneggiati, così come ad un ridotto effetto deterrente dell'istituto in esame.

Tuttavia, nonostante le migliori intenzioni, non si riusciva ad ottenere il consenso necessario, a livello unionale, per passare dai citati documenti di *soft law* a una normativa vincolante in tema di azioni private, perpetuando l'incertezza e la disomogeneità applicativa dell'istituto tra i vari Stati membri¹⁸. In tale contesto la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha cercato di fornire linee interpretative uniformi all'interno dell'Unione e, a loro volta, le corti nazionali, tra le quali la nostra Corte di Cassazione, hanno provveduto a donare una fisionomia ai rimedi orbitanti all'interno della galassia

(a cura di), *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea*, Atti del VI Convegno biennale Antitrust di Trento, 6-8 aprile 2017, Napoli, 2018, p. 40 ss.

¹⁴ *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 def.

¹⁵ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def.

¹⁶ *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, del 25 aprile 2007.

¹⁷ *Report on the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, del 26 marzo 2009.

¹⁸ Si veda, in particolare, il documento denominato *Proposal for a Directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty* (2009).

del *private antitrust enforcement*. In assenza di una normativa specifica sul punto, dovevano infatti essere riadattati gli istituti ordinari del diritto tanto sostanziale quanto processuale nazionale, anche ai sensi dei principi di effettività ed equivalenza statuiti dalla Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi*.

Gli interventi di maggior interesse della Corte di Lussemburgo hanno riguardato, ad esempio, i profili dell'accesso al fascicolo istruttorio delle Autorità garanti della concorrenza (e, in particolare, alle dichiarazioni rese in seguito all'adesione a un programma di clemenza) e quelli del cosiddetto *umbrella pricing*, ovvero dell'imposizione di un prezzo superiore nel mercato a valle a causa di un cartello, ma da parte di un soggetto non facente parte di un'intesa.

In tema di accesso al fascicolo delle Autorità garanti vengono in rilievo le sentenze *Pfleiderer*¹⁹ e *Donau Chemie*²⁰, decise dalla Corte di Giustizia rispettivamente nel 2011 e nel 2013. Nel caso *Pfleiderer* la Corte aveva cercato di trovare un punto di equilibrio tra il *private* e il *public enforcement* del diritto della concorrenza. Le parti danneggiate nel procedimento *a quo* (svoltosi in Germania) richiedevano l'accesso al fascicolo istruttorio dell'Autorità garante tedesca, il *Bundeskartellamt*, ricomprendendo in tale richiesta le dichiarazioni rese da una parte partecipante al cartello in seguito alla sua adesione ad un programma di clemenza.

La questione sottoposta alla Corte era particolarmente importante e delicata in quanto precludere *tout court* l'accesso a tali materiali avrebbe potuto rendere eccessivamente gravosa la posizione delle parti danneggiate, anche alla luce delle ben note

asimmetrie informative presenti nei casi di illeciti *antitrust*, e quindi rendere molto difficile ottenere il risarcimento del danno subito compromettendo il principio di effettività del diritto dell'Unione.

Sotto un'altra prospettiva, però, l'esibizione dei cosiddetti *leniency materials* avrebbe potuto azzoppare l'istituto della clemenza, strumento fondamentale per le Autorità garanti nella scoperta dei cartelli. La Corte di Giustizia ha così trovato un temperamento tra questi due interessi contrapposti stabilendo che non vi è un divieto generale di *disclosure* dei documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità, ma l'esibizione va esaminata e concessa caso per caso²¹, sulla base di un'analisi concreta effettuata dal giudice nazionale avanti al quale è stata instaurata la controversia. Tale decisione, confermata nel 2013 dalla stessa Corte di Giustizia anche nel caso *Donau Chemie*, ha portato le Autorità garanti nazionali a pubblicare una dichiarazione nella quale si esprime preoccupazione per l'efficacia del fondamentale istituto della clemenza in seguito alla decisione resa dalla Corte nel caso *Pfleiderer*²². La posizione, più rigida, espressa nella comunicazione delle Autorità nazionali sarà alla base della regolamentazione in tema di accesso al fascicolo contenuta nella direttiva 104/2014.

In tema di esibizione, senza però riferirsi ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio di un'Autorità garante, era intervenuta anche la Corte di Cassazione, con una sentenza innovativa resa nel 2015, nella quale venivano richiamati i principi contenuti nella direttiva del 2014, tuttavia ancora priva di applicazione

¹⁹ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI: EU: C:2011: 389.

²⁰ C. giust. UE, 6 giugno 2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG et al*, ECLI:EU:C:2013:366.

²¹ C. giust. UE, *Pfleiderer*, punto 31.

²² Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012, Protection of leniency material in the context of civil damages actions, disponibile su: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_material_protection_en.pdf.

nell'ordinamento italiano. La Suprema Corte sosteneva come, alla luce della posizione di svantaggio del danneggiato e delle asimmetrie informative caratterizzanti le azioni di *private enforcement*, gli strumenti del codice di rito civile in materia di esibizione andassero adattati al caso concreto mediate una loro interpretazione funzionale ad un'applicazione effettiva del diritto della concorrenza²³.

La Corte europea è poi specificamente intervenuta a regolare anche l'aspetto dei cosiddetti prezzi di protezione (il sopra menzionato *umbrella pricing*). Nel caso *Kone*²⁴, del 2014, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale che vieti ai soggetti danneggiati di agire per richiedere alle imprese partecipanti a un'intesa i danni risultanti dalla maggiorazione dei prezzi fissati da un'impresa estranea all'intesa, ma dove la maggiorazione sia avvenuta in conseguenza e per effetto dell'intesa stessa.

Un ulteriore tema fondamentale che, in assenza di una legislazione uniforme, è stato regolato in via pretoria è quello della cosiddetta *passing-on theory*, espressione con la quale ci si riferisce alla traslazione del prezzo anticoncorrenziale su diversi livelli della filiera produttiva. Questa teoria rileva sotto due profili: nella sua forma c.d. "offensiva" consiste nella possibilità, in capo all'acquirente indiretto sul quale è stato traslato il sovrapprezzo nella catena di valore, di essere legittimato ad agire per ottenere il risarcimento del danno subito; al contrario, nella sua versione c.d. "difensiva" (*passing-on defence*), può essere utilizzata dal convenuto come eccezione per andare esente da responsabilità.

In questa circostanza, infatti, il convenuto in un giudizio risarcitorio potrebbe obiettare che il sovrapprezzo causato dall'intesa sarebbe stato traslato a valle della catena di valore da parte del suo acquirente diretto e che, di conseguenza, l'attore non risulterebbe danneggiato. A tal riguardo è intervenuta un'importante pronuncia della Corte d'Appello di Torino, la quale, nel caso *Juventus*²⁵, ha stabilito che gli acquirenti intermedi sono legittimati ad agire per il risarcimento del danno subito, mentre risulterebbe privo di legittimazione il soggetto che ha traslato il sovrapprezzo, evitando in questo modo di subire il danno derivante dall'illecito *antitrust*.

Circa la legittimazione attiva, peraltro, giova ricordare come, inizialmente, la Corte di Cassazione ritenesse legittimate ad agire *ex art. 33 l. 297/1990* solamente le imprese, mentre, a partire dal 2005 ed in ossequio alla sentenza *Courage*, tale legittimazione è stata estesa anche al consumatore finale e, in ultima analisi, a chiunque abbia subito un danno da illecito *antitrust*²⁶.

²⁵ App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba c. Juventus*.

²⁶ Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

Con riferimento alla legittimazione attiva merita una menzione anche la pronuncia resa nel 2012 dalla Corte di Giustizia nel caso *Otis* (C. giust. UE, 6 novembre 2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV et al.*, ECLI:EU:C:2012:684) nella quale si stabilisce che anche la Commissione europea, in rappresentanza dell'Unione, possa essere legittimata ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di un cartello illecito, nonostante la violazione delle regole *antitrust* sia stata contestata e accertata da essa stessa. Non risulterebbero, infatti, violati i principi stabiliti dall'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 6 della CEDU (*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*) in quanto la decisione della Commissione, vincolante per il giudice nazionale, è pur sempre sottoponibile al vaglio della Corte di Giustizia. Anche tale decisione conferma quindi il principio secondo il quale chiunque può agire in giudizio per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust*.

²³ Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, *Comi et al. c. Cargest*, si veda, in particolare, il punto 3.3.1.

²⁴ C. giust. UE, 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone AG et al. c. ÖBB Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317.

Sempre in tema di legittimazione attiva è necessario ricordare anche la possibilità, riconosciuta nel nostro ordinamento a partire dal 2010, di agire mediante un'azione collettiva disciplinata dall'art. 140-*bis* del codice del consumo (e, dal 2019, dagli articoli 840-*bis* e seguenti del codice di procedura civile; v. *infra*). Il nostro legislatore, in aderenza alle conclusioni maggioritarie raggiunte dal dibattito europeo in tema di *class action*, ha adottato un modello di tipo *opt in*, ovvero con specifica adesione successiva alla proposizione della "causa pilota" da parte di soggetti interessati e portatori del medesimo interesse portato in giudizio. Tuttavia, a differenza della *class action* di stampo statunitense – caratterizzata da un meccanismo di tipo *opt out* e dalle cosiddette *contingency fees* riconosciute agli avvocati (e che spesso li spingono a promuovere questo tipo di azioni) – l'azione di classe di stampo europeo pare non aver avuto un effetto dirompente nel panorama delle azioni risarcitorie in tema *antitrust*, al punto che alcuni autori sostengono che non si possa parlare di una vera e propria *class action*²⁷. Resta in ogni caso ancora da valutare l'impatto pratico complessivo della riforma introdotta attraverso la legge 12 aprile 2019, n. 31²⁸, mediante la quale sono stati apportati alcuni correttivi volti a facilitare le azioni di classe²⁹

²⁷ R. Pardolesi, «Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo», in G. A. Benacchio e M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea, Atti del VI Convegno biennale Antitrust di Trento, 6-8 aprile 2017*, cit., p. 49 ss.

²⁸ Pubblicata in G.U. Serie Generale n. 92 del 18 aprile 2019.

²⁹ Tra le novità più rilevanti apportate in sede di riforma, merita di essere menzionata la possibilità di aderire all'azione di classe in seguito alla pronuncia di merito resa dal giudice ordinario, così come previsto dall'art. 840-*sexies* c.p.c. di nuova introduzione. Si veda A. Piletta Massaro, *The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law*, *European Review of Private Law*, 2020, 4, p. 841 ss.

(la novella, peraltro, dopo varie proroghe, è entrata in vigore il 19 maggio 2021³⁰).

In materia di azione di classe va peraltro menzionata l'adozione della Direttiva (UE) 2020/1828³¹, che introduce uno schema europeo di azione rappresentativa in materia consumeristica, che si affianca (senza sostituire) ai vari modelli nazionali. Tra le novità di maggiore interesse vi è la possibilità di utilizzare questo strumento nelle controversie di natura transfrontaliera (Art. 6), nonché una regolamentazione del fenomeno del finanziamento della lite da parte di terzi (Art. 10, il cosiddetto *third-party funding*³²). Tuttavia, è oggetto di disappunto il fatto che la Direttiva 104/2014 non sia contemplata nel campo di applicazione di questo nuovo strumento (si veda l'Allegato 1 alla Direttiva 1828/2020), mentre esso è utilizzabile per le azioni private (molto meno probabili) ai sensi del nuovo

³⁰ Decreto-Legge 28 ottobre 2020, n. 137 (pubblicato in G.U. n. 269 del 28 ottobre 2020), convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176 (pubblicata in G.U. n. 319 del 24 dicembre 2020).

³¹ Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, pubblicata in G.U. L 409 del 4 dicembre 2020, pagg. 1-27. Si veda A. Piletta Massaro, *Towards an EU-wide collective redress model: An opportunity for strengthening Eastern Europe's countries access to justice*, in Unifikacija Prava I Pravna Sigurnost, Atti del 33 Convegno di Kopaonik, Zbornik Radova Kopaonické Škole Prirodnog Prava – Slobodan Perović, 2020, tomo IV, p. 191 ss.

³² European Parliamentary Research Service, Research Paper (a cura di E. D'Alessandro e C. Poncibò), *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding, Litigation funding and consumer collective redress*, marzo 2021; A. Piletta Massaro, *The new directive on an EU-wide representative action and third-party litigation funding: An opportunity for European Consumers*, *Review of the Kopaonik School of Natural Law*, 2021, 1, p. 95 ss.

Regolamento (UE) 2022/1925 sui mercati digitali (DMA)³³.

Infine, un altro importante aspetto che non trovava uniforme applicazione riguarda la natura (vincolante o non) delle decisioni rese dalle Autorità garanti dei singoli Stati membri nel contesto di un procedimento risarcitorio dinanzi a un giudice nazionale.

Al riguardo, mentre l'articolo 16 del regolamento 1/2003 prevede espressamente che le decisioni emanate dalla Commissione, una volta divenute definitive, siano vincolanti per i giudici nazionali, nulla dispone invece in relazione alle decisioni rese dalle singole Autorità garanti nazionali. In questo panorama ogni Stato membro ha agito diversamente: la Germania, ad esempio, con la riforma della propria legislazione nazionale *antitrust* (*GWB*) del 2005 ha stabilito che i propri giudici nazionali dovessero essere vincolati non soltanto alle decisioni, divenute definitive, emanate dal *Bundeskartellamt*, ma anche alle decisioni rese dalle altre Autorità nazionali degli Stati membri³⁴.

³³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), pubblicato in GU L 265 del 12 ottobre 2022, pagg. 1-66. Si veda A. Piletta Massaro, *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy*, *Concorrenza e Mercato*, 29, 2022, 2023, p. 13 ss.; M. Botta, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 12, 7, p. 500 ss.; R. Podszun, *The Digital Markets Act*, Oxford, 2024.

³⁴ V. § 33b della legge tedesca sulla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*). Per un approfondimento comparatistico sul tema, si può aggiungere che nel Regno Unito le sezioni 47A e 58 dell'*UK Competition Act* avevano stabilito la vincolatività per il giudice nazionale delle sole decisioni rese dall'Autorità garante inglese, la *CMA*. Viceversa, in altri Stati europei, come la Francia, alle decisioni delle Autorità nazionali è stata attri-

In Italia, in assenza di un intervento legislativo in materia, questo aspetto è stato affrontato dalla Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che la decisione resa dall'AGCM è divenuta definitiva (o perché non impugnata o perché confermata in via definitiva dal Tar Lazio o dal Consiglio di Stato) ha valore di *prova privilegiata* nel procedimento dinanzi al giudice ordinario. Il concetto di prova privilegiata si concreta sostanzialmente in una presunzione relativa circa il compimento dell'illecito, che può comunque essere rovesciata in giudizio mediante la produzione di prove contrarie³⁵. Tuttavia, soprattutto negli anni a ridosso della direttiva *private enforcement*, l'impostazione della Suprema Corte circa le prove concretamente producibili si è progressivamente ristretta³⁶, innescando un acceso dibattito dottrinale tra coloro che sostenevano, a seguito di queste decisioni, una lesione del diritto di difesa³⁷ e coloro che, invece, anche in coerenza con quanto disposto nell'art. 16 del reg. 1/2003, si dimostravano più favorevoli ad una maggiore efficacia in giudizio delle decisioni rese dall'AGCM³⁸.

buita una sorta di *autorité morale* dinanzi al giudice nazionale; vedi, sul punto, G. Blanke - R. Nazzini (eds.), *International Competition Litigation*, Wolters Kluwer, 2012, 245-246.

³⁵ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fonsai c. Nigriello*; Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, *Ancl c. Inaz Paghe*.

³⁶ Cass., Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610, *Allianz c. Tagliaferro*; Cass., Sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5327, *Axa Assicurazioni c. GT*.

³⁷ A. Frignani, «L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust», in G. A. Benacchio e M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law. Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova, 2012, p. 53 ss.; A. Frignani, «La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa», in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 3, 2013, p. 429 ss.

³⁸ C. Tesaro, «Recenti sviluppi del private antitrust enforcement», in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2011, p. 444.

Quanto riportato fotografa lo stato dell'arte in tema di *private antitrust enforcement* fino all'adozione della direttiva 104/2014. Ne emerge un quadro caratterizzato dalla presenza di alcuni principi chiave a livello europeo, ma suscettibili di interpretazioni e applicazioni differenti da Stato a Stato. Si pensi, per esempio, alla valutazione "caso per caso" delineata dalla Corte di Giustizia nel citato caso *Pfleiderer* con riferimento all'accesso ai *leniency statements*: il principio è chiaro, ma nei fatti ogni giudice nazionale avrebbe potuto attribuirgli una sfumatura differente.

In altre situazioni, invece, le regole procedurali erano totalmente differenti tra i vari Stati membri, come nel caso del valore probatorio delle decisioni delle Autorità garanti nazionali, tema sul quale la situazione era tutt'altro che chiara e pacifica.

Risulta evidente che in un contesto simile potevano essere facilmente frustrati i principi di effettività e di equivalenza affermati dalle decisioni *Courage* e *Manfredi*, al punto da rendere quanto mai indispensabile l'intervento armonizzatore dell'Unione.

IV. La direttiva 2014/104/UE, il decreto legislativo di recepimento n. 3/2017 e le successive decisioni della Corte di Giustizia: verso una disciplina organica

L'adozione della direttiva 2014/104/UE ha indubbiamente contribuito ad armonizzare e a rendere maggiormente organico il panorama frastagliato e incerto che si era venuto a creare nell'Unione in tema di *private antitrust enforcement*, come sinteticamente delineato nel paragrafo che precede. Essa ha come base giuridica gli articoli 103 e 114 del TFUE, in quanto

da un lato promuove l'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato e, dall'altro, mira alla creazione di condizioni più uniformi per le imprese che operano nel mercato unico europeo. La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento mediante il decreto legislativo n. 3/2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 15 del 19 gennaio 2017³⁹. La struttura del decreto si snoda in sette capi, ricalcando in modo molto fedele l'impostazione della direttiva.

Senza entrare nei dettagli del modello di armonizzazione, ci limitiamo ad osservare quanto esso sia tutt'altro che esaustivo in quanto si limita a trattare soltanto alcuni, sia pure rilevanti, aspetti delle azioni di risarcimento. I temi affrontati riguardano: la divulgazione delle prove (con particolare riguardo all'annoso problema delle prove raccolte dalle Autorità garanti della concorrenza); gli effetti delle decisioni di una Autorità garante, nazionale o di un altro Stato, sul procedimento risarcitorio; il termine di prescrizione dell'azione; il problema del trasferimento del sovrapprezzo; la responsabilità solidale nonché la quantificazione del danno.

Riprendendo le problematiche insolute prima dell'adozione della direttiva e di cui si è trattato in precedenza, il primo aspetto ad essere regolamentato è quello riguardante l'esibizione delle prove e dei documenti contenuti all'interno del fascicolo istruttorio dell'Autorità garante. Così come indicato negli artt. 6 e 7 della direttiva, nell'ordinare la *disclosure* il giudice deve comunque temperare la richiesta con le necessità del *public enforcement*. In particolare, alcuni documenti, nella fattispecie le dichiarazioni rese nel contesto di un programma di clemenza e le proposte di transazione fanno parte di

³⁹ Ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. di recepimento, gli artt. 3, 4, 5, 15 c. 2, in quanto disposizioni procedurali, si applicano alle azioni promosse successivamente al 26 dicembre 2014.

una cosiddetta *black list* e non possono essere esibiti. Una seconda categoria di documenti, ricompresi in una *grey list*⁴⁰, possono essere invece esibiti solamente in seguito alla conclusione del procedimento dinanzi all'Autorità garante. Per tutti gli altri documenti non vigono ulteriori limitazioni se non quelle dettate dalla procedura delineata⁴¹. In materia probatoria la Corte di Giustizia ha recentemente specificato nel caso *RegioJet*⁴² che l'Art. 5 della Direttiva non osta a che un Giudice nazionale adito per una controversia di *private enforcement* ordini la divulgazione di prove, sebbene un procedimento relativo alla medesima infrazione sia pendente dinanzi alla Commissione, che abbia condotto il giudice nazionale a sospendere il procedimento dinanzi a sé. Il giudice nazionale deve tuttavia accertarsi che la divulgazione delle prove richiesta in tale fase del procedimento (che deve soddisfare le condizioni enunciate agli Artt. 5 e 6 della Direttiva 104/2014) non ecceda quanto è necessario in relazione alla domanda di risarcimento di cui è investito. Con riferimento invece al successivo Art. 6 della Direttiva, i Giudici di Lussemburgo hanno stabilito che qualora un Giudice nazionale

rinvii l'esame della questione se le prove di cui si chiede la divulgazione contengano «informazioni elaborate da una persona fisica o giuridica specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza», egli deve assicurare che il richiedente o altre parti del procedimento, nonché i loro rappresentanti, non abbiano accesso a tali prove, qualora esse rientrino nella lista bianca, prima di aver completato tale verifica o, qualora dette prove rientrino nella lista grigia, prima che l'Autorità garante competente abbia chiuso il proprio procedimento. Inoltre, nel caso *PACCAR*⁴³ la medesima Corte di Giustizia ha ulteriormente chiarito che ai sensi dell'Art. 5 della Direttiva il riferimento agli elementi di prova rilevanti nel controllo del convenuto o di un terzo comprende anche gli elementi di prova che la parte destinataria della richiesta di divulgazione delle prove dovrebbe creare *ex novo*, mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso.

La nuova disciplina si occupa poi dell'altra questione cardinale precedentemente insoluta, ovvero quella dell'efficacia probatoria delle decisioni rese dall'Autorità garante nazionale. Prendendo spunto dalla legislazione tedesca, che ha costituito negli ultimi anni il fronte più avanzato a livello europeo su questo specifico aspetto e, in particolare dalla riforma della *Legge sulla concorrenza* (GWB), la Direttiva, all'art. 9 rubricato «effetto delle decisioni nazionali», impone agli Stati Membri di provvedere affinché «...una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici

⁴⁰ Si tratta delle informazioni rese nel corso del procedimento, delle informazioni comunicate dall'Autorità alle parti e delle proposte transattive successivamente ritirate.

⁴¹ Vengono inoltre previste sanzioni pecuniarie per i trasgressori delle previsioni in tema di *disclosure*. Resta tuttavia un interrogativo circa l'effettiva efficacia di tali sanzioni, vista la portata dei soggetti e degli interessi coinvolti nelle azioni di *private enforcement*. Può invece costituire un effettivo deterrente la previsione ai sensi della quale il giudice può ritenere provate le allegazioni a cui la prova si riferisce nell'eventualità di mancata esibizione o distruzione della documentazione richiesta. Altre e diverse limitazioni sono invece previste per quanto riguarda la possibilità di ottenere un ordine di esibizione che il giudice può emanare nei confronti della controparte o di un terzo (art. 5 dir.).

⁴² C. giust. UE, 12 gennaio 2023, C-57/21, *RegioJet a.s. c. České dráhy a.s.*, ECLI:EU:C:2023:6.

⁴³ C. giust. UE, 10 novembre 2022, C-163/21, *AD et al. c. PACCAR et al.*, ECLI:EU:C:2022:863.

nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

Lo scopo della norma è, ovviamente, quello di impedire che le due Autorità (ANC e giurisdizione ordinaria) possano approdare a soluzioni divergenti o addirittura opposte; sta di fatto che una decisione presa nell'ambito di un procedimento amministrativo volto alla tutela del mercato e della concorrenza produce effetti vincolanti anche nell'ambito di un procedimento giurisdizionale volto a far risarcire il danno arrecato al singolo, capovolgendo quella che era la prassi del nostro ordinamento che ha sempre sostenuto l'indipendenza e la libera determinazione del giudice rispetto a qualsiasi altro organismo.

L'esigenza di uniformare i giudizi sulla valutazione dei comportamenti delle imprese in materia è sentita anche nel caso di decisioni di un'Autorità garante straniera; la soluzione imposta dalla direttiva è però parzialmente diversa in quanto la decisione dell'*Authority* pur non essendo vincolante per il giudice di un altro Stato, sarà da questi valutata come prova non definitiva, una specie di presunzione *iuris tantum*: «Gli Stati Membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato Membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti» (art. 9, c. 2 dir. 2014/104)⁴⁴.

⁴⁴ A dire il vero, già prima della direttiva 2014/104 e in mancanza di una presa di posizione del legislatore, la Corte di Cassazione, confermando l'indipendenza della giurisdizione civile rispetto a quella amministrativa, aveva riconosciuto, proprio in considerazione della notevole specializzazione dell'AGCM e della sua indubbia indipendenza come

Definitiva chiarezza viene fatta a proposito del termine prescrizione per la proposizione dell'azione risarcitoria, fissato in cinque anni; il termine non inizia a decorrere finché la violazione non sia cessata e il danneggiato non sia venuto a conoscenza del fatto che essa integri un illecito *antitrust*, del fatto che la condotta in questione gli abbia cagionato un danno, nonché dell'identità del trasgressore.

Il modello europeo ammette, inoltre, la legittimazione attiva alla proposizione di azioni risarcitorie da parte degli acquirenti indiretti sui quali è stato trasferito il sovrapprezzo derivante dalla violazione *antitrust* (la *passing-on theory* di cui si è trattato *supra*). Allo stesso modo il decreto legislativo introduce la possibilità di opporsi ad un'azione mediante eccezione di trasferimento del sovrapprezzo (*passing-on defence*).

In tema di quantificazione del danno il nostro legislatore prende una netta posizione rispetto al tema dei danni punitivi, approfittando della mancanza nella direttiva di ogni riferimento sul punto. Infatti, dopo aver rinviato agli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, il decreto di attuazione aggiunge che il risarcimento non può comprendere una sovra-compensazione, escludendo in questo modo ogni possibile apertura verso i danni punitivi,

Istituzione, che il carattere autorevole delle sue decisioni può consentire al giudice di merito di fondare, su di esse, presunzioni relative rispetto all'accertamento della violazione delle regole di concorrenza. Secondo la Corte, per dimostrare l'esistenza dell'illecito Antitrust, il danneggiato avrà «l'onere di allegare [...] l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale [...] ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi [...]»; cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2007, III sez., n. 2305.

apertura che invece era da molti auspicata nel dibattito dottrinale che aveva anticipato l'emanazione del decreto.

Si noti che, sempre in merito alla quantificazione del danno, il giudice potrà far riferimento alla guida pratica appositamente redatta nel 2013 dalla Commissione europea⁴⁵. Peraltro, per espressa previsione del medesimo articolo 17 della direttiva e art. 14 del decreto di attuazione, la Corte potrà anche avvalersi, ai fini della quantificazione del danno, del supporto dell'AGCM, in qualità di *amicus curiae*.

Ultima annotazione merita la competenza giurisdizionale che il decreto di attuazione attribuisce unicamente alle sezioni competenti in materia di impresa dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli.

In conclusione, dalla breve disamina sulla direttiva 104/2014 e sul conseguente d.lgs. 3/2017, emerge un modello europeo di *private antitrust enforcement* indubbiamente più omogeneo e definito.

Questo primo e importantissimo passo verso lo sviluppo delle azioni private nel diritto della concorrenza dovrebbe favorire un maggiore utilizzo dei rimedi, con benefici sia per le vittime di condotte anticoncorrenziali, sia per il mercato globalmente inteso, vista la portata potenzialmente deterrente di azioni di risarcimento più diffuse e più facilmente esperibili.

Permangono, tuttavia, dubbi interpretativi su alcuni aspetti della nuova normativa ai quali la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali saranno chiamate a dare risposta.

⁴⁵ Guida pratica che accompagna la *Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea* (2013/C 167/07), pubblicata in data 13 giugno 2013, disponibile al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_it.pdf.

Le pronunce di un certo rilievo finora intervenute sono ancora poche, anche in considerazione che le controversie giunte a sentenza erano state instaurate precedentemente all'entrata in vigore della nuova normativa.

Alcune di queste pronunce hanno avuto occasione di occuparsi dell'ambito di applicazione *ratione temporis* delle disposizioni della direttiva, nonché del tema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno *antitrust*.

Nel caso *Cogeco*⁴⁶, deciso a marzo 2019, la Corte di Giustizia ha ritenuto contraria al diritto dell'Unione e, in particolare, al principio di effettività, la disposizione portoghese che prevedeva un termine prescrizione di tre anni, decorrente dalla data in cui il danneggiato fosse venuto a conoscenza della violazione, senza tuttavia avere contezza dell'autore dell'illecito e senza poter beneficiare di una sospensione del termine in pendenza di un procedimento dinanzi all'Autorità garante nazionale. Un'analoga posizione è stata ribadita più recentemente dai Giudici di Lussemburgo nel caso *Heureka*⁴⁷.

A sua volta, il Tribunale di Milano con decisione del 2018⁴⁸ ha rigettato l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto in quanto non risultava provato con precisione che l'attore avesse una conoscenza approfondita del fatto e della violazione. Secondo il giudice meneghino, infatti, la conoscenza in capo all'attore idonea a far decorrere il termine di prescrizione deve comprendere in modo puntuale tanto i fatti, quanto l'esteriorizzazione del danno conseguente (sul punto il Tribunale cita una pronuncia della Corte di Cassazione

⁴⁶ C. giust. UE, 28 marzo 2019, C-637/17, *Cogeco Communications Inc. c. Sport TV Portugal SA et al.*, ECLI:EU:C:2019:263.

⁴⁷ C. giust. UE, 18 aprile 2024, C-605/21, *Heureka Group a.s. c. Google LLC.*, ECLI:EU:C:2024:324.

⁴⁸ Trib. Milano, 4 ottobre 2018, n. 9759.

resa nel dicembre 2011⁴⁹, secondo la quale il *dies a quo* decorrerebbe dalla data di deposito del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM). La pronuncia è di interesse anche per altri profili, dato che conferisce valore di prova vincolante in sede civile (sempre limitatamente all'accertamento della violazione), ai sensi dell'articolo 16 del regolamento 1/2003, alle decisioni di *settlement*⁵⁰ emanate dalla Commissione ai sensi del reg. CE 773/2004⁵¹, così come emendato dal regolamento 622/2008⁵².

Un ulteriore intervento giurisprudenziale ha riguardato l'imputazione della responsabilità derivante da violazione della normativa a tutela della concorrenza a seguito di modifica degli assetti societari nella parte del responsabile dell'illecito *antitrust*. Il punto è stato affrontato dalla Corte di Giustizia nel caso *Skanska*⁵³, nel marzo 2019, ove i giudici hanno ritenuto che qualora tutte le azioni delle società partecipanti ad un cartello siano state acquistate da altre società, le quali hanno dissolto le precedenti ma ne hanno proseguito l'attività, gli acquirenti possono essere ritenuti responsabili del danno causato dall'intesa posta in essere dalle entità successivamente dissolte, in applicazione del principio della continuità economica⁵⁴. In modo analogo, seppure sotto un differente profilo, la Corte di Giustizia, nel caso

*Sumal*⁵⁵ ha stabilito che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un'impresa può proporre un'azione di risarcimento danni indifferentemente nei confronti della società madre che è stata sanzionata dalla Commissione o nei confronti di una società figlia della prima che non è oggetto di detta decisione, qualora esse costituiscano insieme un'unità economica⁵⁶.

Sempre in tema di legittimazione passiva, i Giudici di Lussemburgo hanno stabilito, in un'altra decisione legata al cartello degli ascensori⁵⁷, che i soggetti non operanti come fornitori o come acquirenti sul mercato interessato da un'intesa ma che hanno concesso sovvenzioni, nella forma di prestiti agevolati, ad acquirenti di prodotti offerti su tale mercato, possono chiedere la condanna al risarcimento del danno alle imprese che hanno partecipato all'intesa. Infatti, essendo l'importo di tali sovvenzioni più elevato di quanto non sarebbe stato in assenza dell'intesa, tali enti non hanno potuto utilizzare la differenza ad altri fini maggiormente lucrativi⁵⁸.

Nel caso *Tibor-Trans*⁵⁹, invece, in materia di competenza giurisdizionale, la Corte di Giustizia ha statuito che l'articolo 7, punto 2, del regolamento (UE) 1215/2012⁶⁰ sul

⁴⁹ Cass., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26188, *P.I. c. Sara Assicurazioni*, punto 4.2.

⁵⁰ Trib. Milano 4 ottobre 2018, cit., punto 5 (e sottopunti).

⁵¹ Reg. 773/2004 della Commissione, 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, GU L 123, 27 aprile 2004, pp. 18-24.

⁵² Reg. 622/2008 della Commissione, 30 giugno 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli, GU L 171, 1° luglio 2008, pp. 3-5.

⁵³ C. giust. UE, 14 marzo 2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy et al.*, ECLI:EU:C:2019:204.

⁵⁴ *Ibidem*, punti 50 e 51.

⁵⁵ C. giust. UE, 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL c. Mercedes Benz Trucks España SL*, ECLI:EU:C:2021:800.

⁵⁶ A. Piletta Massaro, *Corte giust. UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata*, *Giurisprudenza Italiana*, 2022, 6, p. 1398 ss.

⁵⁷ C. giust. UE, 12 dicembre 2019, C-435/18, *Otis GmbH et al. c. Land Oberösterreich et al.*, ECLI:EU:C:2019:1069. Decisione della Commissione 21 febbraio 2007, COMP/E-1/38.823 – *Elevators and Escalators*.

⁵⁸ A. Piletta Massaro, *Private antitrust enforcement e legittimazione ad agire degli enti*, *Giurisprudenza Italiana*, 2020, 12, p. 2693 ss.

⁵⁹ C. giust. UE, 29 luglio 2019, C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. c. DAF Trucks NV*, ECLI:EU:C:2019:635.

⁶⁰ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il

riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno causato da un'infrazione ai sensi dell'articolo 101 TFUE (in questo caso riguardante il filone del cartello degli autocarri⁶¹), il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» fa riferimento al luogo del mercato interessato da tale infrazione, ossia il luogo in cui i prezzi del mercato sono stati falsati, nell'ambito del quale la vittima asserisce di aver subito tale danno, anche se l'azione è diretta contro un partecipante all'intesa in discussione con cui tale vittima non aveva stabilito rapporti contrattuali⁶².

Inoltre, nel caso *Tráficos Manuel Ferrer*⁶³, la Corte di Giustizia ha stabilito che è conforme all'Art. 101 TFUE e alla Direttiva 104/2014 una norma processualcivile nazionale in forza della quale, in caso di accoglimento parziale della domanda attorea, le spese processuali possono essere oggetto di compensazione tra le parti, salvo il caso di comportamento abusivo. Nella medesima decisione la Corte di Giustizia ha altresì stabilito che la stima del danno da effettuarsi da parte del giudice ex Art. 17 della Direttiva 104/2014 è necessaria solamente qualora sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile detta quantificazione. A tal fine, non risulta dirimente né il fatto che la parte convenuta in un'azione di *private enforcement* abbia messo a disposizione della parte attrice i dati su cui essa si è fondata

per confutare la perizia di quest'ultima, né la circostanza che la parte attrice abbia rivolto la propria domanda nei confronti di uno solo degli autori di tale violazione.

Anche la Corte di Cassazione italiana ha avuto modo di pronunciarsi in tema di *private antitrust enforcement*, soprattutto con riferimento alla nullità dei contratti di fideiussione *omnibus* redatti in aderenza allo schema ABI, ritenuto contrario al diritto della concorrenza con decisione della Banca d'Italia nel 2005⁶⁴. In particolare, in seguito a vari contrasti giurisprudenziali circa la natura parziale o totale della nullità in oggetto, le Sezioni Unite della Cassazione hanno statuito, ex Art. 1419 c.c., in favore della prima soluzione⁶⁵.

Le pronunce sopra citate hanno contribuito a chiarire taluni aspetti della nuova regolamentazione. Tuttavia, il processo di europeizzazione del *private enforcement* si può considerare solo iniziato e dovremo sicuramente attenderci una copiosa giurisprudenza, anche della Corte di Giustizia, volta a chiarire i numerosi dubbi interpretativi ed applicativi del nuovo modello unionale. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul *private enforcement* è quindi da ritenersi ancora in piena evoluzione.

GIAN ANTONIO BENACCHIO

riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, pubblicato in GU L 351 del 20 dicembre 2012, pagg. 1-32.

⁶¹ Decisione della Commissione, 19 luglio 2016, AT.39824 – *Trucks*.

⁶² A. Piletta Massaro, *Giurisdizione nei casi di passing-on nel private antitrust enforcement: l'interpretazione della Corte di Giustizia*, *Giurisprudenza Italiana*, 2020, 5, p. 1130 ss.

⁶³ C. giust UE, 16 febbraio 2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer SL et al. c. Daimler AG.*, ECLI:EU:C:2023:99.

⁶⁴ Banca d'Italia, provvedimento 2 maggio 2005, n. 55.

⁶⁵ Cass. SS.UU., 30 dicembre 2021, n. 41994. Si veda anche Cass. 2 agosto 2024, n. 21841. Si veda A. Piletta Massaro, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fideiussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI*, *Rivista di Diritto Bancario*, 2020, p. 257 ss.

Bibliografia

- G.A. Benacchio - M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private enforcement of competition law. Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova, 2012; S. Bastianon, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione europea e Nord America*, Milano, 2012; G. Blanke - R. Nazzini (eds.), *International Competition Litigation*, Wolters Kluwer, 2012; P. Buccirossi - M. Carpagnano, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, (2013) 4(1), p. 3; C. Tesaro, «Recenti sviluppi del private antitrust enforcement», in *Mercato, concorrenza regole*, 2011, n. 3, p. 427 ss.; F. Mollo, *Private enforcement nel settore antitrust. Riflessioni a margine di un recente provvedimento in tema di danno da cartello nel mercato europeo dell'acciaio*, in *Contratto e impresa Europa*, 2023, n. 3/23, p. 467 ss.; M. Carpagnano, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010», in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, p. 284 ss.; M. Barcellona, «Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust», in M. Maugeri - A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolamentazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 57 ss.; G.A. Benacchio, «Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato», in *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2015, pp. 197-212; G. Afferni, «Azione di classe e danno antitrust», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, n. 3, p. 491 ss.; G. Afferni, «La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario», in *Concorrenza e mercato*, 2008, n. 1, p. 494 ss.; G.A. Benacchio - M. Carpagnano (a cura di), *Il Private enforcement del Diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*. Atti del II Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009, Padova, 2009; F. Rossi Dal Pozzo - B. Nascimbene, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, 2009; G.A. Benacchio - M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento 2007; G.A. Benacchio - M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea, Atti del VI Convegno biennale Antitrust di Trento, 6-8 aprile 2017*, Napoli, 2018; P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017; A. Frignani, «La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa», in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 3, 2013, p. 429 ss.; A. Frignani - S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012; I. Lianos - P. Davis - P. Nebbia, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford, 2015; R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2018; B. Rodger - M. Sousa Ferro - F. Marcos (a cura di), *The EU antitrust damages directive*, Oxford, 2019; R. Chieppa, «L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità», in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 279 ss.; R. Pardolesi, «Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore», in *Il Foro Italiano*, 2014, n. 1, p. 1729 ss.; R. Pardolesi, «Complementarità irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno», in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 3, 2011, p. 463 ss.; A. Piletta Massaro,

The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law, European Review of Private Law, 2020, 4, p. 841 ss.; European Parliamentary Research Service, Research Paper (a cura di E. D'Alessandro e C. Poncibò), *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, *Litigation funding and consumer collective redress*, marzo 2021; A. Piletta Massaro, *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy*, Concorrenza e Mercato, 29, 2022, 2023, p. 13 ss.; M. Botta, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, Journal of European Competition Law & Practice, 2021, 12, 7, p. 500 ss.; R. Podszun, *The Digital Markets Act*, Oxford, 2024; A. Piletta Massaro, *Corte giust. UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata*, Giurisprudenza Italiana, 2022, 6, p. 1398 ss.; A. Piletta Massaro, *Private antitrust enforcement e legittimazione ad agire degli enti*, Giurisprudenza Italiana,

2020, 12, p. 2693 ss.; A. Piletta Massaro, *Giurisdizione nei casi di passing-on nel private antitrust enforcement: l'interpretazione della Corte di Giustizia*, Giurisprudenza Italiana, 2020, 5, p. 1130 ss.; A. Piletta Massaro, *Pratiche concordate contrarie al diritto antitrust: il caso delle fidejussioni omnibus redatte secondo lo schema ABI*, Rivista di Diritto Bancario, 2020, p. 257 ss.; B. Rodger - O. Brook, M. Bernatt - F. Marcos - A. Outhuijse, *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK*, Alphen aan den Rijn, 2024; A. Biondi - G. Muscolo - R. Nazzini, *After the Damages Directive: Policy and Practice in the EU Member States and the United Kingdom*, Alphen aan den Rijn, 2022; J. Alberti - L. Calzolari - C. Cellerino - F. Croci - A. Miglio (a cura di), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, 2024; P. Fattori - M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019; R. Amaro (a cura di), *Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Bruxelles, 2021; P. Caro de Sousa, *The Private Enforcement of Competition Law*, Oxford, 2024.

IL PRIVATE ENFORCEMENT DEGLI AIUTI DI STATO: L'ACTION PLAN E LE NOVITÀ DAL 2012 A OGGI

Sommario: **I.** Il *private enforcement* degli aiuti di Stato. – **II.** Il *private enforcement* nello *State Aid Action Plan* del 2005 – Gli Studi sull'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di aiuti. – **III.** Il *private enforcement* in materia di aiuti a seguito della *State Aid Modernisation* e gli strumenti di cooperazione tra giudici nazionali e Commissione.

I. Il *private enforcement* degli aiuti di Stato

L'art. 108 § 3, ultimo periodo, TFUE vieta tassativamente allo Stato membro di dare esecuzione a qualunque forma di aiuto, prima che la procedura di autorizzazione dinanzi alla Commissione abbia condotto a una decisione finale (il c.d. obbligo di *stand-still*). Ai sensi di una consolidata giurisprudenza, si tratta di una norma ad effetto diretto, immediatamente applicabile dai giudici nazionali degli Stati membri¹ e, quindi, di una disposizione idonea a creare diritti ed obblighi in capo ai singoli, che possono farli valere dinanzi alle autorità dei propri ordinamenti interni.

Ai giudici nazionali viene in tal modo attribuito un ruolo complementare a quello svolto dalla Commissione in tema di aiuti di Stato². In particolare, la Commissione

ha competenza esclusiva in merito alla valutazione di compatibilità dell'aiuto ai sensi delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE ed opera sotto il controllo della Corte di giustizia³. Al contrario, il ruolo del giudice nazionale è quello di provvedere alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica. Inoltre, i giudici nazionali svolgono un ruolo fondamentale nell'esecuzione delle azioni di recupero di cui all'art. 14 del Regolamento di procedura. Si ritiene, tra l'altro, che la distinzione di ruoli trovi conferma nel fatto che, come statuito dalla Corte⁴, la Commissione non possa ordinare il recupero dell'aiuto solo perché illegale, ossia non notificato. Quest'ultima, infatti, è tenuta a operare una valutazione completa di compatibilità, a prescindere dal rispetto della clausola di *stand-still* e tale valutazione richiede, ovviamente, del tempo. Al contrario, i giudici nazionali hanno il potere di ordinare la sospensione e la restituzione dell'aiuto in ragione della sola violazione dell'obbligo di cui all'art. 108 § 3 TFUE.

van Calster e Felix Cleeren e altri, EU:C:2003:571, punto 74; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international e a. c. La Poste e a. - "SFEI"*, EU:C:1996:285, punto 41.

³ Gli stessi giudici di Lussemburgo hanno più volte sottolineato la loro incompetenza a decidere sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto UE, competenza esclusiva della Commissione. V., *inter alia*, C. giust. CE, 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio SpA contro International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa*, EU:C:1999:313, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

⁴ C. giust. CE, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione - "Boussac"*, EU:C:2012:633, e 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione - "Tubemeuse"* EU:C:1990:125.

¹ C. giust. CE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa v. ENEL*, EU:C:1964:66; 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e a. c. Finanzlandesdirektion für Tirol e a.*, EU:C:2006:644.

² C. giust. CE, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 37; 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat c. Eugène*

Conseguentemente, le azioni intentate dinanzi ai giudici nazionali offrono un importante mezzo per tutelare i concorrenti ed i terzi interessati lesi dall'aiuto. In particolare, i rimedi disponibili dinanzi alle giurisdizioni nazionali includono: *i)* la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale; *ii)* il recupero dello stesso; *iii)* il recupero degli interessi dovuti; *iv)* il risarcimento dei danni a concorrenti e terzi interessati; *v)* l'adozione di misure provvisorie contro gli aiuti illegali⁵.

Nell'applicare l'art. 108 § 3 TFUE, il giudice nazionale deve necessariamente qualificare la fattispecie come aiuto soggetto all'obbligo di notifica e alla conseguente preventiva autorizzazione della Commissione. Pertanto, stante la genesi della fattispecie nel diritto UE, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare la nozione di "aiuto di Stato" al fine di poterla sussumere nel caso concreto⁶. Trattandosi di una nozione di diritto dell'Unione, la ricostruzione operata dal giudice non può che avvenire in termini di diritto UE, applicando le norme di provenienza europea nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷. Si delinea dunque un delicato equilibrio di competenze per cui i giudici nazionali sono tenuti ad affrontare il tema della qualificazione di una misura, in quanto questione "pregiudiziale", mentre è solo la

Commissione a poter statuire in merito alla compatibilità della misura in questione.

La stessa Commissione, dunque, ha ritenuto necessario dare ausilio ai giudici nazionali nell'adempimento della loro funzione di custodi delle regole procedurali in materia. Nel 1995 venne pubblicata la prima *Comunicazione relativa alla cooperazione in materia di aiuti di Stato*⁸. Sulla base del principio di leale collaborazione, la Commissione riteneva che la cooperazione tra Stati membri e istituzioni dell'Unione fosse fondamentale per garantire il raggiungimento dell'obiettivo, previsto dai Trattati, di una leale concorrenza nel mercato interno. Alla luce di tali considerazioni, la Commissione intendeva concorrere al rafforzamento della cooperazione in diversi modi: una politica di apertura e trasparenza, la possibilità per i giudici nazionali di rivolgersi a quest'ultima per chiedere informazioni di carattere procedurale e la possibilità di prendere contatto con i suoi uffici allorché l'applicazione degli allora art. 87 § 1 e 88 § 3 TCE desse luogo a difficoltà nel qualificare una misura come aiuto di Stato ovvero al fine di stabilire se si trattasse di un aiuto nuovo o già esistente.

La Comunicazione del 1995 è stata poi sostituita dalla successiva *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali* del 2009⁹. Lo scopo principale di questa seconda Comunicazione è quello di informare i giudici nazionali, ed i terzi, dei rimedi disponibili in caso di violazione delle norme sugli aiuti e di rafforzare la cooperazione con i primi, promuovendo strumenti più pratici per sostenerli e facilitare il loro lavoro. In seguito alla Comunicazione del 2009, gli sforzi di

⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, 2009/C 85/01, in G.U.U.E. C-85, 9 aprile 2009, p. 1 ss., punto 26.

⁶ Conc. Mengozzi, 17 luglio 2008, causa C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione*, EU:C:2008:757, punto 97; causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 39; 30 novembre 1993, causa 189/91, *Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal*, EU:C:1993:907, punto 14; 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike und Weinling*, EU:C:1977:52, punto 14.

⁷ V. causa C-295/97, *Piaggio*, cit., punto 50; ordinanza C. giust. CE, 24 luglio 2003, causa C-297/01, *Sicilcassa e a.*, EU:C:2003:416, punto 44.

⁸ Comunicazione della Commissione del 23 novembre 1995, in G.U.C.E. C-312, p. 8 ss.

⁹ In G.U.U.E. C-85 del 9 aprile 2009, p. 1.

sensibilizzazione sono stati intensificati. Ad esempio, la Commissione si è attivamente impegnata a finanziare programmi di formazione per i giudici nazionali e ad inviare i propri esperti a conferenze e *workshops*, come relatori.

Da ultimo, il 23 luglio 2021 la Commissione ha adottato una nuova versione della *Comunicazione relativa all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*¹⁰.

La nuova Comunicazione intende, in primo luogo, fornire orientamenti concreti sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato a livello nazionale, in particolare nei casi di *private enforcement* a seguito dell'attuazione di aiuti illegittimi. In proposito, vengono descritte le diverse fasi dell'erogazione di un aiuto nelle quali possono intervenire i giudici e le relative valutazioni, nonché i mezzi di salvaguardia dei diritti dei singoli di fronte alla violazione dell'obbligo di *standstill*, quali la sospensione della misura, il recupero, le misure provvisorie e il risarcimento dei danni. Vengono, inoltre, illustrati gli strumenti di cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, unitamente ad alcuni chiarimenti sui principi generali applicabili ai giudizi nazionali in materia di aiuti, quali il principio di leale cooperazione, di equivalenza e di effettività, dell'autorità di cosa giudicata, nonché i principi espressi dalla Corte di Giustizia in materia di legittimazione ad agire e giurisdizione.

II. Il *private enforcement* nello *State Aid Action Plan* del 2005 – Gli Studi sull'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di aiuti

Il piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato del 2005 è un documento di con-

sultazione emanato dalla Commissione al fine di riformare le politiche degli aiuti di Stato, procedendo alla c.d. modernizzazione della materia¹¹. Il Piano di azione si incentrava sul principio «*aiuti di Stato meno numerosi e più mirati*». L'obiettivo centrale, infatti, consisteva nell'incoraggiare gli Stati membri a ridurre il livello globale di aiuti e, al contempo, a riorientare le risorse verso obiettivi aventi un chiaro interesse comunitario.

Nel documento, la Commissione¹² dedicava al *private enforcement* delle norme in materia di aiuti due paragrafi e sottolineava, in particolare, come i ricorsi dei privati dinanzi ai giudici nazionali potessero contribuire a rafforzare la disciplina nel settore in parola. Nel Piano, quindi, la Commissione si impegnava ad operare una sensibilizzazione rispetto al potere dei giudici nazionali di sospendere, e di recuperare a titolo provvisorio, gli aiuti concessi illegalmente prima della loro approvazione.

Nel 2006, l'Esecutivo dell'Unione ordinò uno studio sull'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di aiuti¹³. Esso prese come riferimento temporale il periodo tra il 1999 e il 2006 ed analizzò i ricorsi promossi in materia di aiuti a livello nazionale al fine di fornire alla Commissione un'analisi dettagliata del quadro dell'applicazione della normativa nei diversi ordinamenti interni. Dallo studio emerse che la maggioranza dei procedimenti non era volta a ridurre

¹¹ Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, SEC(2005) 107 def., 7 giugno 2005.

¹² V. *Results Of The Consultation On The State Aid Action Plan (SAAP)*, 9 febbraio 2006, in cui sono riassunti tutti i commenti inviati alla Commissione. Nel sito della Commissione sono anche disponibili i singoli commenti pervenuti alla Commissione.

¹³ Cioè, *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, marzo 2006, Jones Day, Lovells, Allen & Overy. Lo studio riguardava unicamente quindici Stati membri dell'UE.

¹⁰ In G.U.U.E. C-305 del 30 luglio 2021, pp. 1-8.

l'effetto anticoncorrenziale degli aiuti illegali, ma, anzi, che la maggior parte delle azioni erano intentate da contribuenti che richiedevano uno sgravio da un onere fiscale o da soggetti beneficiari degli aiuti dichiarati incompatibili. Per di più, il numero dei ricorsi proposti per assicurare il rispetto delle norme in materia di aiuti era relativamente ridotto.

Nel 2009¹⁴, quando lo studio venne aggiornato in ragione dell'adesione all'Unione di nuovi Stati membri, la situazione pareva, almeno in parte, migliorata grazie all'evoluzione positiva nell'ambito del *private enforcement*. Il numero delle azioni dirette contro la concessione di aiuti illegali era globalmente aumentato, così come il numero di concorrenti-attori vittoriosi in giudizio, specialmente allorché questi chiedevano la sospensione del pagamento dell'aiuto illecito. Tuttavia, le corti nazionali sembravano riluttanti a concedere il risarcimento dei danni derivanti da violazione delle disposizioni sugli aiuti.

Nel 2019, è stata pubblicata l'ultima versione dello studio, prodromica all'aggiornamento della Comunicazione sull'applicazione nazionale della normativa sugli aiuti di Stato¹⁵. Lo studio analizza l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali dal 2007 al 2018, evidenziando i principali trend, le *best practices* e l'uso degli strumenti di cooperazione tra i giudici e la Commissione. In particolare, viene evidenziato l'aumento dei casi di *private enforcement*, che hanno superato il numero di decisioni di esecuzione a livello pubblico nell'UE, in parte in ragione dall'incremento delle misure di supporto a seguito della

crisi finanziaria del 2008. In Italia, invece, il rapporto appare invertito, con una prevalenza dei casi di *public enforcement*, anche a causa dell'alto numero di decisioni di recupero nei confronti dell'Italia¹⁶.

È ragionevole, dunque, attendersi un incremento analogo del contenzioso nazionale in materia di aiuti, compresi i casi di *private enforcement*, in seguito al sostanziale aumento delle misure di supporto fornite dagli Stati dell'UE a seguito dell'adozione dei *Temporary Frameworks*¹⁷ da parte della Commissione in relazione alle conseguenze economiche della pandemia di Covid-19¹⁸, alla guerra russo-ucraina e alla transizione energetica¹⁹.

Segnatamente, emergeva dallo studio una significativa maggioranza di decisioni negative nei casi di *private enforcement*, in parte derivante dalla ridotta familiarità degli operatori e delle corti nazionali con la disciplina degli aiuti, nonché dalla complessità dei casi e degli oneri probatori. Lo studio evidenziava, inoltre, una scarsa conoscenza e applicazione da parte dei giudici nazionali degli strumenti di cooperazione con la Commissione.

¹⁶ *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Country report Italy, (COMP/2018/001), Spark Legal Network, the European University Institute, Ecorys and Caselex* p. 3.

¹⁷ Si osservi in proposito l'aumento di casi relativi agli aiuti di Stato di fronte alle Corti UE nel periodo 2021-2023, il quale potrebbe segnalare un corrispondente aumento a livello nazionale. Cfr. Corte di Giustizia, *Annual Report 2023, Statistics concerning the judicial activity of the Court of Justice*, p. 8.

¹⁸ Comunicazione della Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 2020/C 91 I/01, C/2020/1863, in GU C 91I del 20.3.2020, pp. 1-9.

¹⁹ Comunicazione della Commissione Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina 2023/C 101/03, C/2023/1711, in GU C 101 del 17.3.2023, pp. 3-46.

¹⁴ Cioè, *2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level*, ottobre 2009, Lovells.

¹⁵ *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, (COMP/2018/001), Spark Legal Network, the European University Institute, Ecorys and Caselex*.

III. Il *private enforcement* in materia di aiuti a seguito della *State Aid Modernisation* e gli strumenti di cooperazione tra giudici nazionali e Commissione

Nel maggio del 2012, la Commissione ha emanato una Comunicazione in merito alla modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato (la "Comunicazione sulla Modernizzazione"). La modernizzazione del settore degli aiuti di Stato viene ritenuta necessaria al fine di migliorare la qualità dell'analisi della Commissione e rappresenta un mezzo per promuovere un impiego adeguato delle risorse pubbliche e l'attuazione di politiche orientate alla crescita, limitando le distorsioni della concorrenza che metterebbero a rischio le condizioni di parità nel mercato interno.

Uno dei principali obiettivi della riforma è stato quello di concentrare l'azione *ex ante* della Commissione, e conseguentemente l'applicazione delle norme UE, sui casi di maggior impatto sul mercato interno, senza però rivedere il sistema di attribuzione delle competenze, così come attualmente delineato dal Trattato. Rimane infatti ferma la competenza esclusiva della Commissione ad applicare le norme relative agli aiuti nel mercato interno, salvo l'effetto diretto del terzo paragrafo dell'art. 108 TFUE²⁰.

La necessità di adottare modelli di spesa maggiormente efficienti si dovrebbe tradurre in una definizione delle priorità e un maggiore controllo degli aiuti c.d. considerevoli, con potenziali effetti distorsivi della concorrenza²¹. Parallelamente, l'ana-

lisi dei casi i cui effetti sul mercato unico apparissero fin da subito scarsi dovrebbe essere semplificata. Ciò dovrebbe condurre, al contempo, ad una maggiore responsabilità da parte degli Stati membri nella definizione e nell'attuazione delle misure di sostegno²².

La disciplina secondaria in materia di aiuti è stata quindi rivista a partire dal 2012 al fine di ridurre il numero di notifiche e l'attività di valutazione della Commissione e consentire agli Stati membri di operare all'interno di condizioni di compatibilità definite *ex ante*: a) Regolamento *de minimis*²³, che identificano le soglie al di sotto delle quali gli aiuti di Stato sono esentati dall'obbligo di notifica alla Commissione; b) Regolamento di applicazione del Consiglio, che permette alla Commissione di dichiarare determinate categorie di aiuto compatibili e dunque dispensate dall'obbligo di notifica *ex ante*²⁴; c) Regolamento generale di esenzione per categoria²⁵, che esenta gli Stati membri dall'obbligo di notifica, purché siano soddisfatti i criteri definiti per le diverse categorie di aiuti.

A tali strumenti di carattere generale si aggiungono i corrispondenti strumenti di tipo settoriale, quali, *inter alia*, il regolamento di esenzione²⁶ e il regolamento *de*

²⁰ V. J. Almunia, *Presenting the State Aid Modernisation Initiative EP Workshop: State Aid Modernisation*, Bruxelles, 25 settembre 2012, SPEECH/12/657.

²¹ V. J. Almunia, *Doing more with less - State aid reform in times of austerity: Supporting growth amid fiscal constraints*, Bruxelles, 11 gennaio 2013, SPEECH/13/14.

²² V. J. Almunia, *Modernising State Aid Control*, Bruxelles, 23 febbraio 2012, SPEECH/12/117 e *State aid reform and the new Regional State Aid Guideline*, Bruxelles, 1° febbraio 2013, SPEECH/13/92.

²³ Regolamento (UE) 2023/2831 della Commissione, del 13 dicembre 2023, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti de minimis, C/2023/9700, in GU L, 2023/2831, 15.12.2023.

²⁴ Regolamento (UE) 2015/1588 del Consiglio del 13 luglio 2015, in GU L, 24.9.2015, pp. 1-8.

²⁵ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, GU L 187 del 26.6.2014, pp. 1-78.

²⁶ Regolamento (UE) 2022/2472 della Commissione, del 14 dicembre 2022, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli

*minimis*²⁷ per gli aiuti nel settore forestale, agricolo e nelle zone rurali e per gli aiuti nel settore della pesca e dell'acquacultura.

Le novità introdotte dal processo di modernizzazione, finalizzate a garantire un utilizzo il più efficiente possibile delle scarse risorse pubbliche, hanno implicato un notevole incremento delle responsabilità degli Stati membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti. In particolare, l'ampliamento dell'area di esenzione, effettuato sia "orizzontalmente" (nel senso di un'estensione delle categorie di aiuti esentate), sia "verticalmente" (nel senso dell'aumento del loro valore individuale, ad esempio per quanto concerne gli aiuti a ricerca e sviluppo) ha reso le notifiche delle misure di aiuto alla Commissione un'eccezione, piuttosto che la norma²⁸. L'ampliamento delle ipotesi di esenzione dall'obbligo di notifica ha dunque comportato, per gli

Stati, la necessità verificare il rispetto *ex ante* delle norme sugli aiuti delle misure c.d. *de minimis*, dei regimi e dei casi che beneficiano di un'esenzione per categoria. Nel 2022, 84% delle nuove misure di aiuto sono state conferite sulla base delle esenzioni di categoria, mentre il 93% del totale delle misure di aiuto, escluse quelle conferite ai sensi dei *Temporary Frameworks*, sono state adottate sulla base del regolamento di esenzione generale di categoria²⁹.

La maggiore responsabilizzazione degli Stati coinvolge inevitabilmente tutte le istituzioni interne agli ordinamenti nazionali, inclusi i giudici²². Con specifico riguardo al *private enforcement* delle norme in materia di aiuti di Stato, si segnala l'art. 29 del Regolamento di procedura (Reg. 2015/1589), il quale prevede, ai fini dell'applicazione degli artt. 107 comma 1 e 108 TFUE, che tribunali degli Stati membri possano chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso, ovvero possano invitare la stessa a presentare il suo parere in merito ad una questione concernente l'applicazione delle norme sugli aiuti. Inoltre, ove necessario per assicurare una coerente applicazione di tali disposizioni, la Commissione, di propria iniziativa, può far pervenire osservazioni scritte ai tribunali nazionali (nonché intervenire oralmente, ma soltanto dietro consenso del giudice nazionale). Al solo fine della redazione delle proprie osservazioni, la Commissione può chiedere al giudice nazionale di trasmettere, ovvero assicurare la trasmissione, di tutta la documentazione necessaria alla valutazione del caso. In ogni caso, l'intervento della Commissione dinanzi ad un giudice nazionale è esclusivamente finalizzato alla tutela di un interesse pubblico dell'Unione, in qualità

articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali, C/2022/9131, in GU L 327 del 21.12.2022, pp. 1-81. Regolamento (UE) 2022/2473 della Commissione, del 14 dicembre 2022, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, C/2022/9139, GU L 327 del 21.12.2022, pp. 82-139.

²⁷ Regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis» nel settore agricolo, in GU L 352 del 24.12.2013, pp. 9-17; Regolamento (UE) n. 717/2014 della Commissione, del 27 giugno 2014, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis» nel settore della pesca e dell'acquacoltura, in GU L 190 del 28.6.2014, pp. 45-54.

²⁸ V. N. Pesaresi, T. Beranger, *State aid modernisation*, in N. Pesaresi, K. Van De Castele, L. Flynn and C. Siaterli, *EU Competition Law*, Volume IV, State Aid, Book One, Clays & Casteels, Leuven, 2016, p. 8.

²⁹ V. Commissione, State aid scoreboard 2023, 9 aprile 2024, p. 13.

di *amicus curiae*, e non può avere lo scopo di supportare una delle parti nel giudizio pendente³⁰.

EDOARDO GAMBARO

³⁰ V. State aid: Proposed reform of state aid procedures - frequently asked questions, n. 8. "How will the reform affect national courts?".

IL DIRITTO DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA, IL DIRITTO *ANTITRUST* E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Sommario: **I.** La scoperta dei fondamenti costituzionali di una legislazione *antitrust* e a tutela della concorrenza: libertà di iniziativa economica, principio di eguaglianza ed utilità sociale. – **II.** La disciplina *antitrust* e l'attuazione dell'art. 41 Cost. La derivazione comunitaria. – **III.** Dalla concorrenza come diritto di libertà alla concorrenza come materia di competenza statale: le misure *antitrust* come parte della regolamentazione a tutela della concorrenza (e del mercato) secondo il modello comunitario. **IV.** Gli sviluppi della configurazione composita della tutela della concorrenza: liberalizzazione, regolazione del mercato e promozione della concorrenza in vista della efficienza e competitività del sistema economico. – **V.** Il controllo delle operazioni di concentrazione fra tutela della concorrenza e regolazione del mercato. – **VI.** Tutela della concorrenza, regolazione del mercato ed aiuti di Stato: nozione, ammissibilità sul piano costituzionale, regime dei controlli fra UE ed ordinamento nazionale. – **VII.** La concorrenza fra autorità di regolazione e autorità garante della concorrenza e del mercato.

I. La scoperta dei fondamenti costituzionali di una legislazione *antitrust* e a tutela della concorrenza: libertà di iniziativa economica, principio di eguaglianza ed utilità sociale

Le prime tracce del rinvenimento, da parte della Corte costituzionale, nel dettato costituzionale, delle basi giustificative di

una legislazione *antitrust* e, più in generale, di una legislazione volta a garantire la libertà della concorrenza e del mercato risalgono agli anni Ottanta.

In precedenza, l'approccio seguito era quello – ascritto ad una impostazione economica di tipo dirigitistico – di ritenere la riserva statale di cui all'art. 43 Cost. (e quindi i monopoli pubblici) lo strumento più adatto ad evitare il rischio che determinate attività d'impresa, in regime di libera iniziativa, dessero luogo a situazioni di monopolio o anche di oligopolio privato, lesive dell'interesse generale, come era accaduto nel caso della radiotelevisione (sent. n. 60 del 1959¹).

Sempre immersa in un'ottica economica protezionistica e comunque lontana dal riconoscimento della concorrenza come principio costituzionale, la Corte, nella sent. n. 46 del 1963², poneva l'attenzione sulle limitazioni all'iniziativa economica privata consentite direttamente dall'art. 41 Cost., ravvisando l'unica possibile giustificazione della disciplina autoritativa della produzione e del commercio della canapa nei "programmi" e "controlli" che lo stesso art. 41, al suo terzo comma, «dà facoltà alla legge di determinare per indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali». Ed identificava questi ultimi, innanzitutto, nella difesa, in specie sul mercato internazionale, di un settore agricolo minacciato dalla concorrenza di prodotti similari e sostitutivi (fibre tessili artificiali), oltre che negli interessi della categoria dei coltivatori.

¹ C. cost. 27 novembre 1959, n. 60, in G.U., 1^a serie speciale, 5 dicembre 1959, n. 295.

² C. cost. 4 aprile 1963, n. 46, in G.U., 1^a serie speciale, 13 aprile 1963, n. 101.

Con la sent. n. 97 del 1969³, poi, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina del rilascio delle licenze di impianto ed esercizio dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico, riconosceva che «la libertà di commercio, come gode della tutela accordata dall'art. 41 della Costituzione, così soggiace a quei limiti che tale disposizione consente di imporre a salvaguardia di beni che la Costituzione considera preminenti rispetto alla libertà di iniziativa economica». Fra questi – precisava – «viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata anche la concorrenza, che indubbiamente il vigente sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società». Nella specie – si affermava – «il potere del prefetto relativo al rilascio delle licenze per i magazzini a prezzo unico, al pari del potere del sindaco per i normali esercizi commerciali, deve tendere a disciplinare l'iniziativa economica in funzione di scopi di utilità sociale e non di interessi meramente settoriali», scopi individuati nell'«esigenza di un ordinato sviluppo del mercato», atto ad «evitare il rischio che la totale liberalizzazione – specie in una fase di profonda modificazione del sistema di distribuzione dei beni, nella quale i numerosi piccoli operatori non ancora hanno avuto modo di dar vita a forme di organizzazione adeguate alle trasformazioni sociali in atto – possa tradursi nella creazione di monopoli non corrispondenti all'interesse dei consumatori e, quindi, della collettività».

È, quindi, solo negli anni ottanta, in specie con la sent. n. 223 del 1982⁴, che la Corte, nel salvare la norma di cui all'art. 2596 c.c. relativa ai patti limitativi della

concorrenza, dichiarava, per la prima volta, espressamente, la necessità dell'adozione di una «opportuna normativa (cioè di una legislazione antimonopolio o *antitrust*)», idonea ad «assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale» ed a «soddisfare così le esigenze della moderna vita economica», alla luce del riconoscimento dello «statuto costituzionale» della libertà di concorrenza. Quest'ultima, infatti, veniva desunta, ad un tempo, dal primo e dal secondo (e dal terzo) comma dello stesso art. 41 Cost. Essa – si osservava – da un lato, «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori» (in specie, leggendo il primo comma alla luce dell'art. 3 Cost.); dall'altro, «è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di un pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» e soddisfa, quindi, anche uno scopo di utilità sociale, in vista del quale è legittimato – ove non vincolato – ad intervenire il legislatore. La stessa normativa codicistica esaminata d'altronde – proseguiva la Corte – sebbene non più idonea a garantire l'effettiva tutela del mercato concorrenziale nel moderno contesto economico – rivelava il perseguimento di entrambe le predette finalità: essa, infatti, impedendo eccessive restrizioni della libertà di iniziativa economica, nel porre condizioni ai patti limitativi della concorrenza, tutelava, in una misura sia pure modesta, il mercato nelle sue oggettive strutture.

II. La disciplina *antitrust* e l'attuazione dell'art. 41 Cost. La derivazione comunitaria

Ancora nel segno dell'inadeguatezza degli «strumenti previsti dal vigente ordinamento civilistico» ed in specie della normativa codicistica inerente alla concorrenza,

³ C. cost. 22 maggio 1969, n. 97, in G.U., 1ª serie speciale, 18 giugno 1969, n. 152.

⁴ C. cost. 2 dicembre 1982, n. 223, in G.U., 1ª serie speciale, 22 dicembre 1982, n. 351.

la Corte, qualche anno più tardi, ripeteva il monito contenuto nella sent. n. 223 del 1982 circa la necessità dell'adozione di una efficace normativa anticoncentrazione a carattere generale. Questa volta faceva leva sia su alcuni propri ulteriori precedenti, anche se riferiti ad uno specifico settore, quello dell'informazione⁵, sia sulla acquisita consapevolezza della necessità di dar seguito nell'ordinamento interno alle prescrizioni comunitarie, volte a garantire la tutela della concorrenza e del mercato, nell'ottica ormai acquisita dell'integrazione europea. E così, nella sent. n. 241 del 1990⁶, escludendo la possibilità di applicare alla S.I.A.E.⁷ direttamente l'art. 86 del Trattato istitutivo della CEE [ora art. 102 TFUE] in tema di sfruttamento abusivo di posizione dominante, non essendo ravvisabile sempre la lesione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune, tale da pregiudicare il commercio fra gli Stati membri, la Corte invocava la necessità che una simile prescrizione fosse introdotta dal legislatore nazionale, come parte di quella generale disciplina a tutela della concorrenza e del mercato, volta a soddisfare innanzitutto «pressanti esigenze» di carattere costituzionale. Tali esigenze venivano ancora una volta ricondotte allo statuto della libertà di iniziativa economica delineato dall'art. 41 Cost., ai sensi del quale detta libertà non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, i quali sarebbero

«fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo». In tal modo, infatti, – ribadiva la Corte – non solo «può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli». E ciò con il risultato di ostacolare il «programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma Cost. che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie».

Nella motivazione della citata sentenza si faceva anche riferimento alla «crescente presa di coscienza [...] di tali pressanti esigenze», dimostrata dalla predisposizione di progetti di legge recanti norme per la tutela della concorrenza e del mercato – ed in particolare del disegno di legge n. 3755 atti Camera, X Legislatura, già approvato dal Senato, che di lì a poco si sarebbe tradotto nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Una simile affermazione costituisce chiaro indizio della base costituzionale che – nell'orientamento della Corte costituzionale – avrebbe caratterizzato la emananda legge generale *antitrust*, base peraltro letta nella prospettiva della integrazione comunitaria.

A conferma di tale fondamento costituzional-comunitario della l. n. 287/90 – «dichiarato» dall'art.1 della medesima legge che, appunto, autoqualifica le proprie disposizioni come dettate «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (comma 1), statuendo altresì che le stesse devono essere interpretate in base ai principi dell'ordinamento delle

⁵ In specie v. C. cost. 14 luglio 1981, n. 148, in G.U., 1ª serie speciale, 29 luglio 1981, n. 207 e C. cost. 13-14 luglio 1988, n. 826, in G.U., 1ª serie speciale, 20 luglio 1988, n. 29.

⁶ C. cost. 3-15 maggio 1990, n. 241, in G.U., 1ª serie speciale, 23 maggio 1990, n. 21.

⁷ Si trattava della Società italiana autori editori, titolare di un'esclusiva legale in tema di gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere di autori ed editori.

Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza (comma 4) – la Corte si sarebbe espressa molti anni più tardi, in specie con la sent. n. 270 del 2010⁸. In quest'ultima (inerente al caso Alitalia), a proposito della disciplina recata dalla citata legge n. 287 in tema di controllo delle concentrazioni, la Corte infatti ha precisato che essa, pur non essendo «a contenuto costituzionalmente vincolato»⁹, «fa espressa applicazione dell'art. 41 Cost.», essendo volta a garantire la libertà di iniziativa economica di tutti gli imprenditori, nonché quei fini sociali già rintracciati in precedenza dalla medesima Corte nell'assetto concorrenziale del mercato ed identificati nell'interesse dei consumatori, dei contraenti deboli, nonché nella protezione della collettività in generale. E ciò nella «dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario e con il principio che “il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata” (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g, del Trattato CE)».

III. Dalla concorrenza come diritto di libertà alla concorrenza come materia di competenza statale: le misure *antitrust* come parte della regolamentazione a tutela della concorrenza (e del mercato) secondo il modello comunitario

Sulla derivazione comunitaria della normativa *antitrust* interna o, più in generale, della normativa interna a tutela della

concorrenza e del mercato la Corte costituzionale si è pronunciata ripetutamente, in particolare a seguito della modifica dell'art. 117 Cost. ad opera della l. cost. n. 3 del 2001¹⁰ e della introduzione della previsione della “tutela della concorrenza” come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tale novità, che ha portato alla consacrazione costituzionale espressa della concorrenza, ha, tuttavia, coinciso anche con una diversa e più composita configurazione della stessa da parte della giurisprudenza costituzionale. In base ad essa le preoccupazioni relative alla protezione delle sfere di libertà tutelate dall'art. 41 Cost. sembrano aver ceduto il passo a quelle relative alla tutela del mercato, inteso nella sua valenza oggettiva di sistema economico, ispirato al modello comunitario dell'“economia aperta e in libera concorrenza”.

A partire dalla sent. n. 14 del 2004¹¹, la Corte ha, infatti, in primo luogo osservato che «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario». In quest'ultimo i principi della concorrenza e del mercato non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale, cosicché anche il divieto degli aiuti di Stato (dei quali si trattava, nella specie) – posto al fine di evitare interventi che falsino o minaccino di falsare la concorrenza – può essere derogato: simili aiuti possono infatti essere guardati «con favore ed anzi propiziati» quando appaiano orientati «ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale», rivelandosi in qualche modo «funzionali alla promozione di un mercato competitivo». «Nel diritto comunitario» – prosegue la Corte – «le

⁸ C. cost. 22 luglio 2010, n. 270, in G.U., 1ª serie speciale, 28 luglio 2010, n. 30.

⁹ Su questa precisazione v. *infra*, § 5.

¹⁰ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione).

¹¹ C. cost. 18 dicembre-13 gennaio 2004, n. 14, in G.U., 1ª serie speciale, 21 gennaio 2004, n. 3.

regole della concorrenza non sono quindi limitate all'attività sanzionatoria della trasgressione della normativa *antitrust*, ma comprendono anche il regime degli aiuti, interventi regolativi e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Anche nel diritto interno, pertanto, la "materia" della tutela della concorrenza non può – ad avviso della Corte – «essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali», costituendo «una delle leve della politica economica statale».

Su tali basi, nelle decisioni successive, la Corte ha ricondotto alla tutela della concorrenza così intesa le misure più varie come, ad esempio, ora misure statali di liberalizzazione di settori quali l'acqua, l'energia, il trasporto ed i servizi pubblici locali, finalizzate, mediante la predisposizione delle regole relative all'affidamento degli appalti, a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza (sent. n. 401 del 2007¹²), ora, viceversa, interventi del legislatore statale, ritenuti proporzionati e ragionevoli, a sostegno di una campagna promozionale straordinaria a favore del *made in Italy*, volti a garantire, in vista dello sviluppo economico del Paese, la diffusione appunto del *made in Italy* nei mercati mediterranei, dell'Europa continentale e orientale, e quindi «a promuovere lo sviluppo del mercato attraverso una campagna che diffonda, con il marchio predetto, un'immagine

dei prodotti italiani associata all'idea di una loro particolare qualità» (sent. n. 175 del 2005¹³).

Spinta dalla preoccupazione di evitare la pervasiva espansione dell'area di operatività della materia "tutela della concorrenza", che sarebbe potuta derivare dalla suddetta configurazione, con esiti che avrebbero potuto condurre lontano dallo "statuto" dell'art. 41 Cost. e, ad un tempo, consapevole della necessità di scongiurare l'evanescenza della linea di confine fra competenze statali e regionali, la Corte, ha poi tentato di precisarne i contenuti. Ed ha chiarito che le regole *antitrust* costituiscono solo una parte – e non la più ampia – della normativa a tutela della concorrenza e corrispondono a quelle «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sent. n. 430 del 2007¹⁴). Ad esse, tuttavia, si aggiungono quegli interventi regolatori che, pure, a titolo principale, incidono sulla concorrenza e che si risolvono in «misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche» (sent. n. 430 del 2007)¹⁵.

¹³ C. cost. 4 maggio 2005, n. 175, in G.U., 1ª serie speciale, 11 maggio 2005, n. 19.

¹⁴ C. cost. 14 dicembre 2007, n. 430, in G.U., 1ª serie speciale, 19 dicembre 2007, n. 49.

¹⁵ V. *supra* nota 14. Tale classificazione sarebbe stata, poi, ripetutamente ribadita dalla Corte nelle sentenze successive, talora con una ulteriore articolazione costituita dal riferimento alle «disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da garantire "la

¹² C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, in G.U., 1ª serie speciale, 28 novembre 2007, n. 46. V. anche, fra le tante, C. cost., 17 dicembre 2008, n. 411, in G.U., 1ª serie speciale, 24 dicembre 2008, n. 53; C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, in G.U., 1ª serie speciale 27 maggio 2009, n. 21.

Proprio con riferimento a tali ultime misure, strutturalmente eterogenee, la Corte ha avvertito la necessità di fornire un argine “concettuale”, escludendo la riconducibilità alla materia della tutela della concorrenza di quelle, fra di esse, «che non intendono incidere sull’assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano». Ed ha individuato – come oggetto del proprio scrutinio – la verifica della “coerenza” delle norme adottate dallo Stato «rispetto all’obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza», principalmente ravvisata nella strumentalità delle medesime all’eliminazione di limiti e barriere all’accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale (sent. n. 430 del 2007¹⁶). In questa prospettiva la Corte ha anche precisato che, «una volta che tale scrutinio abbia esito positivo», delle predette misure statali deve essere garantita l’inderogabilità anche ove esse incidano – «nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri» – in ambiti materiali riconducibili a competenze regionali, dato che anche le Regioni non possono legiferare «in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza» (sent. n. 430 del 2007¹⁷).

In applicazione di tali criteri, la Corte, ad esempio, da un lato, ha escluso la riconducibilità alla tutela della concorrenza di una norma statale recante la disciplina delle modalità di erogazione e gestione del «Fondo per il finanziamento degli interventi consentiti dagli Orientamenti UE sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà». Una

simile disciplina – ha precisato – è costituzionalmente illegittima, in quanto riguarda finanziamenti riferibili ad una pluralità di materie, anche di competenza regionale, in relazione ai molteplici settori nei quali le imprese in difficoltà, cui detti finanziamenti sono destinati, si trovino ad operare: essa, pertanto, configura degli «aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza» e quindi «non può giustificare l’intervento del legislatore statale» (sent. n. 63 del 2008¹⁸). Analogamente, anche con riguardo ad una norma statale recante la previsione della proroga automatica per dieci anni delle concessioni delle grandi derivazioni idroelettriche, pur stabilita in relazione «ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell’energia elettrica, anche per quanto riguarda la definizione di principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica», la Corte ha affermato che, di contro all’autoqualificazione legislativa, essa «lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pure afferma di voler perseguire» (sent. n. 1 del 2008¹⁹). Essa, infatti, prevedendo una proroga “secca” per dieci anni dei rapporti concessori in corso, anziché aprire gradualmente il mercato interno dell’energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche, si è posta in contrasto con il principio della gara e quindi proprio con il fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari

più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici” (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati ad assicurare la concorrenza “per il mercato”: così sent. n. 160 del 2009.

¹⁶ V. *supra* nota 14.

¹⁷ V. *supra* nota 14.

¹⁸ C. cost. 14 marzo 2008, n. 63, in G.U., 1ª serie speciale, 19 marzo 2008, n. 13.

¹⁹ C. cost. 18 gennaio 2008, n. 1, in G.U., 1ª serie speciale, 23 gennaio 2008, n. 4.

ambiguamente invocati a fondamento della disciplina.

Nella stessa prospettiva la Corte si è ripetutamente pronunciata sulle concessioni demaniali marittime, annullando norme di leggi regionali che stabilivano proroghe automatiche delle medesime concessioni senza limiti di tempo (sent. n. 171 del 2013²⁰) o di lunghissima durata (trent'anni a partire dall'entrata in vigore della medesima legge regionale: sent. n. 109 del 2018²¹) o che differivano il termine di presentazione delle istanze di proroga delle concessioni in scadenza (sent. n. 109 del 2024)²². E ha affermato che «i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni inerenti al demanio marittimo (*ex plurimis*, sentenze n. 157 e n. 40 del 2017) e idrico (sentenze n. 117 del 2015, n. 114 del 2012 e n. 235 del 2011) devono [...] essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa dell'Unione comunitaria e nazionale» (sent. n. 109 del 2018. Nello stesso senso, v. anche sent. n. 118 del 2018²³, sent. n. 1 del 2019²⁴ e sent. n. 86 del 2019²⁵). La normativa nazionale – ha precisato ancora la Corte – deve essere conforme all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (cd. direttiva servizi), che è pacificamente attratta all'area della tutela della concorrenza, in linea con quanto dichiarato dalla Corte di Giustizia dell'Unione

europea (sentenza 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14, Promoimpresa srl e C-67/15, Mario Melis e altri). La citata direttiva «impone – laddove l'attività sottesa all'affidamento in uso debba essere contingentata a causa della scarsità delle risorse naturali suscettibili di sfruttamento – procedure di evidenza pubblica per la scelta del concessionario, nonché una durata limitata del titolo assentito ed il divieto di norme volte ad avvantaggiare il concessionario uscente» (sent. n. 109 del 2018). Nel riconoscere che anche la mera estensione della possibilità di presentazione, da parte del titolare della concessione in scadenza, dell'istanza di proroga della stessa (prevista da una norma regionale dichiarata pertanto incostituzionale) «finisce con l'incidere sul regime di durata dei rapporti in corso, perpetuandone il mantenimento, e quindi rafforza, in contrasto con i principi del diritto UE sulla concorrenza, la barriera in entrata per nuovi operatori economici potenzialmente interessati alla utilizzazione, a fini imprenditoriali, delle aree del demanio marittimo»²⁶, la Corte ha stigmatizzato anche la condotta del legislatore statale, per non aver ancora provveduto a chiudere la stagione delle ripetute proroghe, inaugurata sin dal 2010. Con riguardo, in specie, alla recente ulteriore proroga, disposta con l'art. 12, comma 6-*sexies*, del d.l. n. 198 del 2022, convertito nella legge n. 14 del 2023²⁷, la Corte ha, infatti, non solo richiamato la lettera del Presidente della Repubblica, con cui quest'ultimo aveva ribadito il contrasto di tale previsione con il diritto dell'Unione europea²⁸,

²⁰ C. cost. 1° luglio 2013, n. 171, in G.U., 1ª serie speciale, 10 luglio 2013, n. 28.

²¹ C. cost. 11 aprile 2018, n. 109, in G.U., 1ª serie speciale, 6 giugno 2018, n. 23.

²² C. cost. 16 aprile 2024, n. 109, in G.U. 1ª serie speciale, 26 giugno 2024, n. 26.

²³ C. cost. 8 maggio 2018, n. 118, in G.U., 1ª serie speciale, 13 giugno 2018, n. 24.

²⁴ C. cost. 9 gennaio 2019, n. 1, in G.U., 1ª serie speciale, 16 gennaio 2019, n. 3.

²⁵ C. cost. 15 aprile 2019, n. 86, in G.U., 1ª serie speciale, 17 aprile 2019, n. 16.

²⁶ C. cost. 16 aprile 2024, n. 109, in G.U. 1ª serie speciale, 26 giugno 2024, n. 26.

²⁷ Si tratta del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 (Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi), come introdotto dalla legge di conversione 24 febbraio 2023, n. 14.

²⁸ Contestualmente alla promulgazione della legge di conversione, il Presidente della Repubblica

ma ha anche evocato la più recente giurisprudenza amministrativa in tema²⁹, in cui si era prefigurata la disapplicazione della normativa statale contrastante con l'art. 12 della citata direttiva 2006/123/CE, in linea, peraltro, con una nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul medesimo tema (sentenza 20 aprile 2023, nella causa C-348/22, Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Comune di Ginosa).

Sempre in vista dell'obiettivo della realizzazione di un «mercato aperto e in libera concorrenza», la Corte ha salvato norme statali, pur incidenti su materie di competenza regionale, con funzioni evidentemente *antitrust*, per certi versi ritenute «integrative» (o specificative) delle «regole generali» *antitrust* contenute nella l. n. 287/90. È ciò che è accaduto, ad esempio, nel caso delle norme aventi ad oggetto la delimitazione delle attività di società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti, in quanto volte ad «impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza» in forza della loro posizione di privilegio (sent. n. 326 del 2008³⁰). Come anche nel caso della disciplina statale volta a determinare, in modo uniforme, il sistema di tariffazione dei servizi aeroportuali forniti in regime di esclusiva (cd *price cup*), finalizzata anch'essa «ad evitare che il concessionario sfrutti il proprio potere di

mercato applicando tariffe ingiustificatamente gravose, attuando pratiche abusive a danno dei consumatori» (sent. n. 51 del 2008³¹). Simili previsioni – ha puntualizzato la Corte – rientrano nella tutela della concorrenza essendo qualificabili quali misure volte ad «evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati» (sent. n. 326 del 2008) o che un «concessionario estenda abusivamente la propria posizione dominante in mercati contigui» (sent. n. 51 del 2008³²).

IV. Gli sviluppi della configurazione composita della tutela della concorrenza: liberalizzazione, regolazione del mercato e promozione della concorrenza in vista della efficienza e competitività del sistema economico

Il giudice costituzionale ha ribadito a più riprese la natura «composita» della tutela della concorrenza, comprensiva delle misure *antitrust* e di quelle volte ad assicurare la concorrenza sia «nel mercato» che «per il mercato» (fra le tante, sent. n. 45 del 2010³³). Quanto a queste ultime, le ha individuate in quelle finalizzate a determinare «la riduzione o l'eliminazione di vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra le imprese, che (come tale) non può tollerare differenziazioni nel territorio nazionale» (sent. n. 247 del 2010³⁴); misure in quanto tali idonee ad «incidere sull'equilibrio economico

aveva, infatti, inviato, in data 24 febbraio 2023, una lettera ai Presidenti delle due Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri, segnalando i richiamati profili problematici.

²⁹ Si fa riferimento sia alle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, sia alle successive sentenze del Consiglio di Stato, sezione VI, 28 agosto 2023, n. 7992 e 1° marzo 2023, n. 2192.

³⁰ C. cost. 1° agosto 2008, n. 326, in G.U., 1ª serie speciale, 6 agosto 2008, n. 33.

³¹ C. cost. 7 marzo 2008, n. 51, in G.U., 1ª serie speciale, 12 marzo 2008, n. 12.

³² V. *supra* nota 21.

³³ C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, in G.U., 1ª serie speciale, 17 febbraio 2010, n. 7.

³⁴ C. cost. 8 luglio 2010, n. 247, in G.U., 1ª serie speciale, 14 luglio 2010, n. 28.

generale»³⁵. Di simili misure ha anche riaffermato la derivazione comunitaria rivelando la strumentalità delle stesse non alla concorrenza in sé, ma ai principi sui quali l'intero ordinamento comunitario fin dalle origini è stato costruito. Esse, infatti, «tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi» (sent. n. 45 del 2010³⁶) che, in quanto principi generali del diritto comunitario, si impongono anche al legislatore nazionale, chiamato a rispettare gli obblighi internazionali: pertanto, quest'ultimo dovrà dettare una disciplina che rispetti i principi della tutela della concorrenza posti dalla normativa comunitaria in quanto strumentali ad assicurare le libertà comunitarie.

È ancora con riferimento specifico alle misure volte a tutelare la concorrenza «nel mercato» e «per il mercato» – e non alle misure specificamente *antitrust* – che la Corte costituzionale ha, poi, ulteriormente precisato lo «statuto costituzionale» della concorrenza, rilevando la sostanziale continuità fra gli «sviluppi ormai consolidati nell'ordinamento europeo e internazionale» e la propria giurisprudenza sul tema. Quest'ultima ha letto, nelle pieghe dell'art. 41 Cost., il riconoscimento di un principio generale, non già di libertà di concorrenza, ma di liberalizzazione delle attività economiche, espressamente consacrato dall'art. 3, c. 1 e 2 d.l. n. 138 del 2011³⁷ oggetto del giudizio, nella parte in cui afferma che «è permesso tutto ciò che

non è espressamente vietato dalla legge». Tale principio – ha proclamato – «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale» (sent. n. 200 del 2012³⁸)³⁹. «Una politica di ri-regolazione» – ha precisato la Corte – «tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze» (sent. n. 200 del 2012⁴⁰) determinando l'efficienza e la competitività del sistema economico. In altri termini, in tal modo la Corte ha ravvisato in una regolazione del mercato «razionale» e cioè non «ingiustificatamente intrusiva», (*id est* «non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti»), uno degli strumenti di promozione della concorrenza perseguita, a sua volta, solo se ed in quanto capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico (efficienza e competitività), inevitabilmente incidenti anche sugli operatori economici, sui con-

³⁸ C. cost. 20 luglio 2012, n. 200, in G.U., 1^a serie speciale 25 luglio 2013, n. 30.

³⁹ Nella specie la Corte ricorda che la norma impugnata conteneva l'indicazione che il legislatore statale o regionale «può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica come l'art. 41 Cost. richiede». Nello stesso senso v. anche C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, in G.U., 1^a serie speciale, 27 dicembre 2012, n. 51; C. cost. 23 gennaio 2013, n. 8, in G.U., 1^a serie speciale, 30 gennaio 2013, n. 5 e sent. n. 8 del 2013.

⁴⁰ V. *supra* nota 28.

³⁵ Su tali basi la Corte ha, ad esempio, escluso che si potessero considerare tali quelle adottate dalla Regione recanti il divieto di commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti: sent. n. 247 del 2010 (su cui v. nota 24).

³⁶ V. *supra* nota 23.

³⁷ D.l. 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), conv., con modif., dalla l. 14 settembre 2011 n. 148.

sumatori e sugli stessi lavoratori, in perfetta armonia con i principi dell'ordinamento comunitario (come affermato nella sent. n. 14 del 2004⁴¹), ma anche «all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali» ed in specie nel rispetto dell'utilità sociale individuata dall'art. 41 Cost. Tuttavia, nella specie, sembra aver identificato la regola (il principio di liberalizzazione) nell'assenza di regolazione («è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge») delle condotte degli operatori economici, in vista del superiore e preminente interesse dell'efficienza e competitività del sistema economico nel suo complesso, assegnando alla regolazione una valenza di «eccezione» atta essenzialmente a correggere le dinamiche economiche non compatibili con l'utilità sociale, del cui contenuto non viene fornita una chiave di lettura, ma che sembra comunque proporsi principalmente come strumentale al medesimo obiettivo dell'efficienza e competitività del sistema economico (non necessariamente coincidente con la garanzia della libertà di concorrenza) e solo residualmente alla tutela di altri beni costituzionalmente tutelati.

Sulla base dei predetti argomenti, la Corte ha, in più occasioni, affermato che «la normativa statale volta all'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali, oltre ad attuare un principio di liberalizzazione, rimuovendo vincoli e limiti alle modalità di esercizio delle attività economiche a beneficio dei consumatori, favorisce “la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore. Si tratta, dunque, di misure coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale del mercato di riferimento relativo

alla distribuzione commerciale” (sentenza n. 104 del 2014, che riprende le sentenze n. 38 del 2013 e n. 299 del 2012)» (sent. n. 98 del 2017⁴²). Ma «la totale liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali non costituisce una soluzione imposta dalla Costituzione, sicché lo Stato potrà rivederla in tutto o in parte, temperarla o mitigarla. Nondimeno, nel vigore del divieto di imporre limiti e prescrizioni sugli orari, stabilito dallo Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva a tutela della concorrenza, la disciplina regionale che intervenga per attenuare il divieto risulta illegittima sotto il profilo della violazione del riparto di competenze» (sent. n. 239 del 2016⁴³; in senso analogo v. anche sent. n. 125 del 2014⁴⁴). In tal modo la Corte ha demandato al variabile intervento del legislatore statale l'identificazione della linea di confine fra il “commercio” (materia di competenza regionale residuale) e la tutela della concorrenza e quindi l'effettivo contenuto di quest'ultima (intesa nel suo aspetto “promozionale”).

La medesima prospettiva è quella che ha condotto la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme regionali volte ad impedire che il servizio di autotrasporto (non di linea) su strada di persone, a chiamata, con l'attribuzione di corresponsione economica, fosse svolto da soggetti diversi da quelli abilitati ad effettuare il servizio di taxi o di noleggio con conducente (NCC), pena l'applicazione di sanzioni amministrative. «Definire quali soggetti siano abilitati a offrire talune tipologie di servizi» – ha puntualizzato la Corte – «è decisivo ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica: si tratta di una scelta che impone un limite alla

⁴² C. cost. 10 maggio 2017, n. 98, in G.U., 1^a serie speciale, 17 maggio 2017, n. 20.

⁴³ C. cost. 11 novembre 2016, n. 239, in G.U., 1^a serie speciale, 16 novembre 2016, n. 46.

⁴⁴ C. cost. 15 maggio 2014, n. 125, in G.U., 1^a serie speciale, 21 maggio 2014, n. 22.

⁴¹ V. *supra* nota 11.

libertà di iniziativa economica individuale e incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato. Sicché, tale profilo rientra a pieno titolo nell'ampia nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost.» (sent. n. 265 del 2016⁴⁵, relativa al cd caso Uber). Una simile disciplina regionale, pur conforme alla normativa statale contenuta nella legge quadro «per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea» (legge n. 21 del 1992) ed orientata, così come la normativa statale citata, a «garantire le esigenze sociali di mobilità e la sicurezza dei passeggeri, attraverso il controllo di requisiti personali dei conducenti e garanzie di efficienza degli autoveicoli», certificati mediante il rilascio di apposite licenze o autorizzazioni, è stata ritenuta comunque illegittima. Essa ha regolato un ambito in cui è solo al legislatore statale che spetta «definire i punti di equilibrio fra il libero esercizio di attività siffatte [le attività economiche connesse al settore degli autotrasporti non di linea] e gli interessi pubblici con esso interferenti» (sentenza n. 30 del 2016⁴⁶). E tale punto di equilibrio, nella specie, tenuto conto della recente emersione di talune forme di trasporto di persone a chiamata, rese possibili dalla diffusione di nuovi strumenti tecnologici, e dei cambiamenti economici e sociali conseguenti, sembrerebbe ravvisato dalla Corte, in linea con il principio di liberalizzazione, in attesa della «ri-regolazione» statale del settore più adeguata al nuovo contesto (che pure si auspica), in una de-regolazione che assegna esclusivo rilievo alle ragioni della concorrenzialità del mercato e lascia in disparte gli interessi pubblici interferenti (fra cui, ad es., la sicurezza dei passeggeri).

Sempre con riguardo al settore del trasporto di viaggiatori mediante noleggio di autoveicolo con conducente (NCC), configurabile quale autoservizio pubblico non di linea, d'altronde, la Corte costituzionale era già intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme di legge regionale che stabilivano il divieto di incremento del parco mezzi con autobus usati. Tale settore di recente era stato fatto oggetto di una nuova regolazione statale secondo cui «l'esercizio dell'attività di trasporto di viaggiatori su strada rientra nella sfera della libertà di iniziativa economica ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione, cui possono essere imposti esclusivamente vincoli per esigenze di carattere sociale o prescrizioni finalizzate alla tutela della concorrenza secondo quanto previsto dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (comma 1)». Su tali premesse, la Corte ha ritenuto che «restringendo la libertà di esercizio dell'attività di noleggio bus con conducente – con l'imposizione del divieto di incremento del parco mezzi con autobus usati» – la norma regionale contestata non solo comportasse «maggiori oneri in capo alle imprese di trasporto aventi sede in Piemonte rispetto a quelle situate in altre regioni, ma [fosse] altresì idonea a produrre l'effetto (nel caso in cui l'impresa non abbia le maggiori risorse necessarie per comprare un autobus nuovo) di impedire irragionevolmente l'espansione dell'attività delle imprese stesse e, dunque, di limitare la concorrenza e con essa le possibilità di scelta da parte dei committenti (sentenze n. 47 del 2015 e n. 97 del 2014)». Pertanto, la Corte ha ritenuto che la previsione censurata eccedesse, «i limiti entro i quali il legislatore regionale può disciplinare la materia, di sua competenza residuale, del trasporto pubblico locale, dato che fra tali limiti vi è quello del rispetto del bilanciamento operato dal legislatore statale nella materia trasversale e prevalente, ad esso affidata in

⁴⁵ C. cost. 15 dicembre 2016, n. 265, in G.U., 1^a serie speciale, 21 dicembre 2016, n. 51.

⁴⁶ C. cost. 17 febbraio 2016, n. 30, in G.U., 1^a serie speciale, 24 febbraio 2016, n. 8.

via esclusiva, della «tutela della concorrenza» (sent. n. 30 del 2016)⁴⁷ fra i vari interessi coinvolti, eventualmente riconducibili all'utilità sociale.

Nell'esercizio dell'indicata competenza spetta, dunque, al legislatore statale il potere di «definire il punto di equilibrio fra il libero esercizio dell'attività di trasporto e gli interessi pubblici interferenti con tale libertà (art. 1, comma 4, della legge n. 218 del 2003)» ovvero «fra la libertà di iniziativa economica e gli altri interessi costituzionali» (sent. n. 56 del 2020⁴⁸). Punto di equilibrio che, secondo la giurisprudenza costituzionale, se in astratto può corrispondere, in via eccezionale, all'individuazione di «limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche» (sent. n. 30 del 2016, richiamata dalla sent. n. 56 del 2020), con specifico riguardo al servizio di NCC è stato rintracciato nella previsione di tutta una serie di misure (come l'obbligo di ricevere le richieste di prestazioni e le prenotazioni presso la rimessa o la sede, anche con l'utilizzo di strumenti tecnologici, o anche l'obbligo di compilare e tenere un «foglio di servizio») per un verso «adeguate ad assicurare l'effettività del fondamentale divieto per i vettori NCC di rivolgersi a un'utenza indifferenziata senza sottostare al regime del servizio pubblico di piazza, e per altro verso impositive di un onere a carico dei vettori NCC rapportato alle caratteristiche del servizio offerto – che presuppone pur sempre un'apposita e nominativa richiesta di prestazione – e non eccessivamente gravoso» (sent. n. 56 del 2020).

⁴⁷ In senso analogo v. C. cost. 11 gennaio 2019, n. 5, in G.U., 1^a serie speciale, 16 gennaio 2019, n. 3, in relazione a norma regionale recante il divieto di utilizzo di veicoli di età superiore a quindici anni che abbiano raggiunto una percorrenza di un milione di chilometri.

⁴⁸ C. cost. 26 febbraio 2020, n. 56, in G.U., 1^o serie speciale, 1 aprile 2020, n. 14.

In questa prospettiva è stata salvata, in un primo momento, anche la previsione del divieto temporaneo di rilascio di nuove autorizzazioni per il servizio di NCC fino alla piena operatività del registro informatico pubblico nazionale delle imprese del settore. Un simile divieto – si osservava – è giustificato «da ragioni di opportunità, avendo il fine di bloccare il numero delle imprese operanti nel settore per il tempo tecnico strettamente necessario ad adottare in concreto il nuovo registro» (sent. n. 56 del 2020), e non comporta un'irragionevole restrizione della concorrenza a vantaggio dei titolari di licenze per taxi, tenuto conto della diversità di quest'ultimo servizio «per modalità di svolgimento, regime tariffario, ambito di operatività, rapporti con l'utenza, eccetera».

Alcuni anni più tardi (precisamente cinque), tuttavia, la Corte, chiamata a giudicare della conformità al riparto costituzionale delle competenze di una norma di una legge calabrese, che disponeva il rilascio di autorizzazioni allo svolgimento del servizio di NCC in favore di un soggetto determinato ed entro il limite massimo di duecento autovetture, in contrasto, fra l'altro, con il divieto posto dal legislatore statale di rilascio delle autorizzazioni fino all'istituzione del registro informatico pubblico nazionale (non ancora avvenuta), mutava idea su quest'ultimo. E sollevava dinanzi a se stessa la questione di legittimità costituzionale proprio della previsione statale del citato divieto, denunciando la violazione dell'art. 41 Cost. e, in specie, della «libertà formale di accesso al mercato garantita dal primo comma» (ord. n. 35 del 2024⁴⁹), oltre che della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.

⁴⁹ C. cost. 7 febbraio 2024, n. 35, in G.U., 1^o serie speciale, 13 marzo 2024, n. 11.

Pur richiamando la precedente decisione, in cui il predetto divieto di rilascio delle autorizzazioni in attesa della creazione del registro informatico era stato ritenuto compatibile con il «punto di equilibrio tra il libero esercizio dell'attività di NCC – che si colloca a sua volta nel suo proprio mercato – e l'attività di trasporto esercitata dai titolari di licenze per taxi», la Corte ha preso atto del «permanere del blocco all'ingresso di nuovi NCC dopo più di cinque anni dalla entrata in vigore del d.l. n. 135 del 2018, come convertito» e ha ritenuto del tutto ingiustificato il protrarsi del «tempo tecnico» ritenuto necessario ad adottare in concreto il nuovo registro. Pertanto, mutando orientamento circa la portata della disposizione statale in questione, allora salvata in quanto valutata «secondo una logica statica», ora viceversa soggetta ad una valutazione «dinamica» (sent. n. 137 del 2024⁵⁰), ha ravvisato nella stessa «struttura» del «meccanismo normativo» da essa previsto, e nella sua «combinazione» con le modalità dirette a dare «piena operatività [a]ll'archivio informatico pubblico nazionale» – combinazione che consente di bloccare per un tempo indefinito il rilascio di nuove autorizzazioni per l'espletamento del servizio di NCC – i fondamenti dei dubbi di legittimità costituzionale.

Una simile previsione (di blocco del rilascio delle autorizzazioni per il servizio NCC conseguente al ritardo nella realizzazione del registro informatico) – ha precisato la Corte – «ha consentito e consente all'autorità amministrativa di erigere una indebita barriera all'entrata: il che preclude la concorrenza per il mercato, in contrasto con la libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost. (sentenze n. 8 del 2024, n. 171 e n. 117 del 2022 e n. 7 del 2021), in un settore già da tempo

«caratterizzato, come più volte ha rimarcato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (da ultimo, mediante segnalazione del 3 novembre 2023, rif. n. S4778), da una inadeguata apertura all'ingresso di nuovi soggetti» (sentenza n. 8 del 2024)».

Né tale limitazione potrebbe essere ricondotta – ad avviso della Corte – «a un qualche motivo di utilità sociale o a un interesse della collettività, rispondendo, al contrario, a un'istanza protezionistica che ha, non marginalmente, inciso sul benessere sociale e sugli interessi della collettività» (sent. n. 137 del 2024). Essa, infatti, nell'elevare una barriera alla libertà di accesso al mercato in un settore (quello dei servizi di autotrasporto non di linea) in cui la domanda è ampiamente superiore all'offerta, ha «danneggiato la popolazione anziana e fragile, che, soprattutto nelle metropoli, non è in grado di utilizzare (o anche semplicemente raggiungere) gli altri servizi di trasporto di linea, ma che ha stringenti necessità di mobilità che, in particolare, si manifestano in riferimento alle esigenze di cura. Ha compromesso le esigenze di accesso a una mobilità veloce, spesso indispensabile a chi viaggia per ragioni di lavoro. Ha recato danno al turismo e all'immagine internazionale dell'Italia».

La previsione in questione non obbedisce, in sostanza, secondo la Corte costituzionale, ad alcun interesse costituzionalmente rilevante che possa incarnare l'utilità sociale, che sola, oltre alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, può giustificare l'apposizione di limiti di ordine generale all'esercizio dell'iniziativa economica privata e della concorrenza. Ciò anche nel quadro dei principi dell'Unione europea, come dimostrato da una recente decisione della Corte di giustizia proprio in tema di servizio di NCC (Corte di giustizia UE, sentenza 8 giugno 2023, *Prestige and Limousine SL*), in cui quest'ultima ha ritenuto di «esaminare in modo rigoroso le preminenti finalità d'interesse generale

⁵⁰ C. cost. 3 luglio 2024, n. 137, in G.U., 1° serie speciale, 24 luglio 2024, n. 30.

che sono poste a presidio della disciplina limitativa» (sent. n. 137 del 2024), anche tenendo conto del ruolo cruciale che i «servizi di NCC sono deputati a svolgere, proprio in virtù dell'impiego dell'innovazione tecnologica, per "contribuire a conseguire l'obiettivo di una mobilità efficiente e inclusiva, grazie al loro livello di digitalizzazione e alla flessibilità nella fornitura di servizi» (sent. n. 36 del 2024).

Ancora in un'ottica di valutazione "a maglie strette" della compatibilità con i principi europei inerenti alla libertà di stabilimento e all'art. 12 della c.d. direttiva servizi (direttiva 2006/123/CE) di una previsione regionale recante la proroga – pur entro il termine massimo di trent'anni stabilito dal legislatore statale, peraltro simile quello contemplato da numerosi altri ordinamenti europei – delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche, la Corte ha attivato lo strumento del rinvio pregiudiziale. E lo ha fatto, presumibilmente, al fine di ottenere conforto dalla Corte di giustizia circa la perdurante legittimità della non applicazione dei principi concorrenziali di cui alle citate disposizioni europee nel caso della produzione di energia tramite impianti connessi a piccole derivazioni idroelettriche e quindi della sussistenza, nella specie, di un interesse prevalente rispetto a quei principi, comunque non tale da mettere a rischio l'obiettivo della efficienza e competitività del sistema economico. Ciò pur nella consapevolezza – viceversa non condivisa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵¹ – che tale

attività era da tempo configurata, anche alla luce della normativa e della giurisprudenza europea, quale attività di mera produzione di energia (distinta, quindi, dalla prestazione di servizi di cui al citato art. 12 della direttiva servizi), nella maggior parte dei casi contraddistinta da una «destinazione, in via prevalente, se non esclusiva, all'autoconsumo»⁵², oltre che da un «limitato impatto ambientale» e da «dimensioni relativamente ridotte», tali da ingenerare dubbi anche sulla sussistenza del requisito dell'incidenza sull'uso di una risorsa scarsa (ord. n. 161 del 2024⁵³).

V. Il controllo delle operazioni di concentrazione fra tutela della concorrenza e regolazione del mercato

Il collegamento strumentale fra regolazione del mercato, concorrenza, efficienza e competitività del sistema economico, da un lato, e "ragioni" di utilità sociale, spesso coincidenti con il predetto obiettivo della efficienza del sistema economico, e solo eccezionalmente ravvisate nella tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, dall'altro, era stato operato dalla Corte costituzionale già nella sent. n. 270 del 2010⁵⁴. E questa volta in riferimento

di Belluno –Rinnovo delle concessioni del piccolo idroelettrico", pubblicato nel Bollettino n. 34 del 26 agosto 2024.

⁵² Che l'autoconsumo sia «destinatario di una specifica normativa incentivante sia a livello europeo (direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili) sia a livello statale» lo aveva peraltro riconosciuto la stessa Corte nella sent. n. 265 del 2022 (C. cost. 10 novembre 2022, n. 265, in G.U., 1° serie speciale, 28 dicembre 2022, n. 52).

⁵³ C. cost. 3 luglio 2024, n. 161, in G.U., 1° serie speciale, 9 ottobre 2024, n. 41.

⁵⁴ V. *supra* nota 8.

⁵¹ Occorre ricordare, infatti, che ripetutamente l'Autorità in esame ha ravvisato il contrasto delle previsioni del legislatore nazionale sui rinnovi delle concessioni delle piccole derivazioni idroelettriche con la direttiva servizi. Di recente, v. AGCM, parere 27 maggio 2024 n. AS1981 "Provincia di Frosinone –Concessione derivazioni idroelettriche", pubblicato nel Bollettino n. 23 del 10 giugno 2024, nonché AGCM, parere 8 agosto 2024 n. AS2032 "Provincia

non alle misure di promozione della concorrenza, ma a quelle di tutela della stessa e cioè proprio alle misure *antitrust*. In tale sentenza la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una norma, l'art. 4 comma 4-*quinquies* d.l. n. 347/03, convertito dalla l. n. 39/04⁵⁵, volta ad autorizzare un'operazione di concentrazione (consistente nell'acquisizione di alcuni rami d'azienda di società sottoposte ad amministrazione straordinaria e nell'acquisizione del controllo esclusivo di altre società) in deroga al procedimento prescritto dalla l. n. 287/90, pur richiamando tutti i suoi precedenti sui fondamenti costituzionali della libertà di concorrenza, respingeva i dubbi di violazione della stessa libertà e quindi di contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. E ciò proprio sulla base dell'assunto che «la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento una protezione assoluta e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti». Più precisamente, la Corte rilevava la necessità che la regolazione del mercato – di cui quella recata dalla l. n. 287/90 costituisce un importante esempio, essendo essa dettata in attuazione dell'art. 41 Cost., senza tuttavia esserne l'unica possibile – rifletta il necessario equilibrio «tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41 comma 2 e 3 Cost. che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un

bilanciamento con la concorrenza». Fra i suddetti interessi, tuttavia, – ricordava anche la Corte – sono stati già annoverati interessi «collegati alla sfera economica, quali in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione (sentenza n. 20 del 1980⁵⁶), ovvero a quella di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda e offerta in un determinato settore (sentenza n. 63 del 1991⁵⁷), oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese (sentenza n. 439 del 1991⁵⁸) o anche l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo di imprese di determinate dimensioni (sentenza n. 64 del 2007⁵⁹)». La stessa valutazione *antitrust* relativa ad una operazione di concentrazione, d'altro canto, – osservava la Corte – implica la considerazione di una serie di elementi, fra i quali vi sono pure il «test di efficienza anche interna dell'esito dell'operazione» ed il «rilievo particolare e specifico dell'acquisizione di un'impresa in stato d'insolvenza» in vista degli obiettivi economici del mercato (competitività del mercato, efficienza del sistema economico). E ciò in linea con quanto stabilito in particolare dal regolamento comunitario sulle concentrazioni n. 139 del 2004⁶⁰, che consente «di apprezzare le eventuali efficienze generate dalle concentrazioni», nella prospettiva ultima della realizzazione degli obiettivi economici del mercato unico. In vista di un simile scopo – proseguiva la Corte – è compatibile con il mercato

⁵⁶ C. cost. 15 febbraio 1980, n. 20, in G.U., 1ª serie speciale, 20 febbraio 1980, n. 50.

⁵⁷ C. cost. 8 febbraio 1991, n. 63, in G.U., 1ª serie speciale, 13 febbraio 1991, n. 7.

⁵⁸ C. cost. 9 dicembre 1991, n. 439, in G.U., 1ª serie speciale, 18 dicembre 1991, n. 50.

⁵⁹ C. cost. 9 marzo 2007, n. 64, in G.U., 1ª serie speciale, 14 marzo 2007, n. 11.

⁶⁰ Reg. n. 139/2004/CE del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

⁵⁵ D.l. 23 dicembre 2003 n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), conv., con modif., dalla l. 18 febbraio 2004 n. 39.

comune anche una concentrazione che sia valutata negativamente alla stregua delle norme *antitrust* (in quanto volta a costituire o rafforzare una posizione dominante sul mercato nazionale tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza), allorquando, ad esempio, una delle imprese partecipanti alla concentrazione versi in uno stato di crisi o quando l'operazione di concentrazione si riveli «più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività da parte di una determinata impresa». Ed il fatto che sia previsto un controllo, a livello comunitario, svolto dalla Commissione ed eventualmente dal giudice comunitario nell'ipotesi in cui gli Stati membri adottino provvedimenti per tutelare interessi diversi da quelli connessi al mercato concorrenziale – osservava la Corte – «vale solo a distinguere gli interventi a fini protezionistici degli Stati», non ammessi, «da quelli dovuti ad interessi pubblici legittimi diversi dalla concorrenza»⁶¹, viceversa possibili.

In armonia con l'ordinamento comunitario, anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale, il controllo delle operazioni di concentrazione regolato dalla l. n. 287/90 implica – segnalava la Corte – una «valutazione che va al di là del controllo *ex post* sulla condotta delle imprese tipico della funzione di garanzia»: esso tocca «il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato» nella parte in cui si risolve nella verifica affidata all'Autorità *antitrust* circa «il perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale»; diviene una forma di regolazione generale del mercato nella parte in cui dà luogo al potere del Consiglio dei ministri di autorizzare, sia

pure eccezionalmente, operazioni di concentrazione vietate «per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea» (art. 25). E ciò in linea – a parere della Corte – con lo statuto dell'art. 41 Cost. che «consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito», legittimando ulteriori interventi del legislatore ordinario il quale può prevedere, con altri atti normativi, «la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del temperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato». Nella specie, il giudice costituzionale salvava la norma-provvedimento recante l'operazione di concentrazione, ravvisando sufficienti giustificazioni alla innegabile compressione non solo della libertà di concorrenza, ma anche dell'assetto concorrenziale del mercato da essa derivante, nella situazione di gravissima crisi nella quale versava un'impresa (sottoposta ad amministrazione straordinaria), che svolgeva il servizio del trasporto aereo (l'Alitalia) di cui doveva essere garantita la continuità in un settore particolare, «notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti».

VI. Tutela della concorrenza, regolazione del mercato ed aiuti di Stato:
nozione, ammissibilità sul piano costituzionale, regime dei controlli fra UE ed ordinamento nazionale

Se con riguardo alla disciplina del controllo delle concentrazioni la Corte costituzionale, solo di recente, ha espressamente

⁶¹ A tal proposito la Corte richiamava affermazioni contenute nella Relazione sulla politica della concorrenza inerente all'anno 2009, redatta dalla Commissione europea il 3 giugno 2010.

provveduto a qualificarla, come si è detto, come un esempio di regolazione del mercato non necessariamente riconducibile ad un profilo di tutela della concorrenza, quanto piuttosto di realizzazione degli obiettivi di efficienza e stabilità del sistema economico e del mercato nazionale (come dimostrato dal riferimento anche alla disciplina vigente in altri paesi europei) e del mercato unico in ambito comunitario, in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato, questa “consapevolezza” della sua natura “complementare” rispetto alla disciplina della concorrenza è assai più risalente nel tempo. Già nella sent. n. 120 del 1969⁶², la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una delibera legislativa della Regione Sicilia che disponeva aiuti diretti a sostenere il prezzo del mercato degli agrumi e che, tuttavia, non era stata notificata preventivamente alla Comunità economica europea ai sensi dell’art. 93 del Trattato CEE (attuale 108 TFUE) – accoglieva la questione in riferimento all’art. 11 Cost., fornendo utili precisazioni. In specie, essa identificava, tra gli obblighi nascenti appunto dal Trattato e vincolanti gli Stati membri (e quindi, al loro interno, anche le Regioni), anche quello, stabilito dall’art. 93, di comunicare «i progetti diretti ad istituire o modificare aiuti» e cioè relativi a tutti gli «interventi che la mano pubblica può effettuare per modificare la formazione dei prezzi in regime di concorrenza: regime che il Trattato intende sostanzialmente tutelare, pur non disconoscendo la possibilità di legittimare tali interventi nell’interesse sociale, ma a condizione di parità di tutti gli Stati membri e quindi ordinariamente sotto il controllo e con l’autorizzazione degli organi comunitari». Più precisamente, il giudice costituzionale, nel confermare

l’ammissibilità degli aiuti nella prospettiva comunitaria, osservava tuttavia che «la struttura del Trattato, volto ad assicurare libertà e parità di accesso e di condizioni a tutti gli Stati membri sui mercati nazionali di ciascuno, non consente discriminazioni nelle operazioni di sostegno dei prezzi che, siano effettuati o no con l’apporto finanziario degli organi comunitari, rappresentano sempre attività dirette a modificare le condizioni di concorrenza e soggetti perciò al vaglio di merito della loro opportunità, ai fini della possibile autorizzazione». Numerose sono state le occasioni in cui tale impostazione è stata implicitamente ribadita, nelle quali Corte si è tuttavia limitata a pronunciarsi sul rispetto o meno del predetto obbligo di comunicazione di progetti recanti probabili “aiuti di Stato” alle competenti autorità comunitarie da parte, in specie, delle Regioni, configurando l’eventuale violazione del medesimo obbligo quale vizio di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 11 Cost.: talora ha accolto le censure, talaltra le ha respinte, all’esito di un accertamento di fatto, volto a verificare – in linea con l’ottica comunitaria “sostanzialistica” – l’intervenuta comunicazione ovvero il parere della Commissione che escludeva la configurazione in termini di aiuti di Stato degli interventi programmati ovvero ancora l’avvenuta informale comunicazione delle modifiche apportate al progetto originario, ove non sulla base di una interpretazione in *bonam partem* delle disposizioni legislative *sub iudice*.

È però ancora una volta nelle pronunce meno risalenti che la Corte è giunta a precisare le ragioni comunitarie e costituzionali e le condizioni dell’ammissibilità degli aiuti di Stato, nell’ambito della più generale regolazione del mercato. Nel puntualizzare la *ratio* e la portata applicativa degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE (ora 107 e 108 TFUE), in specie con riguardo alle ipotesi in cui per taluni aiuti

⁶² C. cost. 8 luglio 1969, n. 120, in G.U., 1ª serie speciale, 16 luglio 1969, n. 179.

(di importo poco elevato) non si configura neppure il richiamato obbligo di notificazione, essendo essi implicitamente ammessi, la Corte ha, dapprima, rivelato che «se qualsiasi intervento finanziario accordato da uno Stato ad un'impresa può falsare in modo più o meno significativo la concorrenza, costituendo uno svantaggio per gli imprenditori che non ne beneficiano, non tutti gli aiuti hanno un impatto sensibile sugli scambi e sulla concorrenza fra gli Stati membri» (sent. n. 85 del 1999⁶³). Pertanto – proseguiva la Corte – per gli aiuti di «importo poco elevato che sono generalmente accordati alle piccole e medie imprese (cosiddetti aiuti *de minimis*) e che sono per lo più gestiti da enti locali o regionali, la Commissione ha introdotto nel 1992 una regola, detta appunto *de minimis* che fissa una cifra assoluta al di sotto della quale (...) si può considerare non applicabile l'art. 92, paragrafo 1, del Trattato di Roma [oggi art. 107 TFUE] (...)», regola che tuttavia opera solo ove non vi siano speciali regolamentazioni comunitarie e la cui corretta applicazione implica l'esclusivo potere qualificatorio dei competenti organi comunitari (in specie della Commissione).

Poi, proprio richiamando l'attenzione sul peculiare regime (di favore) riconosciuto a livello comunitario, fra l'altro, agli aiuti *de minimis* (ma anche ai cd fondi strutturali ed agli aiuti alle piccole e medie imprese), la Corte ha, con la sent. n. 14 del 2004⁶⁴, portato alla massima espansione il riconoscimento dell'ammissibilità degli aiuti di Stato (e quindi delle deroghe al divieto degli stessi), invocandoli, genericamente, come «forme» di intervento diretto sul mercato delle istituzioni pubbliche e qualificandoli come «funzionali

alla promozione di un mercato competitivo», guardati «con favore» dalla stessa Comunità ove orientati «ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale». Il «regime degli aiuti riguardanti sia il campo agricolo sia gli altri settori produttivi, sui quali l'azione della Comunità è sinora in larga parte intessuta» – ha precisato la Corte – fa parte delle regole comunitarie della concorrenza, come dimostrato dalla stessa sistematica del Trattato, che inserisce le norme relative, appunto, agli aiuti – in specie alle deroghe al divieto degli stessi – all'interno del Titolo V rubricato «Regole della concorrenza». Anche il Regolamento CE della Commissione n. 69/2001 del 12 gennaio 2001, sugli aiuti *de minimis* (ora abrogato), «non si discosta da una visione della concorrenza come obiettivo da promuovere: (...) tali aiuti sono concepiti come fattore di sviluppo da favorire anche mediante la rimozione delle procedure di autorizzazione per singoli interventi, le quali sono addirittura valutate come un inutile intralcio alla realizzazione di una più equilibrata competizione nei diversi settori produttivi». In questa prospettiva la Corte ha ricondotto alla tutela della concorrenza sia gli interventi di sostegno finanziario al settore produttivo tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero, consentiti dalla legge finanziaria per il 2001⁶⁵ e volti a garantire uno «sviluppo equilibrato del sistema produttivo nazionale, per assicurarli competitività in vista della realizzazione del mercato unico europeo», sia le agevolazioni (sotto forma di credito di imposta per i titolari di reddito di impresa) per gli investimenti nelle aree svantaggiate di cui alla predetta legge finanziaria, identificate dalla medesima Commissione europea, in pretesa linea con quanto previsto

⁶³ C. cost. 23 marzo 1999, n. 85, in G.U., 1ª serie speciale, 31 marzo 1999, n. 13.

⁶⁴ V. *supra* nota 11.

⁶⁵ Si trattava della l. 23 dicembre 2000 n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001).

dallo stesso art. 87, § 3, lett. a) e c), del Trattato CE (ora art. 3 TUE).

L'ampiezza e la genericità del riconoscimento di aiuti di Stato, ritenuti ammissibili e compatibili con la concorrenza, contenuto nella richiamata decisione – parallela all'ampiezza e genericità del concetto di concorrenza ivi pure configurato – non hanno mancato di sollevare perplessità e di stimolare un mutamento di atteggiamento della stessa Corte nelle decisioni successive, decisamente più cauto e severo sia nel ravvisare aiuti di Stato in corrispondenza di qualsiasi intervento pubblico sul mercato, sia nell'identificarne i presupposti di ammissibilità, sia nell'escluderne la riconducibilità alla tutela della concorrenza, anche alla stregua della normativa comunitaria. È così che, ad esempio, in relazione al sistema di tariffazione dei servizi aeroportuali offerti in regime di esclusiva (c.d. *price cap*), ha escluso che potesse ritenersi aiuto di Stato, precisando che di tale meccanismo, volto a determinare le misure dei diritti aeroportuali sulla base di un calcolo che commisura il prezzo delle prestazioni rese dai gestori a parametri obiettivi, fondati sulla redditività dell'investimento, si avvantaggiano tutti i vettori, italiani e stranieri, e manca dunque «l'elemento della selettività, che è connotato necessario della nozione di aiuto di Stato» secondo la giurisprudenza comunitaria (sent. n. 51 del 2008⁶⁶). Così pure, la Corte ha escluso la riconducibilità di misure regionali di sostegno in favore di rivenditori di generi di monopolio, nonché di incentivi per la creazione di imprese da parte delle donne nei settori dell'artigianato, commercio, turismo e servizi, alla tutela della concorrenza, pur ravvisando in dette misure i caratteri degli aiuti di Stato *de minimis* (sent. n. 217 del 2012⁶⁷). E l'ha fatto ricordando

non solo che «in tema di aiuti di Stato (artt. 107 e 108 TFUE, già art. 87 e 88 TCE) (...) sono vietati gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza e che incidano sugli scambi tra Stati membri», ma anche che «non tutti gli aiuti hanno un impatto sensibile sugli scambi e sulla concorrenza fra gli Stati membri», motivo per il quale «per gli aiuti di importo poco elevato, generalmente accordati alle piccole e medie imprese e che sono per lo più gestiti da enti locali o regionali, nella disciplina attuativa del Trattato è stata introdotta una regola, detta *de minimis*, che fissa una cifra assoluta al di sotto della quale (...) l'aiuto non è più soggetto all'obbligo di comunicazione». Nella stessa prospettiva, con riferimento all'istituzione di un Fondo per il finanziamento degli interventi consentiti negli Orientamenti UE sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, ha chiarito che esso è strumentale al conseguimento degli obiettivi delineati dalla stessa Comunicazione della Commissione, che corrispondono a «ragioni di politica sociale o regionale» connesse ai positivi effetti economici dell'attività delle piccole e medie imprese, o anche, «in via eccezionale», all'«opportunità di conservare una struttura di mercato concorrenziale nel caso in cui la scomparsa di imprese possa determinare una situazione di monopolio od oligopolio ristretto» (sent. n. 63 del 2008⁶⁸).

In questa linea, pur confermandosi che «non sussiste, comunque, una potestà statale esclusiva in materia di incentivi e aiuti alle imprese (sentenza n. 63 del 2008)», posto che «anche la legislazione regionale, volta a prevedere contributi e aiuti può ritenersi conforme al riparto costituzionale delle materie, qualora

⁶⁶ V. *supra* nota 21.

⁶⁷ C. cost. 13 settembre 2012, n. 217, in G.U., 19 febbraio 2012, n. 37.

⁶⁸ V. *supra* nota 18.

sia coerente con la disciplina del diritto dell'Unione europea sugli aiuti di Stato (sentenza n. 217 del 2012)» (sent. n. 98 del 2017⁶⁹), è stata salvata una norma regionale che introduceva «una serie di incentivi per un'ampia categoria di beneficiari che vanno dalle “micro, piccole e medie imprese”, ai consorzi, sino ad arrivare, attraverso l'integrazione prevista dalla disposizione impugnata, ai “centri commerciali naturali”. E ciò anche in considerazione dell'espresso riferimento al regolamento della Commissione n. 1407/2013/UE (Regolamento della Commissione, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *«de minimis»*), che fissa una cifra assoluta al di sotto della quale l'aiuto non è soggetto all'obbligo della comunicazione, così da definire la soglia dei contributi erogabili in termini tali da escludere la possibile conflittualità degli stessi con la normativa dell'Unione europea» e da individuare gli «incentivi che non alterano il mercato» (ancora sent. n. 98 del 2017).

Una valutazione rigorosa ma, ad un tempo, coerente con la normativa europea e con una “valutazione” della tutela della concorrenza come strumento di “politica economica” emerge anche là dove la Corte, pur ripetendo l'idea che «la disciplina degli aiuti pubblici – o meglio delle deroghe al divieto di aiuti pubblici, compatibili con il mercato interno – rientra nell'accezione dinamica di concorrenza, la quale contempla, come detto, le misure pubbliche dirette a ridurre squilibri e a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo degli assetti concorrenziali», come si desume dalla stessa «sistematica del TFUE, che inserisce la disciplina degli aiuti concessi dagli Stati all'interno del Titolo VII, al Capo I, rubricato «Regole di

concorrenza» “(sentenza n. 14 del 2004)” (sent. n. 83 del 2018⁷⁰), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale che, in deroga alla normativa statale, escludeva che si procedesse alla «revoca e al recupero degli aiuti previsti in favore dell'imprenditoria femminile, anche quando siano venuti meno i presupposti per la loro erogazione» (sent. n. 83 del 2018). Nel ripetere che «l'intervento dello Stato si giustifica quando, per l'accessibilità a tutti gli operatori e per l'impatto complessivo, è idoneo ad incidere sull'equilibrio economico generale», ha precisato che, con riguardo all'imprenditoria femminile, tale intervento «è dunque diretto a sostenere il livello degli investimenti (che si assume non ottimale) di una particolare categoria di operatori professionali, accrescendo in tal modo la competitività complessiva del sistema» al fine «di stimolare l'espansione in tutti i segmenti di mercato delle imprese a conduzione o a prevalente partecipazione femminile». Allorquando, tuttavia, vengano menati i citati presupposti giustificativi, l'intervento finisce con il pregiudicare illegittimamente le ragioni della concorrenza e, quindi, con il tradursi in un aiuto di Stato colpito dal divieto stabilito dalle norme europee.

Se con l'ord. n. 103 del 2008⁷¹ con cui la Corte, per la prima volta, operava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia circa l'interpretazione di alcune norme del Trattato (fra cui l'art. 87 del Trattato CE, ora art. 107 TFUE) in riferimento a disposizioni della Regione Sardegna inerenti ad imposte regionali, essa si trovava, incidentalmente a richiedere appunto alla predetta Corte europea una chiarificazione proprio attorno alla

⁶⁹ C. cost. 10 maggio 2017, n. 98, in G.U., 1^a serie speciale, 17 maggio 2017, n. 20.

⁷⁰ C. cost. 20 aprile 2018, n. 83, in G.U., 1^a serie speciale, 26 aprile 2018, n. 17.

⁷¹ C. cost. 15 aprile 2008, n. 103, in G.U., 1^a serie speciale, 16 aprile 2008, n. 17.

configurazione di taluni interventi quali aiuto di Stato, con la sent. n. 185 del 2011⁷² provvedeva direttamente e puntualmente a fornire specifiche indicazioni in merito. Ancora una volta in un'ottica di delimitazione dell'operatività degli aiuti e di consapevolezza della sostanziale loro contrarietà (di regola) alla tutela della concorrenza, la Corte precisava che la nozione di aiuto Stato, ben più ampia di quella di sovvenzione, si ravvisa ogniqualvolta si sia in presenza di «intervent[i] dello Stato o di una sua articolazione o comunque effettuat[i] mediante risorse pubbliche», che possono consistere non solo in prestazioni positive, ma anche in misure che, in varie forme, alleviano gli oneri che gravano sul bilancio dell'impresa. Tali interventi devono, inoltre, essere «idone[i] ad incidere sugli scambi tra Stati membri», devono «concedere un vantaggio al [...] beneficiario», vantaggio che «deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (sentenza Altmark, causa C-280-00 del 24 luglio 2003)», e devono altresì «superare i limiti al disotto dei quali l'intervento può essere considerato di "importanza minore" (*de minimis*) ai sensi del regolamento n. 1998 del 2006 della Commissione del 15 dicembre 2006». Tale definizione è stata, poi, più volte ripetuta e puntualizzata. In particolare, la Corte ha precisato, più diffusamente, che i requisiti costitutivi della nozione di aiuto di Stato «possono essere così sintetizzati: a) intervento da parte dello Stato o di una sua articolazione o comunque impiego di risorse pubbliche a favore di un operatore economico che agisce in libero mercato; b) idoneità di tale intervento ad incidere sugli scambi tra Stati membri; c) idoneità dello stesso a concedere un vantaggio al suo beneficiario in modo tale da falsare o minacciare di falsare la concorrenza (Corte

di giustizia dell'Unione europea, sentenza 17 novembre 2009, C-169/08); d) dimensione dell'intervento superiore alla soglia economica minima che determina la sua configurabilità come aiuto «*de minimis*» ai sensi del regolamento della Commissione n. 1998/2006, del 15 dicembre 2006 (Regolamento della Commissione relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore «*de minimis*»)» (sent. n. 299 del 2013⁷³). Una simile nozione, tanto complessa, «può ritenersi integrata» – ha precisato la Corte – «soltanto ove sussistano tutti i presupposti previsti dall'art. 87, n. 1 Trattato CE (ora art. 107 TFUE)», per l'accertamento dei quali l'ordinamento comunitario ha delineato un «ben preciso riparto di competenze» (sent. n. 185 del 2011). In base a quest'ultimo, spetta alla «competenza esclusiva della Commissione, sotto il controllo del Tribunale e della Corte di giustizia, la verifica della compatibilità dell'aiuto con il mercato interno, nel rispetto dei regolamenti di procedura in vigore. Ai giudici nazionali spetta solo l'accertamento dell'osservanza dell'art. 108, n. 3, TFUE e cioè dell'avvenuta notifica dell'aiuto [...]. Solo a questo specifico fine» – precisa la Corte – «il giudice nazionale, ivi compresa questa Corte, ha una competenza limitata a verificare se la misura rientri nella nozione di aiuto».

Sul punto del riparto delle competenze in tema di aiuti di Stato, fra organi dell'Unione europea e giudici nazionali, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi di recente. Ed ha precisato che, «in base alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno rientra nella competenza

⁷² C. cost. 10 giugno 2011, n. 185, in G.U., 1ª serie speciale, 15 giugno 2011, n. 26.

⁷³ C. cost. 11 dicembre 2013, n. 299, in G.U., 1ª serie speciale, 18 dicembre 2013, n. 51. Negli stessi termini C. cost. 19 maggio 2020, n. 117, in G.U., 1ª serie speciale, 24 giugno 2020, n. 26.

esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto (*ex plurimis*, Corte di giustizia, sentenza 26 ottobre 2016, in causa C-590/14 P, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE; sentenza 15 settembre 2016, in causa C-574/14, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencyonalna SA; sentenza 19 marzo 2015, in causa C-672/13, OTP Bank Nyrt) (sent. n. 142 del 2018⁷⁴).

Nell'attuazione del sistema del controllo degli aiuti – ha proseguito la Corte costituzionale – ai giudici nazionali spetta, tuttavia, un ruolo “complementare e distinto”. Infatti, «ad essi compete, in specie, la salvaguardia, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica preventiva della misura alla Commissione da parte degli Stati membri, previsto dall'art. 108, paragrafo 3, TFUE. A tal fine, i giudici nazionali possono interpretare e applicare la nozione di “aiuto di Stato” per valutare se un provvedimento adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo debba esservi o meno soggetto, salva restando, in caso di dubbio, la possibilità di chiedere chiarimenti alla Commissione o, in alternativa, di sottoporre la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia (facoltà, quest'ultima, che diviene un obbligo ove si tratti di giudice di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE). Inoltre, spetta ai giudici nazionali trarre tutte le conseguenze della violazione del citato art. 108, paragrafo 3, TFUE, sia per quanto riguarda la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure di aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti concessi in violazione di tale norma» (sent. n. 142 del 2018).

Peraltro – ha ancora puntualizzato la Corte – la decisione della Commissione sugli aiuti di Stato, in forza dell'art. 288, paragrafo 4, del TFUE, è obbligatoria in tutti i suoi elementi nei confronti dello Stato destinatario e quindi impone ai giudici nazionali, «in base al principio di “primazia” del diritto dell'Unione di non applicare le norme interne contrastanti (che potrebbero ostacolare, cioè, l'attuazione della decisione stessa) (in termini generali, Corte di giustizia, sentenza 21 maggio 1987, in causa 249/85, Albako)», come riconosciuto anche «dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (tra le altre, sezione lavoro, sentenza 5 settembre 2013, n. 20413; sezione quinta civile, 12 settembre 2012, n. 15207; sezione quinta civile, 11 maggio 2012, n. 7319)» (sent. n. 142 del 2018).

Ove, tuttavia, il giudice nazionale dubiti della validità di una decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato, la Corte ha sottolineato che «egli può – e anzi deve – sospendere il giudizio in corso e investire la Corte di giustizia di un procedimento pregiudiziale per accertamento di validità, ai sensi dell'art. 267, paragrafo 1, lettera b), TFUE (per tutte, Corte di giustizia, grande sezione, 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, International Air Transport Association e altro; sentenza 22 ottobre 1987, in causa 314/85, Foto-Frost)» (ancora sent. n. 142 del 2018). E ciò senza che determini alcun pregiudizio la circostanza che «le parti del giudizio, legittimate a impugnare la decisione della Commissione» direttamente davanti alla Corte di giustizia e «decadute dalla relativa facoltà per scadenza del termine, non ne abbiano fatto richiesta (Corte di giustizia, sentenza 10 gennaio 2006, in causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze spa e altri)» (sent. n. 142 del 2018).

⁷⁴ C. cost. 5 luglio 2018, n. 142, in G.U., 1ª serie speciale, 11 luglio 2018, n. 28.

VII. La concorrenza fra autorità di regolazione e autorità garante della concorrenza e del mercato

Ulteriore elemento a conferma della natura “composita” della nozione di tutela della concorrenza che risulta dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, all’interno della quale spicca, sempre più distintamente negli anni, la declinazione di strumento di essa quale strumento di politica economica, conforme al modello dell’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, delineato dalle norme dell’Unione europea, sembra rappresentato dalle pur scarse, ma significative, valutazioni della Corte costituzionale rese sia in relazione alle autorità indipendenti istituite per i settori in via di liberalizzazione (i servizi di pubblica utilità di cui alla legge n. 481 del 1995), qualificate come autorità di “regolazione”, sia in relazione all’autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita dalla legge n. 287 del 1990 al fine specifico di garantire il rispetto delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Con riguardo alle prime la Corte ha affermato che l’istituzione di un’autorità indipendente in un settore, come quello del trasporto, è funzionale alla liberalizzazione (sent. n. 41 del 2013⁷⁵) e quindi alla promozione della concorrenza ed alla realizzazione di mercati concorrenziali (sent. n. 187 del 2013⁷⁶). Infatti, il settore del trasporto, come altri di pubblica utilità, «appare resistente più di altri all’ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l’altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle

reti quanto nell’offerta dei servizi» (sent. n. 41 del 2013). In questo contesto, la Corte ha segnalato che «è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti e, pertanto, è opportuno che il passaggio a un sistema liberalizzato sia accompagnato, come già è avvenuto per altri pubblici servizi, da una regolazione affidata ad un’Autorità indipendente, che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori del settore», e riduca «le criticità che potrebbero derivare dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, introducendo una distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati» (sent. n. 41 del 2013). Per questo motivo – precisa la Corte – «le funzioni conferite all’Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della *ratio* che ne ha ispirato l’istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano». In questa prospettiva, «compito dell’Autorità dei trasporti è (...) dettare una cornice di regolazione economica, all’interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito».

In sostanza – ha precisato la Corte – le competenze regolatorie conferite all’Autorità di regolazione dei trasporti non determinano interferenze con le competenze regionali e/o locali, in quanto «pur avendo attinenza con la materia del trasporto pubblico locale, perseguono precipuamente una finalità di promozione della concorrenza e quindi afferiscono alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.» (sent. n. 137 del 2018⁷⁷).

⁷⁵ C. cost. 15 marzo 2013, n. 41, in G.U., 1ª serie speciale, 20 marzo 2013, n. 12.

⁷⁶ C. cost. 12 luglio 2013, n. 187, in G.U., 1ª serie speciale, 17 luglio 2013, n. 29.

⁷⁷ C. cost. 9 maggio 2018, n. 137, in G.U., 1ª serie speciale, 4 luglio 2018, n. 27.

Quanto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita al fine di garantire il rispetto delle norme di "tutela" in senso stretto della concorrenza (norme *antitrust*), introdotte, sulla falsariga della normativa europea, con la legge n. 287 del 1990, la Corte costituzionale si è di recente espressa, fornendo alcune importanti precisazioni (sent. n. 13 del 2019⁷⁸). Nell'escludere la sua legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte stessa – e quindi nell'escludere la configurabilità dell'Autorità come "giudice *a quo*" – la Corte costituzionale ha, anzitutto, escluso che essa – sebbene configurata quale "indipendente" – sia contraddistinta dalla terzietà. Essa, infatti, «è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lettera l), e 134, comma 1, lettera c), dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevedono la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quella di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate». Tale veste di parte processuale – ha precisato la Corte – «riflette la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco». Essa, infatti, «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e

alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97)». Ciò emerge – rileva ancora la Corte – «con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge *antitrust* e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge *antitrust*)» (sent. n. 13 del 2019).

RAFFAELLA NIRO

Bibliografia

R. Bifulco, «La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)», in *Le Regioni*, 2008, p. 791; Buzzacchi, «Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario», in *Giur. cost.*, 2004, p. 277; F. Cintioli, «L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"», in *Dir. e soc.*, 2009, p. 383; G. Corso, «La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)», in *Dir. pubbl.*, 2002; Giampieretti, «Il principio costituzionale della libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni», in *Dir. soc.*, 2003, p. 439; Libertini, «I fini

⁷⁸ C. cost. 31 gennaio 2019, n. 13, in G.U., 1ª serie speciale, 6 febbraio 2019, n. 6.

sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia», in *Giur. cost.*, 2010, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, I ed., 1988; II ed., 1992, p. 457 ss.; A. Pace, «Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza?», in *Giur. cost.*, 2004; A. Pace, «Libertà “del” mercato e “nel” mercato», in *Pol. dir.*,

1993, p. 327 e ss.; L.F. Pace, «Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il “vincolo comunitario” imposto al legislatore nazionale: l’art. 1 l. n. 287/90», in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, p. 997; A. Palmieri – R. Pardolesi, «L’incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza», in *Foro it.*, 2010, parte I, p. 2913.

STATO DI DIRITTO E CONCORRENZA

Sommario: **I.** Introduzione – **II.** La nozione di Stato di diritto nel diritto dell'UE. – **III.** La giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione agli art. 2 e 19 tue e 47 della Carta dei diritti fondamentali – **IV.** La nozione sostanziale di Stato di diritto alla prova del diritto della concorrenza. – **V.** Il caso Sped-Pro e l'applicazione del principio di indipendenza e imparzialità dei giudici alle autorità garanti della concorrenza nazionali.

I. Introduzione

Il principio dello Stato di diritto è definitivamente entrato a far parte del patrimonio giuridico dell'Unione europea in forza dell'articolo 2 del TUE, collocandosi così tra i valori sui quali si fonda l'Unione europea. In virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha progressivamente attribuito allo Stato di diritto una valenza sostanziale e allo stesso tempo operativa, capace di includere anche i diritti fondamentali e di fornire loro una tutela non solo quali diritti individuali ma in occasione di violazioni di natura sistemica, rendendolo così un principio ben lontano dall'assumere una mera valenza simbolica, al punto che

uno Stato membro non può modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto¹.

La natura vincolante del principio dello Stato di diritto, inoltre, è stata di recente affermata dalla Corte di Giustizia in termini molto chiari quando ha riconosciuto che gli Stati dispongono di "identità nazionali distinte" e "di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto" e che tuttavia lo Stato di diritto costituisce un "obbligo di risultato" il cui raggiungimento non può "variare da uno Stato membro all'altro"² perché, comunque, gli Stati membri "aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro stesse tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo"³.

Sempre nelle sentenze del 16 febbraio 2022⁴, con le quali sono stati rigettati integralmente i ricorsi presentati da Ungheria e Polonia avverso il Regolamento n. 2020/20922⁵ ("Regolamento condizionalità"), i giudici del Kirchberg hanno

¹ C. giust. UE, 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, ECLI:EU:C:2021:311, punto 63, nota per aver enunciato il principio di non regressione.

² C. giust. UE, 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, punti da 263 a 265.

³ C. giust. UE, 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, punto 266.

⁴ C. giust. UE, 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98 e C. giust. UE, 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* ECLI:EU:C:2022:97.

⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

precisato, ancora una volta, che gli Stati sono tenuti al rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE, in quanto esso "costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro"⁶. E' infatti la stessa appartenenza all'Unione europea che si fonda sul riconoscimento e la condivisione dei valori elencati all'art. 2 TUE e "tale premessa fa parte delle caratteristiche specifiche ed essenziali del diritto dell'Unione, attinenti alla sua stessa natura, che risultano dall'autonomia di cui gode detto diritto nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale"⁷.

La giurisprudenza richiamata evidenzia, dunque, sia il fatto che la tutela dello Stato di diritto è assicurata tramite strumenti diversi e ulteriori rispetto all'art. 7 del TUE, ad esempio atti di diritto derivato quali il c.d. "Regolamento condizionalità" o la stessa giurisprudenza di Lussemburgo, sia la natura trasversale che il *rule of law* assume rispetto ai diversi settori del processo di integrazione europea, che investono pertanto anche il diritto della concorrenza e il mercato interno.

II. La nozione di Stato di diritto nel diritto dell'UE

La nozione di Stato di diritto che è stata sino ad oggi avallata nell'ordinamento dell'Unione europea ha natura sostanziale, includendo al suo interno la tutela dei diritti fondamentali quale sua componente essenziale. E' una caratteristica questa che

emerge sia dagli atti e documenti adottati dalle istituzioni europee in materia, sia dalla giurisprudenza di Lussemburgo. Sotto il primo profilo emblematica è la definizione contenuta nel Regolamento condizionalità all'art. 2 lett. a) in virtù della quale nella nozione di Stato di diritto rientrano "i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge"⁸. A livello giurisprudenziale invece il principio dello Stato di diritto ha trovato una sua specifica concretizzazione nel requisito dell'indipendenza dei giudici, attraverso la valorizzazione della connessione tra l'art. 2 TUE, l'art. 19 TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. In forza dell'art. 19 TUE sono gli Stati membri che devono predisporre a livello nazionale i rimedi giurisdizionali necessari a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, nei settori disciplinati da diritto dell'Unione, mentre in forza dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'UE sono stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale⁹. Il richiamo congiunto di queste due ultime disposizioni con l'art. 2 TUE consente di scrutinare la nozione di Stato di diritto

⁶ Tra le altre C. giust. UE, 21 dicembre 2021, causa C-357/19, *Euro Box Promotion e a.*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, EU:C:2021:1034, punto 162.

⁷ Parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 166 a 168.

⁸ Vedi anche Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, 11 marzo 2014, COM(2014)158, spec. p. 2.

⁹ Sull'art. 47 della Carta, *ex multis*, C. giust., ord. pres., 15 novembre 2018, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2018:910, punti 20-21.

con riferimento anche ai settori di competenza esclusiva degli Stati membri, come l'amministrazione della giustizia, al di là dei limiti posti dall'art. 51 della Carta e quindi oltre il campo di applicazione e attuazione del diritto dell'Unione. Ciò in considerazione del fatto che la locuzione "nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" di cui all'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, una volta interpretata e applicata assieme all'art. 2 TUE, prescinde dalla circostanza che l'azione dello Stato membro costituisca attuazione del diritto dell'Unione.

III. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione agli art. 2 e 19 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali

La prima sentenza della Corte di giustizia UE a stabilire un legame tra gli artt. 2 e 19 TUE è stata la sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*¹⁰, ove i giudici di Lussemburgo riconducono la garanzia dell'indipendenza del giudice nell'ambito dell'obbligo gravante sugli Stati membri di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, mettendo così in rilievo il ruolo fondamentale, all'interno del sistema giurisdizionale dell'Unione, dei giudici nazionali, i quali concorrono ad "assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati"¹¹.

La conclusione alla quale giunge la Corte è nel senso di ritenere che tutti gli organi giurisdizionali potenzialmente chiamati a interpretare e applicare norme di diritto dell'Unione devono soddisfare i requisiti di una tutela giurisdizionale

effettiva, con il requisito dell'indipendenza dei giudici posto a garanzia e salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto. La Corte di giustizia, con un'impostazione innovativa, assegna così al principio di indipendenza dei giudici una funzione di collegamento tra il principio della reciproca fiducia ed i valori comuni, ed *in primis* lo Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE. La garanzia di indipendenza del giudice pertanto, una volta ricondotta nell'ambito dell'obbligo gravante sugli Stati membri di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva negli ordinamenti nazionali, costituisce, a propria volta, una "concretizzazione" dello Stato di diritto. Secondo la Corte "l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali" e dunque la garanzia di indipendenza, "intrinseca alla funzione giurisdizionale [...] si impone non soltanto a livello dell'Unione, per i giudici dell'Unione e gli avvocati generali della Corte, come previsto dall'articolo 19, paragrafo 2, terzo comma, TUE, ma anche a livello degli Stati membri, per i giudici nazionali. Pertanto "ne consegue che ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto «giurisdizione» nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva"¹².

L'art. 47 della Carta concorre a definire il contenuto dell'indipendenza *ex art.* 19 TUE. I rapporti tra le due disposizioni

¹⁰ C. giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117.

¹¹ Art. 19, par. 1, primo comma, TUE.

¹² C. giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 37.

sono declinati dalla Corte quando ha cura di precisare che il “principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell’Unione, cui fa riferimento l’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, [...] è attualmente affermato all’articolo 47 della Carta”¹³. Per sottolineare il ruolo dei giudici nazionali nel garantire il rispetto dell’art. 19 TUE la Corte aggiunge che preservare la loro indipendenza “è di primaria importanza, come confermato dall’art. 47, secondo comma, della Carta che menziona l’accesso a un giudice ‘indipendente’ tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo”¹⁴.

La Corte, pertanto, attinge alla nozione di indipendenza, considerata intrinseca alla funzione giurisdizionale, con il significato dalla stessa assunto nel contesto dell’art. 47 della Carta e quindi ai due aspetti, esterno ed interno, che la caratterizzano: la tutela dell’organo da interventi o pressioni dall’esterno, in particolare dall’esecutivo¹⁵, e l’imparzialità intesa come equidistanza dalle parti¹⁶ e terzietà dell’organo interessato rispetto all’autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso¹⁷.

IV. La nozione sostanziale di Stato di diritto alla prova del diritto della concorrenza

La portata di tali principi investe i diversi ambiti del processo di integrazione europea. In particolare la tutela del principio dello Stato di diritto, nei confronti degli Stati membri, ha assunto in prima battuta una specifica rilevanza nell’ambito della realizzazione del mercato interno e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dove il principio della reciproca fiducia, basato sulla condivisione da parte degli stessi Stati dei valori espressi all’art. 2 TUE, presuppone il rispetto del *rule of law* per il raggiungimento degli obiettivi declinati all’art. 3 TUE. Le implicazioni giuridiche legate al mancato rispetto dello Stato di diritto sono emerse, dunque, con sempre maggiore evidenza in relazione al funzionamento dei meccanismi di cooperazione tra gli Stati membri che sulla reciproca fiducia e sul mutuo riconoscimento si fondano. La mancanza nei Trattati di una definizione di reciproca fiducia non ha impedito alla Corte di giustizia nel parere 2/13, relativo all’adesione della Unione europea alla CEDU¹⁸, di mettere in luce lo stretto rapporto che intercorre tra essa ed i valori di cui all’art. 2 TUE. In particolare la Corte di giustizia ha sottolineato che l’Unione “poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l’Unione si fonda, così come precisato all’articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l’esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell’Unione

¹³ C. giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 35.

¹⁴ C. giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 41.

¹⁵ Ex multis C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, ECLI:EU:C:2015:664, punto 18.

¹⁶ C. giust. UE, 14 giugno 2017, causa C-685/15, *Online Games and Others*, ECLI: EU:C:2017: 452, punti 60-61.

¹⁷ C. giust. UE, 13 dicembre 2017, causa C-403/16, *El Hassani*, ECLI: EU:C:2017:960, punto 40.

¹⁸ Parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU), 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454.

che li attua”¹⁹. Tra i valori di cui all’art. 2 TUE rientra, dunque, anche lo Stato di diritto e la sua tutela da parte degli Stati.

La reciproca fiducia in merito al rispetto da parte degli Stati membri dello Stato di diritto interessa anche il settore della giustizia e l’ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. Per quel che attiene alla disciplina del mandato d’arresto europeo (MAE) alla luce della crisi dello Stato di diritto in atto in Polonia, la Corte di giustizia ha riconosciuto, nella sentenza *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario, LM)*²⁰, che è possibile pervenire a non eseguire un MAE nell’ipotesi in cui l’esecuzione di questo esponga il destinatario a una violazione del suo diritto a un giudice indipendente. Per poter invocare la violazione dello Stato di diritto nella sua concretizzazione della indipendenza del giudice, ai fini della non esecuzione del MAE quale circostanza eccezionale volta a consentire una deroga al meccanismo della reciproca fiducia, l’autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione deve procedere all’applicazione di un test articolato in due fasi²¹.

Nella prima fase, l’autorità in questione, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente, valuta se sussista un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a causa di carenze sistemiche o generalizzate. In caso di esito positivo, l’autorità deve stabilire in modo concreto e preciso se esistano motivi seri e comprovati per ritenere che,

in seguito alla consegna, il destinatario del MAE corra effettivamente il rischio di vedere violato il suo diritto.

La Corte ha precisato che le due fasi del test sono obbligatorie, non essendo possibile arrestarsi a verificare la sola esistenza di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l’indipendenza del potere giudiziario in uno Stato membro, e così ritenere che tutte le autorità giudiziarie di emissione di quello Stato non siano indipendenti, con la conseguente affermazione che il destinatario del MAE vedrà certamente violati i suoi diritti, ma è obbligatorio procedere a eseguire anche la seconda fase del test²².

Il rispetto del principio dello Stato di diritto, con particolare riferimento all’indipendenza dei giudici, ha riguardato di recente anche il diritto delle concorrenza. L’estensione dell’applicazione del *rule of law* anche a questo ambito si giustifica in ragione del fatto che il regolamento (CE) n. 1/2003²³ prevede non solo la diretta applicabilità, da parte dei giudici e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, degli artt. 101 e 102 TFUE ma stabilisce una serie di regole volte a disciplinare la cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni e autorità nazionali, con l’obiettivo di assicurare un’effettiva, efficace ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza europee.

In particolare il regolamento (CE) n. 1/2003 ha istituito un sistema decentrato di *enforcement* in materia di diritto della concorrenza, basato su “una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione”²⁴

¹⁹ C. giust., UE 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI: EU:C:2018:158, punto 34.

²⁰ C. giust., UE 25 luglio 2018, causa C-216/18, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)* ECLI:EU:C:2018:586.

²¹ Test enunciato per la prima volta nella sentenza C. giust. UE, 5 aprile 2016, causa C-404/15 e C-659/15 PPU *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

²² C. giust. UE, 17 dicembre 2020, causa C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, ECLI:EU:C:2020:1033.

²³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE).

²⁴ Considerando n. 15 del regolamento.

che annovera sia la Commissione europea che le autorità nazionali garanti della concorrenza²⁵. La cooperazione, pertanto, si sviluppa tra la Commissione e le autorità nazionali, tra autorità nazionale e autorità nazionale di altro Stato membro e tra Commissione o autorità nazionali e giudici nazionali²⁶ con un sistema, disegnato dal regolamento agli artt. 4 e 5 e più in generale dal diritto UE, che risulta caratterizzato dalla competenza parallela della Commissione, delle autorità garanti nazionali e delle giurisdizioni degli Stati membri chiamati ad applicare integralmente il diritto della concorrenza²⁷.

I rapporti tra i diversi soggetti interessati all'applicazione del diritto della concorrenza sono ulteriormente chiariti dalla Commissione europea nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza²⁸ che delimita i poteri tra Commissione e autorità nazionali. In forza del paragrafo 10 della Comunicazione "un'unica autorità nazionale garante della concorrenza è nella posizione idonea per trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano in maniera sensibile la concorrenza nell'ambito del proprio territorio", mentre ai sensi del paragrafo 14 "la Commissione è nella posizione più idonea quando uno o più accordi o pratiche, ivi comprese le reti di accordi o di pratiche simili, incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri".

A ciò occorre aggiungere che la direttiva (UE) 2019/1²⁹ conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati

membri poteri di applicazione più efficace in relazione agli articoli 101 e 102 TFUE, per garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Pertanto anche alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, oltre che ai giudici nazionali, devono essere assicurate adeguate garanzie di indipendenza, in modo che "siano protette da qualsiasi intervento o pressione politica esterni che sia tale da comprometterne l'imparzialità nella valutazione delle questioni loro sottoposte"³⁰. Inoltre l'art. 4 della direttiva stabilisce che gli Stati membri devono provvedere affinché tali autorità svolgano i loro compiti ed esercitino i loro poteri in modo imparziale e nell'interesse di un'applicazione efficace e uniforme del diritto della concorrenza, subordinatamente a obblighi proporzionati di responsabilità e senza pregiudicare la stretta cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza, nell'ambito della rete europea della concorrenza. A tal fine gli Stati membri devono assicurare almeno che il personale delle autorità sia in grado di svolgere i propri compiti ed esercitare i propri poteri, in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne e che non solleciti né accetti istruzioni dal governo o da altre entità pubbliche o private. E' inoltre stabilito che il personale possa essere sollevato dal proprio incarico solamente se non soddisfa più le condizioni richieste per lo svolgimento dei propri compiti o se riconosciuto responsabile di gravi illeciti, ai sensi del diritto nazionale.

L'esigenza di riconoscere alle autorità garanti della concorrenza designate dagli Stati membri, quali responsabili dell'applicazione degli articoli 101 e 102 dei Trattati, i medesimi requisiti di indipendenza e imparzialità assicurati ai giudici nazionali è resa ancora più evidente dall'art. 35 del paragrafo 1 del regolamento n. 1/2003, ai sensi del quale tra tali autorità designate possono

²⁵ Art. 11 del regolamento.

²⁶ Considerando n. 21 e 28 del regolamento.

²⁷ TUE, 16 ottobre 2013, causa T-432/10, *Vivendi/Commissione*, non pubblicata, EU:T:2013:538, punto 26.

²⁸ 2004/C 101/03, p. 43.

²⁹ Dir. (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

³⁰ Considerando n. 17 della direttiva.

figurare le stesse giurisdizioni nazionali operando così una loro equiparazione, almeno sotto tale profilo.

L'applicazione analogica dei principi dello Stato di diritto dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla cooperazione tra la Commissione, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e i giudici nazionali ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, si fonda sul comune ruolo svolto, nei due ambiti, dai principi del mutuo riconoscimento, della reciproca fiducia e della leale cooperazione. Tali principi impongono a ciascuna delle autorità garanti della concorrenza e dei giudici chiamati ad applicare le regole del diritto della concorrenza di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che tutte le altre autorità e i giudici nazionali rispettino il diritto dell'Unione, i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto riconosciuti dall'UE.

V. Il caso Sped-Pro e l'applicazione del principio di indipendenza e imparzialità dei giudici alle autorità nazionali garanti della concorrenza

La sentenza del Tribunale dell'Unione europea nel caso Sped-Pro³¹ assume un interesse specifico in quanto, per la prima volta, la questione delle carenze sistemiche o generalizzate relative alla tenuta dello Stato di diritto viene affrontata nel contesto del diritto della concorrenza. Il caso riguarda una società polacca, la Sped-Pro appunto, attiva nel settore dei servizi di spedizione che svolge utilizzando i servizi di trasporto ferroviario delle merci della PKP Cargo (la PKP), società controllata dallo Stato. Nel 2016 la Sped-Pro avanza

una denuncia alla Commissione europea, nei confronti della PKP, sostenendo l'abuso da parte della stessa PKP della propria posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, in ragione del rifiuto opposto alla Sped-Pro di concludere un contratto di cooperazione pluriennale alle condizioni di mercato. La Commissione europea con decisione del 12 agosto 2019³² respinge la denuncia, ritenendo che il Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (presidente dell'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori, Polonia) e cioè l'autorità garante della concorrenza polacca, sarebbe stata in una posizione migliore per il suo esame. In base a quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1/2003 il sistema decentrato di *enforcement* in materia di diritto della concorrenza, con la definizione di una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione, riconosce alle autorità nazionali la competenza ad applicare il diritto della concorrenza in casi individuali, potendo ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni e comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale³³. La decisione della Commissione viene impugnata dalla Sped-Pro dinanzi al Tribunale dell'Unione europea al fine di vederla annullata. Tra i diversi motivi alla base del ricorso rileva, ai fini del presente lavoro, l'argomento in forza del quale la Commissione sarebbe stata in una posizione migliore per esaminare la denuncia per via delle carenze sistemiche o generalizzate in atto in Polonia e, in particolar modo, per la mancanza di indipendenza dell'autorità polacca garante della concorrenza e dei

³¹ T. UE, 9 febbraio 2022, causa T-791/19, *Sped-Pro/Commissione*, ECLI:EU:T:2022:67.

³² C(2019) 6099 final, caso AT.40459 – Spedizione di merci per ferrovia in Polonia – PKP Cargo.

³³ Art. 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

giudici nazionali competenti in materia di concorrenza, in ragione della loro subordinazione al potere esecutivo. In particolare la Commissione non avrebbe valutato in maniera sostanziale quella serie di elementi avanzati dalla ricorrente a sostegno della carente imparzialità dell'autorità polacca garante della concorrenza e della mancata indipendenza dei giudici nazionali competenti in materia di diritto della concorrenza. Gli indizi concreti dedotti dalla Sped-Pro, di cui la Commissione avrebbe escluso la rilevanza in maniera sommaria, avrebbero riguardato il controllo esercitato dallo Stato sulla società denunciata, non potendo così l'autorità polacca garante della concorrenza polacca operare in maniera imparziale nel valutare la controversia. Ciò anche in virtù del fatto che il Presidente dell'autorità polacca, essendo nominato e revocato dal Primo ministro senza che la legge individui la durata del mandato e i motivi della revoca, non avrebbe offerto le necessarie garanzie di indipendenza nei confronti del potere esecutivo. Inoltre la società madre della società denunciata, la PKP appunto, faceva parte di una fondazione attiva nel promuovere la riforma del sistema giudiziario in Polonia, potendo far affidamento su una certa benevolenza da parte dei giudici e dell'autorità polacca garante della concorrenza già sperimentata in precedenti giudizi³⁴. Il Tribunale annulla la decisione della Commissione³⁵ e accoglie il ricorso della Sped-Pro, anche in ragione del fatto che, sempre secondo il Tribunale, la Commissione europea può respingere una denuncia per mancanza di interesse dell'Unione, purché i diritti del denunciante possano essere tutelati in maniera soddi-

sfacente dalle autorità nazionali³⁶. La verifica circa la capacità delle autorità nazionali, intese sia come autorità garanti della concorrenza e del mercato che quali giudici nazionali, di garantire i diritti del denunciante deve essere svolta alla luce del principio della tutela giurisdizionale effettiva previsto dall'art. 19 TUE e dal diritto fondamentale a un equo processo dinanzi a un giudice indipendente, di cui all'articolo 47 della Carta, entrambi considerati concretizzazione dei valori di cui all'art. 2 TUE e in particolare dello Stato di diritto. Ciò sulla base della premessa che i valori comuni dell'Unione europea, che sono alla base della fiducia reciproca tra gli Stati membri e, dunque, del riconoscimento reciproco e della leale cooperazione, valgono non solo nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma altresì nei rapporti tra la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali nel contesto dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e, pertanto, il loro rispetto è un fattore rilevante ai fini della determinazione dell'autorità garante della concorrenza nella posizione migliore per esaminare una denuncia. L'accertamento teso ad assicurarsi che le autorità nazionali siano in grado di salvaguardare in modo soddisfacente i diritti del denunciante che la Commissione è tenuta a svolgere dunque, secondo il Tribunale, si fonda proprio sul doppio esame, o doppio test, enunciato dalla Corte a partire dalla sentenza LM. In questo caso esso mira a verificare l'esistenza in Polonia di carenze sistemiche o generalizzate tali da compromettere l'indipendenza di dette autorità, nonché motivi seri e comprovati per ritenere che, in caso di rigetto della denuncia da parte della Commissione e se quest'ultima fosse stata presentata dinanzi alle autorità nazionali,

³⁴ T. UE, 9 febbraio 2022, causa T-791/19, *Sped-Pro/Commissione*, ECLI:EU:T:2022:67, punti 99-102.

³⁵ T. UE, 9 febbraio 2022, causa T-791/19, *Sped-Pro/Commissione*, ECLI:EU:T:2022:67, punti 105-106.

³⁶ T. UE, 9 febbraio 2022, causa T-791/19, *Sped-Pro/Commissione*, ECLI:EU:T:2022:67, punti 89-90.

il denunciante avrebbe corso un rischio reale di violazione dei suoi diritti. Secondo il Tribunale la Commissione non ha esaminato adeguatamente entrambi i profili. Per quanto riguarda la prima fase del test essa ha evitato di prendere posizione sugli argomenti della Sped-Pro diretti a dimostrare, in maniera generale, l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate in Polonia tali da compromettere l'indipendenza dell'autorità polacca garante della concorrenza e dei giudici nazionali competenti in materia, e quindi il rispetto dei requisiti dello Stato di diritto in quel paese. Circa la seconda fase del test, invece, la Commissione si è limitata a precisare che gli argomenti presentati dalla ricorrente contenevano affermazioni non comprovate, omettendo di esaminare "in modo concreto e preciso, alla luce delle specifiche preoccupazioni espresse dalla ricorrente e delle informazioni eventualmente fornite da quest'ultima, se, nelle circostanze del caso di specie, esistessero motivi seri e comprovati per ritenere che la ricorrente corresse un rischio concreto di violazione dei suoi diritti se il suo caso dovesse essere esaminato dalle autorità nazionali"³⁷. La Commissione, quindi, non avendo espletato correttamente il doppio test ha, in definitiva, ignorato il rispetto dei requisiti dello Stato di diritto ai fini della determinazione dell'autorità garante della concorrenza posta nella posizione migliore per esaminare la denuncia. L'osservanza del principio dello Stato di diritto risulta compromessa in quanto la natura sommaria della motivazione della decisione impugnata integra, inoltre, una violazione del diritto fondamentale ad un equo processo dinanzi a un giudice indipendente, garantito dall'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali. La disposizione svolge infatti un ruolo importante per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, poiché tale effica-

cia è garantita anche dai giudici nazionali i quali sono chiamati, da un lato, a controllare la legittimità delle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza e, dall'altro, ad applicare direttamente tali disposizioni. Una motivazione sommaria su tali punti impedisce, in concreto, al Tribunale di esercitare un controllo effettivo sulla legittimità delle decisioni adottate e quindi, in considerazione del collegamento operato dai giudici di Lussemburgo tra l'art. 2, l'art. 19 TUE e l'art. 47 della Carta, essa rappresenta una violazione alla nozione sostanziale di Stato di diritto.

MARIO CARTA

Bibliografia

J. Alberti, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia che sancisce la legittimità del Regolamento condizionalità*, in *Eurojus*, 1/2022, 25-45; P. Bárd, W. Van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3/2018, 353-365; M. Bernatt, *The double helix of rule of law and EU competition law: An appraisal* in *European Law Journal*, 2021 p. 148; M. Carta, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari 2020; C. Closa, D. Kochenov (a cura di), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; P. De Pasquale, *L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva EC+*, in *Diritto pubblico comunitario e europeo*, online, n. 2, 2021, p. 63; A. Jakab, D. Kochenov (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2016; D. L. Liñan Nogueras, P. J. Martin

³⁷ Punto 103 della sentenza.

Rodriguez (a cura di), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Madrid, 2018; K. Lenaerts, *The Court of Justice as the guarantor of the rule of law within the European Union*, in G. De Baere & J. Wouters (eds), *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law*, Leuven, 2015, p. 242 ss.; K. Lenaerts, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805–840; M. Mazzocchi, *E lo Stato di diritto incontrò la concorrenza: riflessioni sulla sentenza Sped-Pro*, in *Eurojus*, 2022, p. 15; A. Miglio, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2018, 421-431);

D. Pérez De Lamo, *Mutual Trust and Rule-of-Law Considerations in EU Competition Law: The General Court Extends the “L.M. Doctrine” to Cooperation Between Competition Authorities* (Sped-Pro, T-791/19), in *Kluwer Competition Law Blog*, competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com; L. Terminiello, *La sentenza Sped-Pro c. Commissione: sull'importanza del rispetto dello Stato di diritto per la tenuta del sistema di applicazione delle regole antitrust dell'Unione* in *BlogDuE*, 22 marzo 2022; W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; L. D. Spieker, *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*. Oxford, 2023.

II. *Diritto* antitrust

II.1. *I divieti antitrust e alcuni aspetti ad essi relativi*

IL CONCETTO DI IMPRESA

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** Il carattere funzionale, autonomo e cangiante del concetto di impresa. – **III.** L'irrilevanza del criterio soggettivo. – **IV.** Il principio dell'unità economica e l'imputabilità (cenni). – **V.** Il criterio oggettivo: la nozione di attività economica e la sua rilevanza. – **VI.** Perimetrazione delle attività *non* economiche: l'esercizio di pubblici poteri. – **VII.** (*Segue*) le attività a carattere sociale improntate al principio di solidarietà. – **VIII.** Rapporti con l'ambito di applicazione delle libertà di circolazione (cenni). – **IX.** Le associazioni di imprese.

I. Premessa

Il concetto di impresa è uno degli elementi costitutivi della disciplina dettata dal diritto dell'Unione europea (UE) in materia di concorrenza. Viene in rilievo, innanzitutto, nelle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, corrispondenti agli artt. 81 e 82 TCE e, antecedentemente, agli artt. 85 e 86 del TCEE. Pur costituendo il presupposto dell'applicazione *ratione personae* di tali disposizioni¹, tale concetto non trova una definizione né nei Trattati né in atti di diritto derivato. Lo stesso vale per la nozione – strettamente connessa e parimenti impiegata all'art. 101 TFUE – di “associazione di imprese”.

¹ L'individuazione dei soggetti economici ai quali sono applicabili le norme in materia di concorrenza rappresenta una delle due “funzioni” svolte dalla nozione di impresa, si vedano, in questo senso, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 gennaio 1999, *Albany International BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28, punto 206.

La lacuna, lungi dall'essere casuale, riflette la difficoltà di cristallizzare nel diritto positivo nozioni giuridiche unitarie a fronte di una pluralità di concezioni e tradizioni giuridiche esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali. Come accaduto in altri settori del diritto dell'Unione, detta lacuna è stata colmata dall'opera ermeneutica della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), che ha definito e dettagliato il concetto di impresa identificandone gli elementi costitutivi e operando una perimetrazione della stessa di natura casistica. Infatti, non dissimilmente da quanto avviene nelle scienze filosofiche, l'identificazione dei contorni del concetto in esame – e quindi dei soggetti economici cui sono applicabili le regole di concorrenza – è potuta avvenire anche mediante la differenziazione e distinzione di tale concetto rispetto al suo opposto, ossia rispetto a ciò che impresa *non* è. L'Avvocato Generale Poirares Maduro ha parlato, a questo proposito, di “defini[zione] a contrario [del]l'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza”². Come vedremo, questa operazione ha avuto luogo con particolare riguardo ad attività connesse all'esercizio dei pubblici poteri e ad attività a carattere sociale non economiche. La nozione di impresa, tuttavia, rileva altresì al fine di stabilire a quale soggetto sia imputabile una data condotta anticoncorrenziale³,

² Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro del 10 novembre 2005, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-205/03 P, ECLI:EU:C:2005:666, punto 15.

³ L'imputazione di un dato comportamento attiene alla seconda “funzione” svolta dalla nozione di impresa, si vedano ancora le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in *Albany*, cit., punto 206.

segnatamente in caso di gruppi di società, rapporti con dipendenti e ausiliari esterni e successione d'impresa.

II. Il carattere funzionale, autonomo e cangiante del concetto di impresa

La nozione di impresa nel diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza presenta tre principali caratteristiche, tra loro connesse e riassumibili mediante l'utilizzo degli aggettivi "funzionale", "autonomo" e "cangiante".

Per quanto riguarda, in primo luogo, il carattere "funzionale", mediante questa espressione si fa riferimento all'esame casistico – svolto dalla Corte di giustizia – in merito alla tipologia di attività svolta e alle concrete modalità tramite le quali essa viene erogata, rimanendo per contro in linea di principio irrilevanti le caratteristiche "soggettive" dell'operatore. In altre parole, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge la necessità di intendere la nozione in discorso in senso ampio quale comprensiva di "qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"⁴.

⁴ C. giust. Ue, 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, causa C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, punto 21. Nello stesso senso, si vedano, *ex multis*, C. giust. Ue, 17 febbraio 1993, *Christian Poucet contro Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulnac)* e *Daniel Pistre contro Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, punto 17; C. giust. Ue, 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contro Eurocontrol*, causa C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, punto 18; C. giust. Ue, 18 giugno 1998, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana (spedizionieri doganali)*, causa C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, punto 36; C. giust. Ue, 23 marzo 2006, *Enirisorse SpA contro Sotacarbo*

L'interpretazione della nozione di impresa si caratterizza pertanto, innanzitutto, per la sua flessibilità ed elasticità, risolvendosi, in sostanza, in una categoria aperta – atta a ricomprendere l'esercizio di qualsivoglia attività economica – con l'obiettivo di impedire che la libertà di concorrenza nel mercato interno e il corretto funzionamento di quest'ultimo siano pregiudicati.

In secondo luogo, il concetto di impresa di cui agli artt. 101 e 102 TFUE rappresenta una nozione autonoma del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza. Ciò significa che la definizione di tale nozione spetta all'ordinamento UE stesso, e solo ad esso, non dipendendo né potendo essere condizionata dalle nozioni in vigore negli ordinamenti degli Stati membri. In particolare, come anticipato, la definizione di tale nozione spetta alla Corte di giustizia, chiamata a interpretarla – nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione – quale organo competente in via esclusiva a chiarire il significato e gli effetti giuridici del diritto dell'Unione (c.d. autonomia giurisdizionale). Ciò avviene mediante tre principali procedure giurisdizionali dinanzi alla CGUE.

Innanzitutto, di primario rilievo risulta essere il meccanismo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, che consiste, come è noto, in una procedura a carattere non contenzioso volta a garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto UE. In particolare, i contorni della nozione di impresa sono stati definiti, non di rado, grazie al c.d. "uso alternativo" di tale strumento, vale a dire mediante la promozione da parte delle autorità giurisdizionali nazionali di questioni pregiudiziali interpretative volte a verificare la compatibilità di un complesso normativo nazionale con

SpA, causa C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, punto 28; C. giust. Ue, 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank GmbH contro Republik Österreich*, causa C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, punto 35.

il diritto dell'Unione europea, e non già meramente a chiarire il significato letterale dei termini utilizzati all'art. 101 TFUE. Una seconda procedura che ha giocato un ruolo nella definizione del concetto di impresa è la procedura d'infrazione avviata – nell'alveo della propria attività di vigilanza sul rispetto del diritto UE – dalla Commissione europea ex art. 258 TFUE al fine di accertare l'inadempimento di uno Stato membro rispetto, per quanto qui interessa, agli obblighi loro imposti in materia di concorrenza. Infine, la CGUE ha avuto occasione di pronunciarsi anche a seguito della proposizione di azioni di annullamento ex art. 263 TFUE avverso le decisioni adottate dalla Commissione ai sensi degli odierni artt. 7-10 del regolamento n. 1/2003⁵. Si noti che, in questo contesto, la Commissione adotta le proprie decisioni tenendo conto del formante giurisprudenziale elaborato dalla CGUE, riaffermando i principi ivi sanciti e facendone applicazione a nuovi e diversi casi⁶.

Il fatto che la nozione in esame, così come altre categorie di diritto dell'Unione, sia stata elaborata attraverso le procedure giurisdizionali qui sopra menzionate non è privo di conseguenze di carattere pratico. Innanzitutto, dall'approccio casistico che informa la giurisprudenza della CGUE in esame discende che – nel tratteggiare i contorni di un concetto che rimane “autonomo” – l'opera ermeneutica e applicativa del diritto UE si relaziona ed è chiamata a tenere conto del contesto

normativo vigente a livello nazionale. Inoltre, il rovescio della medaglia di un siffatto approccio casistico è rappresentato dalle ripercussioni sui principi di certezza del diritto e di prevedibilità dell'azione delle istituzioni UE. Queste esigenze si pongono alla base dell'intervento della Commissione europea che, mediante Comunicazioni interpretative – come tali prive di carattere vincolante –, ha operato alcuni tentativi di sistematizzazione dell'opera giurisprudenziale della CGUE. Si vedano, a titolo esemplificativo, la Comunicazione sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale (SIEG)⁷ e gli Orientamenti sulle restrizioni verticali⁸. Detta opera di sistematizzazione, lungi dall'essere un'attività meramente ricognitiva e “passiva”, può in alcuni casi portare con sé degli elementi di innovazione rispetto alla giurisprudenza della CGUE in un dato momento; innovazioni che, tuttavia, non vincolano altri soggetti eccetto la Commissione stessa nello svolgimento del proprio ruolo di controllore del rispetto del diritto dell'Unione. Un esempio di quanto appena detto può rinvenirsi – in relazione alla c.d. eccezione *Albany*⁹ – nei recenti

⁷ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, del 20 dicembre 2011, in G.U.U.E. C 8, 11 gennaio 2012, pp. 4-14, punti 8-30.

⁸ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle restrizioni verticali (C/2022/4238), in G.U.U.E. C 248, 30 giugno 2022, pp. 1-85.

⁹ C. giust. Ue, 21 settembre 1999, *Albany International BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, ECLI:EU: C:1999:430. Come è noto, la sentenza in discorso, pur riconducendo la contrattazione collettiva nell'alveo della nozione di accordo di cui all'art. 101 TFUE, delinea un'eccezione all'applicazione del medesimo articolo in considerazione della finalità sociale di tutela dei lavoratori perseguita da tali accordi.

⁵ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L1, 4 gennaio 2003, pp. 1-25.

⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, la Decisione della Commissione 92/521/CEE, del 27 ottobre 1992, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE (Casi IV/33.384 e 33.378 - Distribuzione di pacchetti turistici in occasione della Coppa del mondo di calcio 1990), in G.U.C.E. L 326, 12 novembre 1992, pp. 31-42.

Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali¹⁰.

Il carattere autonomo della nozione di impresa comporta l'irrelevanza di una serie di elementi e criteri tradizionalmente presi in considerazione negli ordinamenti nazionali. A titolo esemplificativo, è possibile chiarire, con riguardo all'ordinamento giuridico italiano, che risultano suscumbibili nella nozione di cui all'art. 101 TFUE anche attività economiche prive di alcuni dei requisiti individuati dall'art. 2082 cod. civ., quali i caratteri della "professionalità" e della "stabile organizzazione" dell'attività svolta dall'imprenditore¹¹. Un esempio idoneo a illustrare questo differente approccio, evidentemente motivato dalle diverse finalità della disciplina UE in discorso rispetto a quella civilistica di origine nazionale, è quello degli artisti nel campo musicale. Questi ultimi, infatti, sono qualificati come imprese ai sensi della disciplina della concorrenza dell'Unione anche laddove sfruttino commercialmente le proprie esibizioni soltanto in modo occasionale e non continuativo¹².

¹⁰ Comunicazione della Commissione relativa a orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali (C/2022/6846), in G.U.U.E. C 374 del 30 settembre 2022, pp. 2-13, spec. punti 18-31.

¹¹ Ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., rubricato "Imprenditore", "È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

¹² Decisione della Commissione del 26 maggio 1978 relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (Caso IV/29.559 - RAI/UNITEL), in G.U.C.E. L 157, 15 giugno 1978, pp. 39-41. Il caso riguardava accordi di esclusiva conclusi tra l'emittente tedesca UNITEL e alcuni cantanti lirici di fama internazionale in forza dei quali questi ultimi – in occasione della rappresentazione dell'opera Don Carlo di Giuseppe Verdi a Salisburgo – si erano obbligati a non partecipare a nessun'altra produzione cinematografica e televisiva di quest'opera senza una

Simili considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, con riguardo ad altre attività di natura artistica, a invenzioni tecniche, o all'attività sportiva professionistica.

In terzo luogo, dai caratteri testé esaminati – ossia dalla sua natura funzionale e autonoma – discende il carattere cangiante di tale nozione, vale a dire la capacità della stessa di evolvere nel tempo in ragione delle trasformazioni nella tecnologia e nel mercato e dei conseguenti mutamenti sociali. Esemplificativo, a questo riguardo, è il caso degli aeroporti regionali, le cui attività sono state a lungo considerate prive di carattere economico in quanto ricomprese nella politica di coesione economica e sociale, come affermato dalla Commissione stessa, a metà anni Novanta, nei propri orientamenti sul trasporto aereo¹³. Questo atto rifletteva la convinzione che "[la] costruzione [o] l'ampliamento di progetti di infrastrutture (come aeroporti, autostrade, ponti, ecc.) rappresenta[sse] una misura generale di politica economica che non [potesse, pertanto] essere controllata dalla Commissione attraverso le norme del trattato sugli aiuti di Stato"¹⁴. Siffatta impostazione è stata superata solo pochi anni dopo dalla giurisprudenza della CGUE. In particolare, in un primo momento, è stato affermato,

previa autorizzazione da parte dell'UNITEL medesima. Dato che tali cantanti lirici erano tra i principali interpreti della compagnia che avrebbe riprodotto il Don Carlo il 7 dicembre 1977 presso il Teatro alla Scala di Milano, in occasione della celebrazione del bicentenario di quest'ultimo, la trasmissione in diretta in tutto il mondo della rappresentazione da parte della Radiotelevisione italiana (RAI) non poté avere luogo a causa dell'opposizione di UNITEL.

¹³ Commissione europea, Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione, in G.U.C.E. C 350, 10 dicembre 1994, pp. 5-20. Si veda, altresì, Comunicazione della Commissione sull'evoluzione dell'aviazione civile in Europa, del 1° giugno 1994, documento COM(94) 218.

¹⁴ Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione, cit., punto 12.

nel caso *Aéroports de Paris*, che la gestione di un aeroporto, che include la fornitura di servizi aeroportuali alle compagnie aeree e ad altri prestatori di servizi, rappresenta un'attività economica ai sensi delle norme dei Trattati in materia di concorrenza¹⁵. Successivamente, nel caso *Aeroporto di Lipsia-Halle*, la CGUE ha confermato che la gestione di un aeroporto costituisce un'attività economica estendendo questo principio anche ai casi in cui tali attività di gestione comprendano la costruzione delle relative infrastrutture¹⁶.

III. L'irrelevanza del criterio soggettivo

Come qui sopra anticipato, la nozione di impresa si concentra sulla natura "oggettiva" dell'attività svolta, secondo un approccio funzionale. Rimangono in linea di principio irrilevanti, invece, le caratteristiche "soggettive" dell'operatore che esercita tale attività o dell'ente che la eroga, quali lo *status* giuridico e la forma giuridica di detti soggetti. La nozione di impresa è così idonea ad abbracciare persone fisiche, persone giuridiche e altri enti e associazioni, pubblici o privati¹⁷.

¹⁵ Trib. Ue, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, punti 106-130; confermata in appello da C. giust. Ue., 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617, punti 68-83.

¹⁶ Trib. Ue, 24 marzo 2011, *Mitteldeutsche Flughafen AG e Flughafen Leipzig-Halle GmbH contro Commissione europea*, cause riunite T-443/08 e T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, punti 87-120; confermata in appello da C. giust. Ue, 19 dicembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG e Flughafen Leipzig-Halle GmbH contro Commissione europea*, causa C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, punti 35-52.

¹⁷ Come è noto, ai sensi dell'art. 345 TFUE vige nel diritto UE il c.d. principio di "neutralità" dell'Unione riguardo al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese esistenti negli Stati membri.

Tra i soggetti di natura pubblica sono altresì ricompresi gli enti privi di personalità giuridica autonoma, in quanto parte integrante dell'amministrazione statale, le imprese pubbliche e le imprese cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali o esclusivi, di norma anche quando forniscono servizi pubblici o sono soggetti a obblighi di servizio pubblico¹⁸. Anche enti internazionali possono essere considerati imprese ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione¹⁹.

Venendo ai soggetti di natura privata, possono essere sussunti nel concetto di impresa non solo società e associazioni tra persone, ma anche singoli individui²⁰,

¹⁸ Ai sensi dell'art. 106, par. 1, TFUE, infatti, le imprese pubbliche e le imprese cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali o esclusivi sono in linea di principio soggette alla disciplina dettata dal diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza. Una deroga a questo riguardo è invece prevista ex art. 106, par. 2, TFUE, per quelle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale alle quali detta disciplina trova applicazione soltanto "nei limiti in cui [...] non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

¹⁹ Si veda, ad esempio, *SAT Fluggesellschaft*, cit., punti 18-31, dove la Corte di giustizia ha sancito che per stabilire se un ente internazionale a carattere regionale quale l'Eurocontrol costituisce una "impresa" occorre esaminare la natura delle attività che tale ente svolge (in ragione delle quali, nel caso di specie, la natura di impresa è stata negata).

²⁰ Caso IV/29.559 - *RAI/UNITEL*, cit.; Trib. Ue, 13 dicembre 2006, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) e Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e altri (T-245/03) contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite T-217/03 e T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punti 52-53; confermata da C. giust. Ue, 18 dicembre 2008, *Coop de France bétail et viande (C-101/07 P) e Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e altri (C-110/07 P) contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-101/07 P e C-110/07 P, ECLI:EU:C:2008:741; C. giust. Ue, 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van*

associazioni di categoria²¹, cooperative agricole²², e finanche organizzazioni sanitarie²³, società di gestione collettiva dei diritti d'autore²⁴ e ordini professionali²⁵. Parimenti ininfluenti sono il settore economico e il mercato in cui questi soggetti operano, il carattere intellettuale, specializzato, o tecnico dell'attività nonché, infine, il fatto che essa costituisca una libera professione o una professione regolamentata.

A titolo esemplificativo, nel caso *Stichting*, sono stati considerati quali "imprese" alcuni medici che fornivano sul mercato servizi medici specialistici, ricevendo dai

loro pazienti una retribuzione e assumendo i rischi finanziari connessi all'esercizio della propria attività²⁶. Quanto al settore dei servizi legali, nella causa *Wouters*, la Corte di giustizia ha chiarito che i membri di un ordine professionale, come quello degli avvocati, possono essere sussunti nella nozione di impresa quando offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale assumendosi i connessi rischi finanziari²⁷. Con riguardo alla professione notarile, già considerata quale attività economica ai fini di altre norme di diritto UE²⁸, una risposta in senso affermativo è stata offerta nella sentenza *Lietuvos notary rūmai e a.* In questo caso, la Corte di giustizia ha sancito che, in ragione della disciplina dettata per la professione in discorso e dell'oggetto delle attività loro affidate²⁹, l'art. 101 TFUE trovava applicazione ai notai stabiliti in Lituania nei limiti in cui essi non erano pubblici dipendenti ma esercitavano una libera professione che implica la prestazione di più servizi distinti dietro corrispettivo³⁰.

L'irrilevanza dell'elemento soggettivo emerge in modo chiaro ove si consideri la capacità della nozione di impresa di ricomprendere enti e organismi sportivi.

Advocaten, con l'intervento di: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, causa C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, punti 48-49.

²¹ C. giust. Ue, 8 novembre 1983, *N.V. IAZ International Belgium e altri contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, ECLI:EU:C:1983:310. Il caso riguardava, segnatamente, l'*Association nationale des services d'eau*, associazione senza scopo di lucro avente l'obiettivo di rappresentare gli interessi comuni di 31 imprese erogatrici di acqua in Belgio, costituite sotto diverse forme giuridiche e volte assicurare un regolare approvvigionamento e l'erogazione dell'acqua in condizioni di massima sicurezza per la tutela della salute pubblica.

²² C. giust. Ue, 15 dicembre 1994, *Gøttrup-Klim e a. Grovareforeninger contro Dansk Landbrugs Grovarelskab AmbA (DLG)*, causa C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413.

²³ C. giust. Ue, 25 ottobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, causa C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577, punti 19-22.

²⁴ C. giust. Ue, 27 marzo 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contro SV SABAM e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:25.

²⁵ *Wouters*, cit.; Trib. Ue, 10 dicembre 2014, *Ordre national des pharmaciens (ONP) e a. contro Commissione europea*, causa T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049, punti 29-50 e 343-348; C. giust. Ue, 18 gennaio 2024, *Lietuvos notary rūmai e a. contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, causa C-128/21, ECLI:EU:C:2024:49. Si veda altresì la Decisione della Commissione del 24 giugno 2004 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE (Caso COMP/A.38549 — *Ordine belga degli architetti*), in G.U.C.E. L 4, 6 gennaio 2005, pp. 10-11.

²⁶ C. giust. Ue, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punti 74-77.

²⁷ *Wouters*, cit., punti 47-49.

²⁸ C. giust. Ue, 26 marzo 1987, *Commissione delle Comunità europee contro Regno dei Paesi Bassi*, causa 235/85, ECLI:EU:C:1987:161, in relazione all'assoggettabilità di notai ed ufficiali giudiziari al sistema comune IVA; C. giust. Ue, 10 settembre 2015, *Commissione europea contro Repubblica di Lettonia*, causa C-151/14, ECLI:EU:C:2015:577 e C. giust. Ue, 1° febbraio 2017, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-392/15, ECLI:EU:C:2017:73, entrambe relative all'applicabilità delle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE ai notai. Sui rapporti tra il concetto di impresa qui in esame e l'ambito di applicazione delle libertà di circolazione si veda *infra* Sezione VIII.

²⁹ *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punti 59 e 63.

³⁰ *Ibidem*, punti 54-67.

Il principio è stato affermato dalla Commissione europea già nei primi anni Novanta, con riguardo alla *Fédération internationale de football association* (FIFA), alla Federazione italiana gioco calcio (FIGC) e al comitato organizzatore locale (COL) – costituito dalle prime due con il compito di curare l'organizzazione tecnica e logistica della Coppa del mondo "Italia 90"³¹ –, e ribadito, solo qualche anno più tardi ed in circostanze non dissimili, con riguardo al *Comité français d'organisation de la Coupe du monde de football 1998* (CFO)³². Nel caso *MOTOE*, inoltre, anche un'entità giuridica senza scopo di lucro che organizzava gare di motociclismo in Grecia – concludendo, a tal fine, contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione destinati allo sfruttamento commerciale di detti eventi – è stata considerata idonea ad integrare la nozione di impresa³³. Si noti che, in *Cassa di Risparmio di Firenze*, anche le fondazioni bancarie, pur essendo enti senza scopo di lucro, sono state qualificate quali imprese quando perseguendo i propri scopi sociali offrono beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori³⁴.

³¹ Decisione della Commissione 92/521/CEE, cit., pp. 31-42.

³² Decisione della Commissione 2000/12/CE, del 20 luglio 1999, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE (Caso IV/36.888 - Coppa del mondo di calcio 1998), in G.U.C.E. L 5, 8 gennaio 2000, pp. 55-74. Anche in questo caso, difatti, venivano in rilievo le modalità di vendita dei biglietti d'ingresso di competizioni sportive facenti parte del Campionato mondiale di calcio, segnatamente dell'edizione disputatasi in Francia nel 1998.

³³ C. giust. Ue, 1° luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contro Elliniko Dimosio*, causa C-49/07, punti 21-24.

³⁴ C. giust. Ue, 10 gennaio 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, causa C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punti 117-125.

I principi sanciti nel filone giurisprudenziale qui sopra menzionato – relativo all'applicabilità della disciplina UE in materia di concorrenza all'attività di organismi, società e associazioni sportive – sono stati confermati in quattro pronunce – tre delle quali relative al settore calcistico – rese dalla Corte di giustizia tra la fine del 2023 e l'autunno 2024, riaccendendo i riflettori sui limiti dell'intervento dell'Unione nel settore dello sport. Trattasi delle sentenze *European Superleague Company SL*³⁵, *SA Royal Antwerp Football Club*³⁶, *International Skating Union*³⁷, e, da ultimo, *Fédération internationale de football association (FIFA) contro BZ*³⁸, aventi ad oggetto le regolamentazioni e normative istituite da associazioni sportive internazionali e nazionali.

IV. Il principio dell'unità economica e l'imputabilità (cenni)

L'approccio funzionale sopra menzionato e l'irrelevanza delle caratteristiche "soggettive" dell'entità che – esercitando un'attività economica – integra la nozione di impresa hanno un importante corollario: non vi è neppure una corrispondenza biunivoca tra, da un lato, concetto di impresa e, dall'altro lato, un'unitaria

³⁵ C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, *European Superleague Company, S.L. contro Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (UEFA) e Fédération internationale de football association (FIFA)*, causa C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, punti 87-94.

³⁶ C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, *UL, SA Royal Antwerp Football Club contro Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, causa C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010, punti 56-62.

³⁷ C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, *International Skating Union contro Commissione europea*, causa C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012, punti 91-96.

³⁸ C. giust. Ue, 4 ottobre 2024, *Fédération internationale de football association (FIFA) contro BZ*, causa C-650/22, ECLI:EU:C:2024:824, punti 117-118.

soggettività giuridica. In altre parole, il concetto di impresa indica un'“unità economica”, che ben potrà essere costituita, dal punto di vista giuridico, da una pluralità di distinte entità giuridiche. In particolare, la Corte di giustizia ha sancito che, nell'ambito del diritto della concorrenza UE, la nozione di impresa “dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica [...], anche se sotto il profilo giuridico [essa] è costituita da più persone, fisiche o giuridiche”³⁹. Per “unità economica” deve intendersi “un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, [...] che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione della stessa disposizione”⁴⁰.

Sulla base del principio dell'unità economica, è ravvisabile un'impresa in senso funzionale in quattro principali situazioni.

Un primo scenario, quello di un'attività economica svolta da un imprenditore individuale (persona fisica) o lavoratore autonomo, non ha tradizionalmente posto particolari complessità. Nell'ultimo decennio, tuttavia, la problematica dell'applicazione delle norme UE in materia di concorrenza ai lavoratori autonomi individuali ha acquisito nuova rilevanza a seguito degli sviluppi conosciuti nel campo tecnologico, nel mercato e nella società nel

suo complesso, con particolare riguardo al fenomeno dei c.d. falsi autonomi. A quest'ultimo riguardo, in *FNV Kunsten*, la Corte ha sancito che, al di là della natura giuridica del loro contratto d'opera, i lavoratori autonomi individuali non rientrano nella nozione di “impresa” ai sensi del diritto dell'Unione quando non determinino in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato – dipendendo interamente dal loro committente e non sopportando nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica – e non dispongono di maggiore autonomia e flessibilità per quanto riguarda le modalità, l'organizzazione del lavoro e la determinazione dell'orario di lavoro rispetto ai lavoratori subordinati che svolgono la medesima attività⁴¹.

Un secondo scenario riguarda imprese, società o altri enti dotati di personalità giuridica che si avvalgono dell'attività lavorativa di un complesso di persone fisiche. In questi casi, di norma, i lavoratori dipendenti non possono essere considerati “imprese”. Essi, infatti, svolgono le proprie mansioni nell'ambito e per conto dell'impresa con la quale è in essere un contratto di lavoro subordinato. In *Becu*, la Corte di giustizia ha affermato che alcuni lavoratori portuali – trovandosi in un rapporto di lavoro caratterizzato dalla circostanza che essi effettuavano il proprio lavoro per conto

³⁹ C. giust. Ue, 12 luglio 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH contro Ditta Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas*, causa 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, punto 11 (corsivo aggiunto). Nel medesimo senso, v., *ex multis*, C. giust. Ue, 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contro Compañía Española de Petróleos SA*, causa C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (d'ora in avanti sentenza *CEEES*), punto 40; C. giust. Ue, 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV e altri contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, punto 55.

⁴⁰ Trib. Ue, 10 marzo 1992, *Shell International Chemical Company Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33, punto 311.

⁴¹ C. giust. Ue, 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden*, causa C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, punti 32-37, spec. punto 37. Ai fini dell'applicazione della c.d. eccezione *Albany*, la Commissione – con alcune differenze – ha esteso questa linea argomentativa ad altre due categorie di lavoratori autonomi individuali, vale a dire ai lavoratori che si trovano in una situazione di dipendenza economica e ai lavoratori autonomi individuali che prestano il proprio lavoro tramite piattaforme di lavoro digitali. Si vedano gli Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali, cit., punti 18-31.

e sotto la direzione delle singole imprese ed essendo quindi “lavoratori” ai sensi dell’art. 45 TFUE – “[c]ostitu[iscono] parte integrante, per la durata di tale rapporto di lavoro, delle dette imprese e forman[o] in tal modo con ognuna di esse un’unità economica”⁴². Quanto precede ha due conseguenze di primario rilievo. Da un lato, gli accordi in violazione del diritto della concorrenza conclusi dai dipendenti di un’impresa si intendono conclusi da quest’ultima⁴³. Dall’altro lato, i rapporti tra dipendenti e l’impresa datoriale sono “schermati” dall’art. 101 TFUE, che non trova applicazione a questi casi.

Un terzo scenario in cui viene in rilievo il principio dell’unità economica ricorre con riguardo all’attività di ausiliari e intermediari esterni dell’impresa, quali ad esempio agenti e distributori. Se, ove operano in autonomia e senza alcun vincolo di esclusiva, questi soggetti devono essere considerati quali imprese indipendenti⁴⁴, dubbi possono riscontrarsi in altre situazioni, specie nel caso di agenti commerciali monomandatari. In particolare, allorquando sussistano legami economici particolarmente stretti tra l’agente e l’impresa committente, il primo può perdere il carattere di operatore economico indipendente, venendo a “formare con detta impresa, alla stessa

stregua di un dipendente ad essa legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica”⁴⁵. Il *discrimen* – secondo la CGUE – deve ravvisarsi nella effettiva ripartizione dei rischi finanziari e commerciali tra ausiliario esterno e impresa committente definita nella convenzione conclusa tra di essi, da esaminarsi tenendo conto della realtà economica piuttosto che della qualificazione giuridica dei rapporti contrattuali sulla base del diritto interno⁴⁶. Ove l’agente non assuma alcun rischio finanziario o commerciale significativo o ne assuma solo una parte trascurabile formerà parte integrante dell’impresa del committente⁴⁷.

Infine, in quarto luogo, il principio dell’unità economica riveste primaria importanza nell’ambito del contesto societario, ove società appartenenti ad un medesimo gruppo sono legate da rapporti economici particolarmente stretti al punto da comportarsi come un’unica impresa. Ciò si verifica quando la società controllata dalla società madre “pur avendo personalità giuridica distinta, non ha alcuna autonomia economica”⁴⁸ ossia “non decide in modo autonomo quale debba essere il proprio comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartitele dalla società madre”⁴⁹. Tale controllo sulla

⁴² C. giust. Ue, 16 settembre 1999, *Procedimento penale a carico di Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV e Adia Interim NV*, causa C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419, punti 24-30, spec. punto 26. Nello stesso senso, v., *ex multis*, C. giust. 24 ottobre 1995, *Bundeskartellamt contro Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*, causa C-266/93, ECLI:EU:C:1995:345, punti 18-19; Trib. Ue, 11 dicembre 2003, causa T-66/99, ECLI:EU:T:2003:337, punti 98-151, spec. punto 125; Trib. Ue, 15 settembre 2005, *DaimlerChrysler AG contro Commissione delle Comunità europee*, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, punto 102.

⁴³ C. giust. Ue, 21 luglio 2016, *SIA «VM Remonts» e SIA «Ausma grupa» contro Konkurences padome e Konkurences padome contro SIA «Pārtikas kompānija»*, causa C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, punto 24.

⁴⁴ *SIA*, cit., punti 25-26.

⁴⁵ C. giust. Ue, 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, punti 537-342, spec. punto 539.

⁴⁶ *CEES*, cit., punti 39-65; C. giust. Ue, 11 settembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contro LV Tobar e Hijos SL*, causa C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, punti 33-44, spec. punti 36-37.

⁴⁷ *CEPSA*, cit., punto 36.

⁴⁸ C. giust. Ue, 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. contro S.A.G.L. Import Export*, causa 22/71, ECLI:EU:C:1971:113, punto 8.

⁴⁹ C. giust. Ue, 14 luglio 1972, *J. R. Geigy AG contro Commissione delle Comunità europee*, causa 52/69, ECLI:EU:C:1972:73, punto 44. Nel medesimo senso, si vedano, *ex multis*, C. giust. Ue, 14 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*

società controllata – e, pertanto, la presenza di un'unica unità economica – si presume *iuris tantum*⁵⁰ ove la partecipazione al capitale sociale della figlia sia totalitaria o quasi totalitaria⁵¹.

Tra le conseguenze più evidenti di quanto precede deve annoverarsi il fatto che gli accordi infragruppo non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE⁵². Un'ulteriore conseguenza dell'applicazione del principio dell'unità economica nei rapporti infragruppo concerne l'imputabilità della condotta anticoncorrenziale ad una entità giuridica diversa da quella che ha realizzato l'infrazione ma parte della medesima unità economica⁵³.

Infine, connessa al concetto di impresa e al carattere funzionale di tale nozione risulta essere la problematica dell'imputabilità della condotta a seguito di modifiche alla ragione sociale o forma legale o di vicende che attengono alla vita di una società, quali cessione, fusione, scissione o liquidazione. In questa sede, a tale proposito, sia sufficiente menzionare il principio generale che trova applicazione in tali situazioni ed il criterio che può venire in rilievo a mo' di "correttivo". In breve, il principio generale è quello della responsabilità personale⁵⁴, secondo cui i soggetti che gestivano

l'impresa al momento dell'infrazione sono in linea generale chiamati a risponderne⁵⁵. Tuttavia, in alcune situazioni, la condotta anticoncorrenziale può essere imputabile al successore economico dell'impresa che ha realizzato l'infrazione, in forza del c.d. criterio della continuità economica⁵⁶.

V. Il criterio oggettivo: la nozione di attività economica e la sua rilevanza

Se, come illustrato, le caratteristiche "soggettive" dell'entità di volta in volta in questione sono in linea di principio irrilevanti, la CGUE ha invece ancorato il concetto di impresa all'esercizio di un'attività economica⁵⁷. Quest'ultimo concetto rappresenta un criterio "oggettivo", in quanto è incentrato sull'esame oggettivo della tipologia di attività svolta e delle concrete modalità tramite le quali essa viene erogata. Ciò non toglie, tuttavia, che l'approccio della Corte di giustizia a tale proposito, essendo influenzato dal carattere funzionale della nozione di impresa, possa conoscere delle oscillazioni da caso a caso. Sulla base della giurisprudenza della CGUE, è possibile individuare due principali criteri, alle volte impiegati in via alternativa altre volte cumulativamente, qualificati come "criterio comparativo" e

contro *Commissione delle Comunità europee*, causa 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, punto 134; e C. giust. Ue, 31 ottobre 1974, *Centrafarm BV ed Adriaan de Peijper contro Sterling Drug Inc.*, causa 15/74, ECLI:EU:C:1974:114, punto 41.

⁵⁰ C. giust. Ue, 29 settembre 2011, *Arkema SA contro Commissione europea*, causa C-520/09 P, ECLI:EU:C:2011:619.

⁵¹ C. giust. Ue, 24 ottobre 1996, *Vihos Europe BV contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405.

⁵² Si veda, ad es., *Vihos*, cit.

⁵³ Sul punto, si rinvia alla voce "L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società" in questo volume.

⁵⁴ C. giust. Ue, 11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente tabacchi italiani - ETI SpA e altri e Philip Morris Products SA e altri contro Autorità Garante della*

Concorrenza e del Mercato e altri, causa C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, punti 38-52.

⁵⁵ In questo senso, si veda, da ultimo, C. giust. Ue, 14 marzo 2019, *Vantaan kaupunki contro Skanska Industrial Solutions Oyj e a.*, causa C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punti 28-32.

⁵⁶ Anche a questo proposito, si rinvia alla voce "L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società" in questo volume.

⁵⁷ *Höfner e Elser*, cit., punto 21. Si vedano, *ex multis*, *Poucet e Pistre*, cit., punto 17; *SAT Fluggesellschaft*, cit., punto 18; *Commissione contro Repubblica italiana (spedizionieri doganali)*, cit., punto 36; *Compass-Datenbank*, cit., punto 35.

“criterio della partecipazione al mercato”, secondo la terminologia utilizzata dall’Avvocato Generale Poiares Maduro nelle conclusioni presentate in *FENIN*⁵⁸.

Il primo criterio, che risale alla sentenza *Höfner e Elser*, verte sul raffronto e sulla comparazione tra una determinata attività erogata da una entità pubblica e le attività svolte dalle imprese private⁵⁹. Questa prospettiva è stata fatta propria da alcuni Avvocati Generali⁶⁰ e può essere illustrata con le parole utilizzate dall’Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni presentate nel caso *Albany*, ove si legge che l’attività deve essere tale da “pot[er], almeno in linea di principio, essere esercitata da un’impresa privata con l’obiettivo di realizzare un profitto”⁶¹. In altre parole, ancorché non sia necessario il perseguimento di uno scopo di lucro⁶² – essendo in principio irrilevanti le modalità di finanziamento⁶³ –, l’attività deve soddisfare i dettami del princi-

pio di economicità. Non può, infatti, essere definita economica un’attività che, per le sue caratteristiche, non può in alcun modo essere svolta in equilibrio economico, ossia coprendo il costo dei fattori produttivi con il flusso di ricavi generati.

Benché questo criterio rimanga valido – essendo ancora desumibile dalla casistica giurisprudenziale volta a tracciare i contorni esterni del concetto di attività economica –, dalla lettura delle pronunce della CGUE emerge una crescente enfasi posta sulla *effettiva* partecipazione ad un mercato concorrenziale sul quale operano più imprese in concorrenza, non già sulla possibilità *teorica* che una data attività possa essere esercitata da un’impresa privata⁶⁴. In un altro filone giurisprudenziale – del quale possono essere esempi i casi *Pavlov*, *Ambulanz Glöckner* e recentemente *Lietuvos notarų rūmai e a.* –, viene affermato che ha natura economica qualsiasi attività che consiste nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato⁶⁵. Si tratta di un principio che la stessa Corte di giustizia ha di recente espressamente qualificato come corrispondente alla propria “costante” giurisprudenza⁶⁶.

Riassumendo, è possibile individuare due elementi costitutivi del concetto di attività economica. Un primo elemento consiste nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato. Un secondo elemento costitutivo è rappresentato dall’idoneità di una determinata attività, anche in potenza, ad essere esercitata da un’impresa privata con l’obiettivo di realizzare

⁵⁸ Conclusioni dell’Avvocato Generale Poiares Maduro in *FENIN* (causa C-205/03 P), cit., punti 11-14.

⁵⁹ *Höfner e Elser*, cit., punto 22.

⁶⁰ Conclusioni dell’Avvocato Generale Tesaurò del 29 settembre 1992, *Christian Poucet contro Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camubrac)* e *Daniel Pistre contro Caisse autonome nationale de compensation de l’assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, ECLI:EU:C:1992:358, punto 12.

⁶¹ Conclusioni dell’Avvocato Generale Jacobs in *Albany*, cit., punto 311.

⁶² C. giust. Ue, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d’assurance e altri contro Ministère de l’Agriculture et de la Pêche*, causa C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392; *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punti 119-125, spec. punti 122 e 123; *MOTOE*, cit., punti 27-29.

⁶³ *Höfner e Elser*, cit., punto 21; *Poucet e Pistre*, cit., punto 17; *Fédération française des sociétés d’assurances e a.*, cit., punto 14; *Albany*, cit., punto 77; C. giust. Ue, 21 settembre 1999, *Brentjens’ Handelsonderneming BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, punti 74-80; C. giust. Ue, 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV contro Stichting Pensioenfonds*

voor de Vervoer- en Havenbedrijven, causa C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437, punti 64-70.

⁶⁴ Conclusioni dell’Avvocato Generale Poiares Maduro in *FENIN* (causa C-205/03 P), cit., punto 14.

⁶⁵ C. giust. Ue, 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1987:283, punto 7; *Commissione contro Repubblica italiana (spedizionieri doganali)*, cit., punto 36; *Pavlov*, cit., punto 75; *Ambulanz Glöckner*, cit., 19; *Lietuvos notarų rūmai e a.*, cit., punto 56.

⁶⁶ *Lietuvos notarų rūmai e a.*, cit., punto 56.

un profitto. Nonostante questi “paletti giurisprudenziali”, determinare ciò che costituisce un’attività economica – e quindi “impresa” ai sensi della disciplina UE in materia di concorrenza – e distinguerla da attività *non* economiche non è sempre agevole. Non di rado, è infatti richiesto un esame approfondito delle norme nazionali che delineano i profili tecnico-organizzativi di una data entità, le attività assegnatele e le modalità tramite le quali esse vengono concretamente erogate. Non è pertanto escluso, specialmente nell’ambito del dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali instaurato *ex art.* 267 TFUE⁶⁷, che la prima – nell’interpretare il concetto di impresa – faccia salva una verifica ultima da parte del giudice del rinvio in merito alle attività effettivamente svolte da un determinato soggetto. È quanto accaduto, ad esempio, in relazione alle attività prestate dai notai lituani nel recente caso *Lietuvos notary rūmai e a.*⁶⁸. Le problematiche di maggiore rilievo a tale proposito si sono poste con riguardo alla perimetrazione della nozione di attività economica rispetto, da un lato, all’esercizio di pubblici poteri o funzioni di amministrazione pubblica e, dall’altro lato, ad attività a carattere sociale improntate al principio di solidarietà, quali i servizi sociosanitari.

Prima di procedere all’esame di queste problematiche⁶⁹, occorre sottolineare che, ove un soggetto svolga più di un’attività, la valutazione in merito al carattere economico “dev’essere effettuata *separatamente* per ogni attività esercitata”⁷⁰. Pertanto, se, – come visto *supra* – in forza del principio dell’unità economica, un’impresa può essere costituita da una pluralità di soggetti, persone fisiche o

giuridiche⁷¹, è altrettanto possibile – secondo una sorta di proprietà commutativa del concetto di impresa – che la nozione in discorso sia ricollegabile ad *una parte soltanto* di una entità giuridica. In altre parole, la medesima entità può agire come “impresa” ai sensi della disciplina UE in materia di concorrenza quando svolge una determinata attività, ma non essere considerata tale quando ne svolge un’altra⁷². Si tratta di una conseguenza del carattere funzionale e “relativo” del concetto di impresa e della flessibilità ed elasticità insite nell’approccio casistico adottato dalla Corte di giustizia. Anche a questo proposito, le principali difficoltà hanno riguardato entità pubbliche, segnatamente ove esse svolgevano una pluralità di attività soltanto in parte ricollegabili all’esercizio di pubblici poteri. In siffatte situazioni di cumulo tra diverse attività, se “la circostanza che un ente disponga, per l’esercizio di una parte delle proprie attività, di prerogative dei pubblici poteri, non impedisce, di per sé sola, di qualificarlo come impresa”⁷³, il fulcro del problema diviene quindi la *dissociabilità* (o meno) delle attività aventi natura economica dall’esercizio di pubblici poteri⁷⁴.

Un caso esemplificativo è rappresentato dal settore dei servizi aeroportuali. In particolare, in *Aéroports de Paris*, la CGUE ha sancito che l’attività di gestione da parte di un ente pubblico delle infrastrutture aeroportuali, comprensive della messa a disposizione delle compagnie aeree e dei vari prestatori di servizi di tali infrastrutture e di installazioni a fronte del

⁷¹ *Hydrotherm Gerätebau*, cit., punto 11; CEEES, cit., punto 40; *Akzo Nobel*, cit., punto 55.

⁷² *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana (causa 118/85)*, cit., punto 7.

⁷³ *Aéroports de Paris contro Commissione (causa C-82/01 P)*, cit., punto 74.

⁷⁴ *Compass-Datenbank*, cit., punti 37-38; C. giust. Ue, 24 marzo 2022, *Gesamtverband Verkehrsgewerbe Niedersachsen eV (GVN) contro Commissione europea*, C-666/20 P, ECLI:EU:C:2022:225, punto 71; *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punto 62.

⁶⁷ Cfr. Sezione II *supra*.

⁶⁸ *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punto 63.

⁶⁹ Entrambi i filoni giurisprudenziali qui sopra menzionati saranno esaminati nel prosieguo, v. *infra* Sezione VI.

⁷⁰ *MOTOE*, cit., punto 25. Corsivo aggiunto.

pagamento di un canone fissato dal gestore, dev'essere considerata come un'attività di natura economica⁷⁵. Il fatto che l'ente gestore fosse contestualmente incaricato di attività logistico-amministrative essenziali al funzionamento dello scalo aeroportuale non precludeva l'esercizio, sul demanio pubblico, di attività di natura economica⁷⁶. Ciò in quanto queste ultime erano distinte e dissociabili dalle attività consistenti nel controllo degli spostamenti dei veicoli e delle persone sull'area aeroportuale, di natura non economica e connesse al regime di "polizia speciale" del settore del demanio pubblico imposto dal diritto nazionale⁷⁷ e, come tali, considerate tipiche prerogative dei pubblici poteri prive di carattere economico in *SAT Fluggesellschaft*⁷⁸.

Soluzione opposta è stata invece raggiunta nel caso *SELEX Sistemi Integrati*⁷⁹, avente ad oggetto l'impugnazione di una decisione della Commissione con la quale – sulla base dei principi affermati in *SAT Fluggesellschaft* – veniva esclusa la natura di impresa dell'ente Eurocontrol. In questo caso, difatti, la CGUE stabilisce che "[o]ccorre [...] determinare, per ciascuna attività di Eurocontrol messa in discussione dalla ricorrente, da un lato, se sia separabile da quelle che essa svolge in quanto pubblica autorità e, dall'altro, se

costituisca attività economica [...]”⁸⁰. A questo proposito, diversamente da quanto opinato dal Tribunale⁸¹, la Corte di giustizia ha affermato che né l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali nella pianificazione, specificazione e creazione di sistemi e servizi di navigazione aerea⁸² né l'attività di preparazione o di elaborazione delle norme tecniche⁸³ è scindibile dalla missione di gestione dello spazio aereo e di sviluppo della sicurezza aerea di Eurocontrol. Quanto all'attività di assistenza, viene sottolineato che il fatto che sia opzionale non consente di escluderne il collegamento con l'esercizio di prerogative, relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, che sono tipiche dei pubblici poteri⁸⁴, né modifica la natura di tale attività⁸⁵. Simili considerazioni valgono con riferimento alla preparazione e all'elaborazione di norme tecniche, attività che partecipano direttamente alla realizzazione dello scopo di Eurocontrol, segnatamente il mantenimento e lo sviluppo della sicurezza della navigazione aerea, e così costituiscono prerogative dei pubblici poteri⁸⁶.

Un secondo esempio ricorre in relazione ai servizi notarili, oggetto di diverse pronunce della Corte di giustizia⁸⁷. A questo proposito, in *Lietuvos notarių rūmai e a.*

⁷⁵ *Aéroports de Paris contro Commissione (causa T-128/98)*, cit., punti 121-122.

⁷⁶ *Ibid.*, punto 120.

⁷⁷ *Ibid.*, punti 94 e 120.

⁷⁸ Ciò non dissimilmente dalle attività svolte dall'Eurocontrol, organizzazione internazionale avente lo scopo di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea, si veda *SAT Fluggesellschaft*, cit., punto 30.

⁷⁹ Trib. Ue, 12 dicembre 2006, *SELEX Sistemi Integrati SpA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387; C. giust. Ue, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA contro Commissione delle Comunità europee e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, causa C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191.

⁸⁰ *SELEX Sistemi Integrati (causa T-155/04)*, cit., punto 55. Corsivo aggiunto.

⁸¹ Cfr. *SELEX Sistemi Integrati (causa T-155/04)*, cit., punti 52-92 e *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit., punti 69-93.

⁸² *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit., punto 77.

⁸³ *Ibid.*, cit., punto 93.

⁸⁴ *SAT Fluggesellschaft*, cit., punto 30.

⁸⁵ Come sancito in *SAT Fluggesellschaft*, cit., si veda *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit., punto 79.

⁸⁶ *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit., punto 92.

⁸⁷ C. giust. Ue, 24 maggio 2011, *Commissione contro Francia*, causa C-50/08, ECLI:EU:C:2011:335; C. giust. Ue, 1° dicembre 2011, *Commissione contro Paesi Bassi*, causa C-157/09, ECLI:EU:C:2011:794; *Commissione europea contro Repubblica di Lettonia*, cit.; *Commissione europea contro Ungheria*, cit.

venivano in rilievo alcune decisioni del Consiglio del Notariato lituano che, indirettamente, fissavano gli onorari dovuti per una serie di attività svolte dai notai di tale Stato⁸⁸. Facendo salva la verifica ultima ad opera del giudice nazionale⁸⁹, viene rilevato che le attività notarili in questione – quali l'approvazione di operazioni ipotecarie, l'apposizione di formule esecutive, la predisposizione di atti notarili, l'elaborazione di progetti di operazioni, la fornitura di servizi tecnici e la convalida di contratti di permuta –, “in talune situazioni, non sembrano ricollegarsi all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri”⁹⁰. In forza delle disposizioni nazionali – viene aggiunto –, i notai stabiliti in Lituania esercitano, nei limiti delle loro rispettive competenze territoriali, gran parte delle loro attività in condizioni di concorrenza, poiché di norma gli atti notarili possono essere redatti da qualsiasi notaio⁹¹. Circostanza, quest'ultima, che non può caratterizzare l'esercizio dei pubblici poteri⁹². La Corte passa altresì ad esaminare la natura “autonoma” o “ancillare” delle predette attività, concludendo – sulla base della propria giurisprudenza – che tali specifiche attività non risultano inscindibilmente connesse ad altre attività che implicano l'esercizio di pubblici poteri⁹³.

VI. Perimetrazione delle attività non economiche: l'esercizio di pubblici poteri

Venendo all'opera di regolazione dei confini della nozione di impresa da parte della CGUE, prendiamo le mosse dall'ipotesi da ultimo menzionata, vale a dire

dalle attività prive di carattere economico in quanto connesse all'esercizio di pubblici poteri. Ciò avviene, generalmente, quando esse corrispondono ad una prerogativa essenziale dello Stato o ad una funzione amministrativa svolta nell'interesse generale.

Esempi di prerogative essenziali dello Stato possono riscontrarsi, in primo luogo, nelle attività volte a garantire la pubblica sicurezza. Nei casi *SAT Fluggesellschaft* e *SELEX Sistemi Integrati*, menzionati *supra*, le attività fornite dall'Eurocontrol – finalizzate al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea – sono state considerate tipiche prerogative dei pubblici poteri prive di carattere economico⁹⁴. Simili considerazioni valgono per le attività esercitate nell'interesse pubblico da parte delle autorità portuali, segnatamente la gestione del traffico marittimo, la sicurezza e le attività di polizia e doganale⁹⁵. La natura *non* economica di siffatte attività non muta neppure laddove esse siano prestate – come nel caso delle attività dell'Eurocontrol – a fronte di un corrispettivo, se quest'ultimo è definito dalla legge e non è pertanto determinabile, direttamente o indirettamente, dall'ente in questione⁹⁶. Un'ulteriore conseguenza dell'irrelevanza del profilo soggettivo⁹⁷ è che la natura non economica dell'attività non è inficiata neppure quando le attività volte a garantire la sicurezza siano svolte – nell'interesse generale e per conto di un'autorità pubblica – da un soggetto di diritto privato. Nel caso *Diego Cali*, la Corte di giustizia ha affermato che il servizio obbligatorio di sorveglianza e di intervento rapido destinato a

⁸⁸ *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punti 26-29.

⁸⁹ *Ibid.*, cit., punto 63.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, punto 66.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, punti 64-65.

⁹⁴ *SAT Fluggesellschaft*, cit.; *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit.

⁹⁵ Décision de la Commission du 16 octobre 2002 concernant l'aide d'État N 438/2002 – Belgique – Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique.

⁹⁶ *SAT Fluggesellschaft*, cit., punti 28-29.

⁹⁷ Sul punto, si veda *supra* Sezione III.

tutelare il settore marittimo contro eventuali inquinamenti conseguenti a spargimenti accidentali di idrocarburi nelle acque del porto di Genova non presentava carattere economico ancorché fosse affidato dalla rispettiva autorità portuale ad una società privata, la Servizi ecologici porto di Genova S.p.A. (SEPG)⁹⁸. In ragione della “sua natura, [del] suo oggetto e [del] le norme alle quali è assoggettata, [tale attività] si ricollega [difatti] all’esercizio di prerogative inerenti alla tutela dell’ambiente che sono tipiche prerogative dei pubblici poteri”⁹⁹. Analogamente a quanto affermato in relazione all’Eurocontrol, il fatto che la SEPG provvedesse alla riscossione di un corrispettivo non modificava la qualificazione giuridica dell’attività di sorveglianza preventiva antinquinamento da essa svolta, considerato che le tariffe venivano determinate dall’autorità pubblica¹⁰⁰. Nell’ambito del medesimo filone giurisprudenziale deve essere annoverata la sentenza nel caso *Compass-Datenbank*, dove la Corte di giustizia ha escluso la natura economica di un’attività – svolta anche in questo caso da una società privata – consistente nella raccolta di dati relativi alle imprese, nella tenuta della relativa banca dati e nella messa a disposizione del pubblico delle informazioni ivi contenute¹⁰¹. Tali attività, in quanto fondate su di un obbligo legale di dichiarazione imposto a queste alle imprese assistito da poteri coercitivi, sono state considerate parte integrante dell’“esercizio di pubblici poteri”¹⁰².

In secondo luogo, esulano dalla nozione di impresa, in quanto prive del carattere economico, anche una serie di attività

di natura para-amministrativa svolte da enti pubblici. Nel caso *Corinne Bodson*, ad esempio, è stata esclusa la natura di attività economica in relazione agli atti adottati dai Comuni nella loro veste di pubblica autorità¹⁰³. La non applicabilità della disciplina dell’Unione in materia di concorrenza è stata affermata anche rispetto all’attività di riscossione da parte di un ente pubblico di un dazio imposto sui prodotti cartacei per finanziare iniziative nel campo della ricerca e dello sviluppo – nella misura in cui tale ente agisca nell’interesse pubblico e senza finalità imprenditoriali –¹⁰⁴. Nella più recente sentenza nel caso *Aanbestedingskalender BV*, la CGUE ha inoltre sancito – confermando la correttezza delle conclusioni raggiunte dalla Commissione – che le attività di una piattaforma di e-procurement – creata e utilizzata dal Ministero olandese degli Affari economici, dell’agricoltura e dell’innovazione e volta ad assistere gratuitamente le amministrazioni aggiudicatrici nell’esecuzione di appalti pubblici (TenderNed) – sono strettamente collegate all’attività di aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e sono pertanto connesse all’esercizio di poteri pubblici¹⁰⁵.

Una terza categoria di attività non economiche riguarda le attività di standardizzazione e normazione, oggetto, tra l’altro, dei casi *SELEX Sistemi Integrati* e *MOTOE*. Nel primo veniva in rilievo,

¹⁰³ C. giust. Ue, 4 maggio 1988, *Corinne Bodson contro SA Pompes funèbres des régions libérées*, causa 30/87, ECLI:EU:C:1988:225, punto 18.

¹⁰⁴ C. giust. Ue, 18 giugno 1975, *Industria gomma articoli vari (IGAV) contro Ente nazionale per la cellulosa e per la carta (ENCC)*, causa 94/74, ECLI:EU:C:1975:81, punto 35.

¹⁰⁵ Trib. Ue, 28 settembre 2017, *Aanbestedingskalender BV e.a. contro Commissione Europea*, causa T-138/15, ECLI:EU:T:2017:675; confermata da C. giust. Ue, 7 novembre 2019, *Aanbestedingskalender BV e a. contro Commissione europea*, causa C-687/17 P, ECLI:EU:C:2019:932.

⁹⁸ C. giust. Ue, 18 marzo 1997, *Diego Cali & Figli Srl contro Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, causa C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, punto 23.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, punto 24.

¹⁰¹ *Compass-Datenbank*, cit.

¹⁰² *Ibid.*, punto 40.

come già ricordato, l'attività di preparazione e di elaborazione delle norme tecniche da parte dell'Eurocontrol¹⁰⁶. In *MOTOE*, invece, è stata considerata ricompresa nell'esercizio di pubblici poteri la possibilità – conferita alla Federazione greca di motociclismo (MOTOE) dal codice stradale greco – di emettere pareri conformi in merito alle domande di autorizzazione presentate al fine di organizzare gare motociclistiche¹⁰⁷. Siffatta attività è stata conseguentemente considerata *non* economica¹⁰⁸. In linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia appena richiamata, l'applicabilità dell'art. 101 TFUE all'attività di preparazione e produzione di norme tecniche nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri è stata altresì esclusa dalla Commissione¹⁰⁹.

In quarto luogo, ulteriori esempi di attività considerate non economiche sono offerti dalla prassi operativa della Commissione. Tra queste, può essere sufficiente menzionare l'organizzazione, il finanziamento e l'esecuzione di misure correttive al fine di garantire l'applicazione del sistema penale¹¹⁰ e il finanziamento e la supervisione della costruzione di infrastrutture ferroviarie da parte di autorità pubbliche¹¹¹. A quest'ultimo riguardo, occorre tuttavia ricordare come

la successiva elaborazione giurisprudenziale abbia considerato la costruzione delle infrastrutture connesse ad un'attività economica, nel caso la gestione di un aeroporto, come parte integrante di tale attività economica¹¹².

Infine, un settore di particolare rilevanza è quello dell'istruzione, in merito al quale la CGUE è stata chiamata a pronunciarsi nei casi *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*¹¹³ e *Scuola Elementare Maria Montessori*¹¹⁴. In queste pronunce, viene tracciata una distinzione tra, da un lato, i corsi impartiti da taluni istituti parte di un sistema di insegnamento pubblico e finanziati, interamente o prevalentemente, mediante fondi pubblici e, dall'altro lato, quelli impartiti da istituti di insegnamento finanziati, essenzialmente, mediante fondi privati, ad esempio mediante corrispettivi pagati dagli studenti e dai loro genitori¹¹⁵. In questo secondo caso, l'erogazione dei corsi costituisce l'offerta di un servizio in cambio di una remunerazione e deve pertanto essere considerata un'attività economica¹¹⁶. Diversamente, ove i corsi si inquadrino nell'istituzione e nel mantenimento di un sistema di insegnamento pubblico, le attività erogate dallo Stato sono prive di un carattere economico, essendo funzionali

¹⁰⁶ *SELEX Sistemi Integrati (causa C-113/07 P)*, cit., punto 93.

¹⁰⁷ *MOTOE*, cit., punto 46.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in G.U.U.E. C 11, 14 gennaio 2011, pp. 1-72, punto 258.

¹¹⁰ Decisione della Commissione del 19 luglio 2006 relativa all'aiuto di Stato N 140/06 — Lituania — Assegnazione di sovvenzioni alle imprese di Stato responsabili dei penitenziari, in G.U.U.E. C 244, 11 ottobre 2006, p. 12.

¹¹¹ Decisione della Commissione del 7 giugno 2006 nel caso N 478/2004 – Irlanda – Garanzia statale per prestiti di capitale da parte di Coràs Iompair Eirann (CIÉ) per investimenti in infrastrutture, in G.U.U.E. C 207, 31 agosto 2006, p. 8.

¹¹² *Leipzig-Halle* (cause riunite T-443/08 e T-455/08), cit.; confermata in appello da *Leipzig-Halle* (causa C-288/11 P), cit.

¹¹³ C. giust. Ue, 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania contro Ayuntamiento de Getafe*, causa C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496.

¹¹⁴ Trib. Ue, 15 settembre 2016, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl contro Commissione europea*, causa T-220/13, ECLI:EU:T:2016:484; C. giust. Ue, 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl contro Commissione europea, Commissione europea contro Scuola Elementare Maria Montessori Srl e Commissione europea contro Pietro Ferracci*, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873.

¹¹⁵ *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, cit., punti 44-51.

¹¹⁶ *Ibid.*, punti 48-49.

all'adempimento della propria missione nei settori sociale, culturale e educativo nei confronti della propria popolazione¹¹⁷.

VII. (*Segue*) le attività a carattere sociale improntate al principio di solidarietà

La perimetrazione della nozione di impresa ha assunto particolare rilievo con riguardo alle prerogative e ai compiti tradizionalmente caratterizzanti lo Stato sociale. Il problema ha riguardato l'assoggettabilità delle attività a carattere sociale erogate dallo Stato o da enti pubblici alla disciplina in materia di concorrenza dettata dal diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo alle prestazioni connesse con la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria. Le difficoltà nella determinazione della natura economica o meno di tali attività hanno a che vedere, da un lato, con la situazione di monopolio – e la conseguente assenza di un mercato – che ha spesso caratterizzato l'erogazione dei servizi sociali a carattere universale e, dall'altro lato, con le divergenze riscontrabili da Stato a Stato per quanto riguarda l'organizzazione, la gestione e il funzionamento dei sistemi previdenziali e di assistenza sanitaria nazionali.

Prendendo le mosse dal filone giurisprudenziale relativo al settore della previdenza sociale, la CGUE – pronunciandosi in una serie di casi riguardanti fondi pensione e regimi di sicurezza sociale – ha statuito che “il diritto dell'Unione non pregiudica, in linea di principio, la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi di previdenza sociale”¹¹⁸. Al fine di valutare se un'attività

svolta nell'ambito di un regime di previdenza sociale è priva di carattere economico, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge la necessità di “effettua[re] una valutazione globale del regime di cui trattasi”¹¹⁹, prendendo in considerazione una serie di elementi¹²⁰, segnatamente il perseguimento, da parte del regime, di un fine di carattere esclusivamente sociale¹²¹, l'attuazione, da parte di quest'ultimo, del principio di solidarietà¹²², l'assenza di qualsiasi scopo di lucro dell'attività svolta¹²³ – elemento su cui si tornerà a breve nel presentare il recente caso *Dôvera*¹²⁴ – e il controllo su quest'ultima da parte dello Stato¹²⁵.

C. giust. Ue, 22 gennaio 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, causa C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, punto 31, ove si legge che “il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali”. Nello stesso senso, v. C. giust. Ue, 7 febbraio 1984, *Duphar BV ed altri contro Stato olandese*, causa 238/82, punto 16. Si noti che in queste precedenti pronunce non si riscontra, quindi, l'utilizzo della locuzione averbiale “in linea di principio”, diversamente da quanto avviene nella più recente giurisprudenza.

¹¹⁹ *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 30.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Cisal*, cit., punto 45.

¹²² *Poucet e Pistre*, cit., punto 8.

¹²³ *Poucet e Pistre*, cit., punto 18; C. giust. Ue, 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft e See-Krankenkasse contro Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co.* (C-264/01), *Mundipharma GmbH* (C-306/01), *Gödecke GmbH* (C-354/01) e *Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH* (C-355/01), cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, punti 47-50.

¹²⁴ *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punti 39-40. Si veda *infra* in questa Sezione.

¹²⁵ *Poucet e Pistre*, cit., punti 8 e 14-15; *Cisal*, cit., punti 38 e 43; C. giust. Ue, 5 marzo 2009, *Kattner Stahlbau GmbH contro Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, causa C-350/07, C:2009:127, punto 43; *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 31.

¹¹⁷ *Ibid.*, punto 50.

¹¹⁸ C. giust. Ue, 11 giugno 2020, *Commissione europea contro Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s.*, causa C-262/18 P, ECLI:EU:C:2020:450, punto 30. Cfr.

Il nocciolo duro del principio di solidarietà è ravvisato nella “ridistribuzione del reddito tra i più abbienti e quelli che, in mancanza di un regime del genere e in ragione dei loro mezzi e delle loro condizioni di salute, sarebbero privati della necessaria tutela previdenziale”¹²⁶. Tale redistribuzione, come sottolineato dall’Avvocato generale Fennelly, involge un elemento “intrinsecamente non commerciale [consistente nel] sussidio a un gruppo sociale ad opera di un altro”¹²⁷. La Corte di giustizia ha altresì chiarito che i regimi di previdenza sociale che attuano il principio di solidarietà sono caratterizzati dall’obbligatorietà dell’iscrizione sia per gli assicurati che per gli organismi assicurativi¹²⁸, dalla circostanza per cui i contributi da versare sono determinati dallo Stato in proporzione al reddito degli assicurati e non al rischio che rappresentano individualmente a causa della loro età o stato di salute¹²⁹, dal fatto che le prestazioni obbligatorie fissate dalla legge sono identiche per tutti gli assicurati, indipendentemente dall’importo dei contributi versati da ciascuno di essi¹³⁰, e dall’esistenza di un meccanismo di perequazione dei costi e dei rischi in base al quale i regimi in eccedenza partecipano al finanziamento dei regimi con difficoltà finanziarie strutturali¹³¹.

Questi principi sono stati affermati nella sentenza *Poucet e Pistre*, avente ad

oggetto la compatibilità con le norme dei Trattati di regimi obbligatori di sicurezza sociale istituiti in seno ad alcune casse regionali francesi di assistenza sociale, segnatamente la *Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, ente incaricato della gestione del regime di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori autonomi dei settori diversi dall’agricoltura e la *Caisse autonome nationale de compensation de l’assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand*¹³². Nella successiva giurisprudenza, la Corte di giustizia ha prestato particolare attenzione – nel fare applicazione dei suddetti principi – alla libertà di determinare l’ammontare dei contributi e delle prestazioni da erogare. Così, ad esempio, nel caso *Cisal*, ha affermato che l’Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), incaricato per legge della gestione di un regime obbligatorio di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, adempie una funzione di carattere esclusivamente sociale con la conseguenza che la sua attività non ha carattere economico ai sensi del diritto della concorrenza dell’Unione¹³³. Il regime assicurativo INAIL, infatti, è sottoposto al controllo dello Stato ed è finanziato mediante contributi la cui aliquota non è sistematicamente proporzionata al rischio assicurato, essendo, per l’appunto, fissati dallo Stato¹³⁴. Nel caso *AOK*, in relazione ad alcune casse malattia tedesche, la Corte di giustizia ha esteso l’esclusione del carattere economico dell’attività anche a casi in cui gli enti godano di un certo margine di discrezionalità nella fissazione del tasso di contribuzione, a condizione che rimangano legalmente tenuti a offrire agli iscritti prestazioni obbligatorie ed essenzialmente identiche, ossia indipendenti dall’ammontare dei

¹²⁶ *Poucet e Pistre*, cit., punto 10.

¹²⁷ Conclusioni dell’Avvocato Generale Fennelly del 6 febbraio 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl contro Regione Lombardia*, causa C-70/95, ECLI:EU:C:1997:55, punto 29.

¹²⁸ *Poucet e Pistre*, cit., punto 13; *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 32.

¹²⁹ *Poucet e Pistre*, cit., punti 14-15; *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 32.

¹³⁰ *Poucet e Pistre*, cit., punti 15-18; *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 32.

¹³¹ *Poucet e Pistre*, cit., punto 12; *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 32.

¹³² *Poucet e Pistre*, cit., punti 8-15.

¹³³ *Cisal*, cit., punto 45.

¹³⁴ *Cisal*, cit., punti 30 e 43.

contributi versati¹³⁵. In *Kattner*, è stato altresì precisato – sempre con riguardo al sistema tedesco – che a nulla rileva che il regime sia erogato da un insieme di enti, e non già da un unico ente detentore di una posizione di monopolio¹³⁶.

È in questo contesto che appare necessario spendere qualche parola sulla più recente pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso *Dôvera*¹³⁷, con la quale è stata annullata la sentenza resa dal Tribunale in primo grado¹³⁸. Il caso verteva sul regime di assicurazione sanitaria della Repubblica slovacca e, per quanto qui interessa, sulla natura economica delle attività degli organismi di assicurazione sanitaria che – in virtù di una novella legislativa – avevano assunto la forma giuridica di società per azioni di diritto privato con scopo di lucro. In ragione di quanto precede, il Tribunale aveva considerato che la possibilità di realizzare, utilizzare e distribuire una parte dei loro utili rimettesse in discussione il carattere non economico della loro attività¹³⁹, conclusione avvalorata dall'esistenza di una certa concorrenza sulla qualità e sull'entità dell'offerta tra i vari organismi nell'ambito del regime di assicurazione sanitaria obbligatoria slovacca¹⁴⁰. Questa valutazione veniva poi censurata in appello, dove la Corte di giustizia riscontrava un'errata applicazione dei principi

risultanti dalla propria giurisprudenza da parte del Tribunale. In particolare, l'integrazione della nozione di impresa non avrebbe dovuta essere fatta discendere, direttamente e necessariamente, dall'obbligo di adottare la forma giuridica della società per azioni, essendo in principio irrilevanti le caratteristiche del soggetto che svolge una determinata attività¹⁴¹, ivi inclusi – come illustrato *supra* – il loro *status* giuridico e la loro forma giuridica¹⁴². È difatti necessario operare una valutazione globale del regime slovacco, nel quale la possibilità di cercare di realizzare utili risulta notevolmente regolamentata dalla legge – che stabilisce requisiti intesi a garantire la sostenibilità del regime e il conseguimento degli obiettivi sociali e solidali ad esso sottesi –¹⁴³. Similmente, anche la conclusione raggiunta dal Tribunale circa l'esistenza di un regime di concorrenza appare ancorata – a ben vedere – ad un dato formale, dato che detta concorrenza non concerneva né le prestazioni legali obbligatorie né l'importo dei contributi ma soltanto prestazioni complementari gratuite correlate e accessorie rispetto a quelle obbligatorie¹⁴⁴.

Le precisazioni offerte dalla Corte di giustizia nel caso *Dôvera* sono importanti, specialmente ove si consideri che il fatto di operare allo stesso modo – o comunque in concorrenza – con imprese private attive nello stesso settore ha portato a qualificare come “imprese” diverse entità che perseguiavano un fine sociale. In siffatti casi, è stato posto l'accento su due principali elementi, segnatamente la circostanza che i regimi previdenziali non erano volti a dare attuazione al principio di solidarietà (a causa, ad esempio, del carattere non obbligatorio dell'iscrizione o della libera determinazione delle prestazioni obbligatorie a fronte dei

¹³⁵ *AOK*, cit., punti 51-57. Nel caso in discorso, il ragionamento della Corte di giustizia si basa sulla considerazione per cui l'introduzione da parte del legislatore tedesco di un elemento di concorrenza connesso a detto margine di discrezionalità era finalizzato a promuovere l'esercizio della propria attività da parte delle casse secondo i principi della buona gestione, e cioè nel modo più efficiente e meno dispendioso possibile, nell'interesse del buon funzionamento del sistema di previdenza sociale tedesco, v. *ibid.*, punto 56.

¹³⁶ *Kattner*, cit., punti 49, 50 e 53.

¹³⁷ *Dôvera* (C-262/18 P), cit.

¹³⁸ Trib. Ue, 5 febbraio 2018, *Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. contro Commissione europea*, causa T-216/15, ECLI:EU:T:2018:64.

¹³⁹ *Dôvera* (T-216/15), cit., punto 63.

¹⁴⁰ *Ibid.*, punto 65.

¹⁴¹ *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 39.

¹⁴² Cfr. Sezione III *supra*.

¹⁴³ *Dôvera* (C-262/18 P), cit., punto 40.

¹⁴⁴ *Ibid.*, punti 41-42.

contributi versati) oppure il fatto che non fossero soggetti al controllo da parte dello Stato. In *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, ad esempio, veniva in rilievo un ente francese, senza scopo di lucro, incaricato della gestione di un regime di assicurazione per la vecchiaia integrativo, istituito per legge a titolo facoltativo. Nonostante alcuni tratti ispirati al principio di solidarietà¹⁴⁵, il fatto che tale regime operasse in base al principio della capitalizzazione – così che le prestazioni cui dava diritto dipendevano solo dall'ammontare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente – hanno portato a qualificare l'attività di quest'ultimo come un'attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita¹⁴⁶. La Corte di giustizia è stata anche chiamata a pronunciarsi in merito ad un regime pensionistico integrativo di categoria (segnatamente, del settore dell'industria tessile), istituito mediante accordo collettivo e l'iscrizione al quale era stata resa obbligatoria previa decisione delle autorità pubbliche¹⁴⁷. In particolare, nel caso *Albany*, – analogamente a *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* e diversamente da *Poucet e Pistre* e dagli altri casi succitati – l'importo delle prestazioni erogate dal fondo dipendeva dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati¹⁴⁸ ed erano previste delle circostanze in cui i lavoratori erano esonerati all'obbligo di iscrizione al fondo pensione¹⁴⁹. È sulla base di questi elementi che la Corte di giustizia ha concluso che – nonostante la finalità sociale, la mancanza di fini di lucro e alcuni elementi di solidarietà inerenti al sistema – il fondo in discorso

svolgeva un'attività economica in concorrenza con le società assicurative, integrando quindi la nozione di impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato¹⁵⁰. Un ultimo caso relativo ai regimi di sicurezza sociale meritevole di attenzione è *AG2R Prévoyance*. In questo caso, in breve, la Corte di giustizia ha rilevato che un istituto previdenziale francese (AG2R) che gestiva un regime complementare per il rimborso delle spese sanitarie, obbligatorio per tutti i lavoratori dipendenti di un settore economico – ancorché perseguisse un obiettivo sociale¹⁵¹ e fosse “connotato da un elevato grado di solidarietà”¹⁵² – potesse essere qualificato “impresa” qualora godesse di un certo grado di autonomia nella determinazione delle proprie modalità di funzionamento¹⁵³. In particolare, ciò si sarebbe verificato ove il giudice nazionale avesse ritenuto che AG2R fosse relativamente svincolata dal controllo statale e così in competizione con altre imprese sul mercato dei servizi previdenziali¹⁵⁴.

Passiamo ora all'esame del filone giurisprudenziale relativo al settore sanitario, strettamente connesso con quanto illustrato sinora. Nel caso *Ambulanz Glöckner*, ad esempio, veniva in rilievo la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati da parte di organizzazioni sanitarie senza scopo di lucro, tra cui la Croce Rossa tedesca. Nella sentenza, la Corte di giustizia ha qualificato questi servizi come attività economiche¹⁵⁵ valorizzando la circostanza che essi fossero forniti a fronte di un corrispettivo pagato dagli utenti ed il fatto che dette attività non venissero sempre e necessariamente esercitate dalle

¹⁴⁵ *Fédération française des sociétés d'assurances e a.*, cit., punto 18.

¹⁴⁶ *Ibid.*, punto 17. Nello stesso senso si veda *Pavlov*, cit., punti 102-119.

¹⁴⁷ *Albany*, cit., punto 73.

¹⁴⁸ *Ibid.*, punto 82.

¹⁴⁹ *Ibid.*, punto 83.

¹⁵⁰ *Ibid.*, punti 84-87.

¹⁵¹ C. giust. Ue, 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance contro Beaudout Père et Fils SARL*, causa C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112, punto 44.

¹⁵² *Ibid.*, punto 52.

¹⁵³ *Ibid.*, punti 59-65.

¹⁵⁴ *Ibid.*, punti 63-65.

¹⁵⁵ *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 22.

organizzazioni sanitarie all'origine nel caso di specie o da autorità pubbliche¹⁵⁶. In altre parole, era riscontrabile un'offerta di un servizio su un determinato mercato¹⁵⁷. La CGUE ha raggiunto un'opposta conclusione in *FENIN*, escludendo che la nozione di impresa fosse integrata dall'attività svolta dagli enti pubblici incaricati della gestione del sistema sanitario nazionale spagnolo (*Sistema Nacional de Salud*). Il caso riguardava un reclamo presentato alla Commissione dalla FENIN, associazione delle imprese che commercializzavano prodotti sanitari utilizzati in Spagna nel settore ospedaliero, per denunciare i termini di pagamento eccessivamente lunghi operati dai suddetti enti pubblici nell'acquisto di prodotti sanitari (300 giorni in media) rispetto a quelli operati con altri fornitori. La posizione adottata dalla Commissione, che aveva respinto il reclamo sostenendo la natura non economica degli enti in discorso, veniva avallata dal Tribunale¹⁵⁸ e confermata, in appello, dalla Corte di giustizia¹⁵⁹. In dettaglio, veniva sottolineato, innanzitutto, che la natura economica di un'attività deve essere valutata – come sopra illustrato – prendendo in esame l'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, non già l'attività di acquisto in quanto tale degli stessi – ossia separando tale fase dalla successiva utilizzazione dei prodotti sanitari così acquistati¹⁶⁰ –. Inoltre, veniva rilevato che gli enti pubblici costituenti il *Sistema Nacional de Salud* perseguivano esclusivamente una

finalità sociale e funzionavano ispirandosi al principio di solidarietà, anche con riguardo alle loro modalità di finanziamento. L'offerta di prestazioni gratuite nel settore sanitario agli iscritti sulla base di una copertura universale veniva infatti finanziata mediante contributi sociali e altri contributi statali¹⁶¹, non a fronte di un compenso corrisposto dagli utenti¹⁶².

In terzo ed ultimo luogo, sia sufficiente richiamare alcune pronunce della CGUE e decisioni della Commissione aventi ad oggetto altri servizi a carattere latamente sociale. La Corte di giustizia ha qualificato come attività economica, e quindi considerato rientranti nella nozione di impresa, tra l'altro, le attività di collocamento svolte da un ufficio pubblico per l'occupazione¹⁶³ e le attività di consulenza e di assistenza dei contribuenti per quanto riguarda l'elaborazione e l'invio delle dichiarazioni tributarie all'amministrazione finanziaria svolte dai centri di assistenza fiscale (CAF) – soggetti organizzati dalle parti sociali e incaricati dallo Stato –¹⁶⁴. Un esempio relativo alla prassi della Commissione concerne il regime italiano di esenzione dall'Imposta Comunale sugli Immobili (ICI, sostituita a partire dal 2012 dall'Imposta Municipale Unica, IMU) per gli immobili utilizzati da enti non commerciali e destinati esclusivamente ad attività di assistenza sociale, assistenza sanitaria,

¹⁶¹ *Ibid.*, punto 39.

¹⁶² Il Tribunale, pur non pronunciandosi su quest'ultimo punto, lascia difatti intendere che la conclusione avrebbe potuto essere differente qualora un'organizzazione sanitaria utilizzasse i prodotti sanitari per fornire assistenza sanitaria addebitandone il costo a determinati pazienti secondo i principi di mercato, si veda *FENIN* (causa T-319/99), cit., punti 41-44.

¹⁶³ *Höfner e Elser*, cit., punti 18-23; C. giust. Ue, 11 dicembre 1997, *Job Centre coop. arl.*, causa C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603.

¹⁶⁴ C. giust. Ue, 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl contro Giuseppe Calafiori*, causa C-451/03, ECLI:EU:C:2006:208.

¹⁵⁶ *Ibid.*, punto 20. Infatti, già in passato altri operatori economici privati, tra i quali Ambulanz Glöckner, avevano fornito i servizi di trasporto suddetti, v. *ibid.*, punti 21-22.

¹⁵⁷ V. *supra* Sezione V. Nello stesso senso, si veda *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit., punti 117-125.

¹⁵⁸ Trib. Ue, 4 marzo 2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50.

¹⁵⁹ *FENIN* (causa C-205/03 P), cit.

¹⁶⁰ *FENIN* (causa T-319/99), cit., punti 36-37.

culturale, educativa, ricreativa, ricettiva, sportiva e religiosa¹⁶⁵. A questo proposito, nella propria decisione, la Commissione rilevava che – anche ove tali attività fossero in parte fornite in un’ottica solidaristica e di utilità sociale – tale caratteristica non permetterebbe di escluderne la natura economica se esse involgono, anche solo in parte, l’offerta sul mercato di beni e servizi¹⁶⁶. Infine, sono state considerate imprese ai fini delle norme dell’Unione in materia di concorrenza anche attività di edilizia sociale ad opera di enti giuridici promossi dalle autorità locali¹⁶⁷ o fondazioni¹⁶⁸.

VIII. Rapporti con l’ambito di applicazione delle libertà di circolazione (cenni)

La nozione di attività economica, chiave di volta del concetto di impresa nell’ambito del diritto dell’Unione europea in materia di concorrenza, rileva altresì ai fini dell’ambito di applicazione delle libertà di circolazione sancite dai Trattati. Il riferimento è, segnatamente, alle norme relative all’eliminazione di ogni restrizione

alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, definite dalla stessa Corte di giustizia quali “libertà fondamentali”¹⁶⁹.

Entrambe le discipline, iscritte nei Trattati sin dalle origini del processo di integrazione europea, sono funzionali all’instaurazione e al buon funzionamento del mercato interno. Infatti, gli artt. 101 e 102 e ss. TFUE possono essere considerati il completamento in chiave privatistica delle libertà fondamentali. Nell’originaria impostazione dei Trattati, queste ultime miravano a colpire gli ostacoli di origine pubblicistica che davano luogo a una compartimentazione del mercato, mentre la disciplina in materia di concorrenza – dettata dalle predette disposizioni – colpiva i comportamenti delle imprese. In ragione di quanto precede, dalla giurisprudenza della CGUE emerge una sorta di “parallelismo” e un certo grado di “convergenza” nell’elaborazione dei contorni della nozione di attività economica rilevante per l’applicazione di tali norme¹⁷⁰. Questo non significa che la nozione di impresa abbia natura unitaria e che vi sia, pertanto, una completa sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione delle due discipline. Come sottolineato dall’Avvocato Generale Poiras Maduro nelle conclusioni presentate nel caso *FENIN*, il fatto che uno Stato membro abbia sottratto all’ambito della concorrenza determinate attività – organizzandole in modo che il principio di solidarietà sia predominante¹⁷¹ – non

¹⁶⁵ Decisione della Commissione del 19 dicembre 2012 relativa all’aiuto di Stato SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) Regime riguardante l’esenzione dall’ICI per gli immobili utilizzati da enti non commerciali per fini specifici cui l’Italia ha dato esecuzione [notificata con il numero C(2012) 9461] (2013/284/UE), in G.U.U.E. L 166, 18 giugno 2013, pp. 24-54.

¹⁶⁶ *Ibid.*, punti 96-108, spec. punti 97, 102-103.

¹⁶⁷ Decisione della Commissione del 3 luglio 2001 (Caso N 209/2001-Ireland), SG (2001) D/289528, punto 3

¹⁶⁸ Decisione della Commissione del 15 dicembre 2009 (Casi E 2/2005 and N 642/2009), C (2009) 9963 final, punti 12-13. In questo caso, tuttavia, la Commissione ha considerato l’aiuto per l’attività di costruzione e affitto di abitazioni a privati, la costruzione e manutenzione di infrastrutture accessorie e la costruzione e affitto di edifici destinati a scopi pubblici compatibile con il diritto dell’Unione europea ex art. 106, par. 2, TFUE.

¹⁶⁹ Si vedano in questo senso, *ex multis*, C. giust. Ue, 30 giugno 2011, *Zeturf Ltd contro Premier ministre*, causa C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, punto 48; C. giust. Ue, 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy contro Secretary of State for the Home Department*, causa C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, punto 27.

¹⁷⁰ Questa “convergenza” può essere in parte connessa alla progressiva estensione – realizzata in via pretoria dalla CGUE – dell’ambito di applicazione delle libertà di circolazione a soggetti e organismi di natura privata.

¹⁷¹ V. *supra* Sezione VII.

comporta la conseguente inapplicabilità delle libertà fondamentali¹⁷². Un esempio dello scenario appena descritto è il caso *Freskot*. Qui, la Corte di giustizia, pur escludendo la natura di impresa ai fini del diritto UE in materia di concorrenza dell'Ente ellenico delle assicurazioni agricole (ELGA)¹⁷³, ha affermato che il regime di assicurazione obbligatoria istituito in seno a tale ente poteva rappresentare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi nei confronti delle compagnie assicurative stabilite in altri Stati interessate ad offrire servizi assicurativi in Grecia¹⁷⁴. In *Kattner*, similmente, viene fatta applicazione del c.d. principio di inquadramento. In altre parole, la Corte di giustizia, dopo aver riconosciuto che il diritto dell'Unione non pregiudica la competenza degli Stati membri ad organizzare il proprio sistema previdenziale¹⁷⁵, ha sottolineato che, ciononostante, nell'esercizio di tale competenza gli Stati devono in ogni caso rispettare il diritto UE, con particolare riguardo alle libertà fondamentali¹⁷⁶. Ancora, nella sentenza *Viking*, viene ribadito che "il fatto che un accordo o un'attività siano estranei all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza non comporta che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dall'ambito delle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni

di applicazione"¹⁷⁷. Lo stesso principio vale ad addendi invertiti: nel caso *Meca-Medina*, la Corte di giustizia sancisce che dal fatto che una disciplina di un'attività sportiva non costituisce una restrizione alla libera circolazione non consegue necessariamente che essa esuli dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di concorrenza dettata dai Trattati¹⁷⁸.

Siffatta reciproca autonomia tra le due discipline non ha impedito alla CGUE di delineare qualche punto di contatto tra le stesse. In *Ambulanz Glöckner*, ad esempio, l'incompatibilità di una norma nazionale con la libera prestazione di servizi e con la libertà di stabilimento assurge a criterio applicativo delle disposizioni dei Trattati in materia di concorrenza, con specifico riguardo al pregiudizio del commercio tra Stati membri¹⁷⁹. Similmente, in *Wouters*, la compatibilità di una norma nazionale che imponeva un divieto di collaborazione tra avvocati e revisori dei conti viene valutata con riguardo sia all'art. 101 TFUE sia alle libertà fondamentali, facendo applicazione della giurisprudenza relativa alle esigenze imperative ad entrambe le discipline¹⁸⁰.

Questo parallelismo è particolarmente evidente in alcuni settori, dove la CGUE fonda esplicitamente la natura economica di una determinata attività ai fini del diritto della concorrenza sulla propria precedente giurisprudenza in materia di libertà di circolazione. Così, con riferimento al

¹⁷² Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro in *FENIN* (causa C-205/03 P), cit., punto 51.

¹⁷³ C. giust. Ue, 22 maggio 2003, *Freskot AE contro Elliniko Dimosio*, causa C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298, punti 77-79 e 88, ove viene fatta applicazione dei principi illustrati nella Sezione VII, valorizzando il fatto che l'entità delle prestazioni e del contributo versato venivano stabiliti dal legislatore nazionale.

¹⁷⁴ *Ibid.*, punti 61-73.

¹⁷⁵ *Kattner*, cit., punti 66-68.

¹⁷⁶ *Kattner*, cit., punti 69-76.

¹⁷⁷ C. giust. Ue, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, causa C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, punti 48-55, spec. punto 53. Corsivo aggiunto.

¹⁷⁸ C. giust. Ue, 18 luglio 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione*, causa C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492, punti 28-34, che ha annullato Trib. Ue, 30 settembre 2004, *David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione*, causa T-313/02, ECLI:EU:T:2004:282, si veda in particolare quanto affermato al punto 42.

¹⁷⁹ *Ambulanz Glöckner*, cit., punti 48-50.

¹⁸⁰ *Wouters*, cit., punti 97-109 e 119-123.

settore dell'istruzione scolastica, la natura economica dei corsi impartiti da istituti di insegnamento finanziati mediante fondi privati è stata sancita in *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* facendo applicazione "per analogia" delle conclusioni raggiunte in materia di libera prestazione dei servizi¹⁸¹. Un secondo esempio concerne i servizi notarili. Nella recente sentenza *Lietuvos notary rūmai e a.* – già menzionata *supra* –, viene esclusa la connessione di tali attività con l'esercizio di pubblici poteri sulla base della valutazione condotta in precedenti casi aventi ad oggetto la libertà di stabilimento¹⁸².

Il parallelismo tra le due discipline è ancora più marcato nel filone giurisprudenziale avente ad oggetto la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di alcune regolamentazioni e normative istituite da associazioni sportive internazionali e nazionali. Questa giurisprudenza è stata arricchita – nel corso degli ultimi dodici mesi – da tre sentenze relative al settore calcistico, nelle quali l'applicabilità del diritto dell'Unione allo sport e all'attività delle associazioni sportive viene considerata come un fenomeno unitario rispetto alle due discipline. In particolare, il diritto UE trova applicazione ogni qual volta l'esercizio di uno sport configuri un'"attività economica", salvo il caso di norme specifiche adottate esclusivamente per ragioni di carattere non economico e relative a

questioni che riguardano unicamente lo sport in quanto tale¹⁸³. Al di fuori di questa "eccezione", dette attività ricadranno nell'"ambito d'applicazione delle disposizioni del Trattato FUE relative al diritto economico dell'Unione"¹⁸⁴, concetto inteso come comprensivo sia delle libertà fondamentali sia degli artt. 101 e 102 TFUE. Le sentenze nei casi *European Superleague*, *Royal Antwerp* e *FIFA contro BZ* muovono così nella direzione di una convergenza verso una nozione unitaria di attività economica. Tuttavia, mentre *European Superleague* sembra prefigurare una sostanziale commistione tra gli ambiti di applicazione delle due discipline¹⁸⁵, nella più recente *FIFA contro BZ* viene al contempo riaffermato che esse "perseguono ciascuno uno scopo proprio, prevedono condizioni di applicazione loro proprie che la loro applicazione non è reciprocamente esclusiva e che la loro inosservanza, ove accertata, non comporta le stesse conseguenze"¹⁸⁶. Ne consegue che la Corte di giustizia, – ove richiesto in occasione di rinvio pregiudiziale interpretativo – deve interpretare le relative disposizioni "in successione", e non limitarsi a pronunciarsi sull'interpretazione di una soltanto delle due discipline¹⁸⁷. Questa affermazione, condivisibile nell'ottica della non completa sovrapposizione tra le stesse, contrasta con il *modus operandi* adottato in precedenti sentenze della CGUE¹⁸⁸.

¹⁸³ *European Superleague*, cit., punti 83-85; *Royal Antwerp*, cit., punti 53-55; e *FIFA contro BZ*, cit., punti 75-77.

¹⁸⁴ *European Superleague*, cit., punti 85-89; *Royal Antwerp*, cit., punti 55-58; e *FIFA contro BZ*, cit., punti 77-79. Corsivo aggiunto.

¹⁸⁵ Ove si legge che per il solo fatto di costituire un'attività economica ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione "esse rientrano anche nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato FUE relative alle libertà di circolazione", si veda *European Superleague*, cit., punto 90.

¹⁸⁶ *FIFA contro BZ*, cit., punto 83.

¹⁸⁷ *Ibid.*, punto 83.

¹⁸⁸ Si veda, ad esempio, C. giust. Ue, 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri*,

¹⁸¹ *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, cit., punti 47-50, spec. punto 48, ove viene fatto riferimento – "per analogia" – a C. giust. Ue, 11 settembre 2007, *Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, causa C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492, punto 40, e C. giust. Ue, 11 settembre 2007, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, punti 69-72.

¹⁸² *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punti 63-67, spec. punto 64, ove vengono richiamate C. giust. Ue, 24 maggio 2011, *Commissione contro Francia*, cit., *Commissione contro Paesi Bassi*, cit., e *Commissione contro Ungheria*, cit.

IX. Le associazioni di imprese

Come anticipato, neppure il concetto di “associazione di imprese” trova definizione nei Trattati, ancorché – analogamente a quello di impresa – sia impiegato all’art. 101 TFUE e rappresenti un presupposto applicativo della disciplina dell’Unione in materia di concorrenza. Anche a questo proposito, la CGUE ha colmato la lacuna in via pretoria, delineandone gli elementi costitutivi ed i contorni.

Similmente a quanto visto in relazione al concetto di impresa, la nozione di associazione di imprese deve essere intesa in senso ampio, vale a dire come idonea a ricomprendere qualsivoglia organizzazione tra imprese indipendenti a prescindere dalle caratteristiche “soggettive” di tale organizzazione. In linea di principio, infatti, non rilevano lo *status* e la qualificazione giuridica riservati all’organismo dal diritto nazionale¹⁸⁹, né il fatto che esso sia dotato di personalità giuridica, né, infine, la circostanza che abbia scopo di lucro¹⁹⁰. Allo stesso modo, i membri di un’associazione di imprese possono essere sia persone fisiche, sia persone giuridiche, sia, essi stessi, associazioni di imprese¹⁹¹. Se è essenziale che l’associazione di imprese annoveri tra i

suoi membri, direttamente o indirettamente, attività economiche qualificabili come imprese, la circostanza che essa possa raggruppare anche persone o entità non qualificabili come tali non la priva del carattere in esame¹⁹². Organizzazioni suscumbibili nella nozione di associazione di imprese possono, a loro volta, svolgere un’attività economica e quindi integrare, allo stesso tempo, anche la nozione di impresa¹⁹³, benché ciò non sia in alcun modo necessario¹⁹⁴. Differentemente da quanto avviene in seno a gruppi di imprese, nel caso di associazioni di imprese non esistono vincoli sufficienti tra le stesse per consentire l’adozione sul mercato di un’identica linea d’azione che porti a sopprimere i rapporti concorrenziali tra le imprese¹⁹⁵. La casistica giurisprudenziale ha ricondotto alla nozione in esame, tra l’altro, ordini professionali¹⁹⁶ e associazioni sportive nazionali e internazionali¹⁹⁷.

L’esame della giurisprudenza della Corte di giustizia permette di identificare una serie di criteri utili a determinare se la nozione di associazione di imprese è integrata. Tali criteri sono stati non di rado elaborati con riguardo ad organismi professionali, al fine di perimetrarne i confini rispetto all’esercizio di pubblici poteri. Più

causa C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, punto 138, ove si legge che “[p]oiché i due tipi di norme menzionate nelle questioni pregiudiziali sono in contrasto con l’art. [45 TFUE], non occorre pronunciarsi sull’interpretazione degli artt. [101 e 102 TFUE]”.

¹⁸⁹ C. giust. Ue, 30 gennaio 1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac contro Guy Clair*, causa 123/83, ECLI:EU:C:1985:33, punto 17; *Commissione contro Repubblica italiana (spedizionieri doganali)*, cit., punto 40.

¹⁹⁰ *Pavlov*, cit., punti 85-86; *Wouters*, cit., punto 112.

¹⁹¹ Trib. Ue, 26 gennaio 2005, *Laurent Piau contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, punto 69; Trib. Ue, 13 dicembre 2006, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) e Fédération nationale des syndicats d’exploitants agricoles (FNSEA) e altri (T-245/03) contro Commissione*, cause riunite

T-217/03 e T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punti 48-54.

¹⁹² *FNCBV*, cit., punto 55.

¹⁹³ *European Superleague*, cit., punti 114-116, spec. punto 115; *FIFA contro BZ*, cit., punti 117-118.

¹⁹⁴ *Wouters*, cit., punto 112.

¹⁹⁵ *Ibid.*, punti 113-115.

¹⁹⁶ *Wouters*, cit., punti 44-71, spec. punto 64; C. giust. Ue, 28 febbraio 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contro Autoridade da Concorrência*, causa C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, punti 39-59; C. giust. Ue, 18 luglio 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contro Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità garante della concorrenza e del mercato contro Consiglio nazionale dei geologi*, causa C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489, punti 41-45; *Lietuvos notary rūmai e a.*, cit., punti 69-87.

¹⁹⁷ *European Superleague*, cit., punti 114-116, spec. punto 115; *Royal Antwerp*, cit., punti 78-79; *FIFA contro BZ*, cit., punti 117-118.

in particolare, è stata attribuita importanza, in primo luogo, alla *composizione degli organi direttivi* dell'organizzazione, i cui membri devono rappresentare ed essere espressione, almeno in via principale, delle imprese di cui l'associazione si compone¹⁹⁸; anche nei casi in cui essi siano formalmente nominati dalla pubblica autorità¹⁹⁹. Nel caso di organizzazioni professionali, gli organi direttivi sono di norma composti in via esclusiva da membri della professione eletti dai loro pari, senza ingerenze da parte delle autorità nazionali²⁰⁰. In secondo luogo, lo Stato non deve poter influenzare in modo decisivo il *funzionamento* dell'organo in questione nell'adozione delle proprie decisioni²⁰¹. La Corte di giustizia ha difatti sottolineato che il potere regolamentare o decisionale dell'organo non deve essere accompagnato da condizioni o criteri di interesse pubblico generale²⁰² né deve essere soggetto a controllo e all'esercizio del potere decisionale in ultima istanza da parte dello Stato²⁰³. Nelle ipotesi da ultimo delineate, infatti, l'esercizio di un potere regolamentare o decisionale avverrebbe sulla base di una "delega" di propri poteri o competenze da parte di un'autorità pubblica, con la conseguenza che l'organismo in questione non

potrà essere qualificato come associazione di imprese²⁰⁴.

LORENZO CECCHETTI

Bibliografia

F. AMATO, «Commento all'Articolo 101 TFUE», in *Trattati dell'Unione europea*, (a cura di) A. Tizzano, Milano, II ed., 2014, p. 1019 ss.; N. BOEGER, «Solidarity and EC Competition Law», in *European Law Review*, 2007, p. 319 ss.; F. BONELLI, «La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato CEE», in *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, (a cura di) P. Verrucoli, Milano, 1977, p. 37 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, 2011; D. GALLO, «L'economicità alla luce della giurisprudenza UE e della prassi della Commissione sui servizi socio-sanitari», in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 287 ss.; D. GALLO, *Public Services and EU Competition Law: The Social Market Economy in Action*, Londra, 2021; E. KLOOSTERHUIS, «Defining Non-economic Activities in Competition Law», in *European Competition Journal*, 2017, p. 117 ss.; G. MEESEN, «Article 101 TFEU», in

¹⁹⁸ Clair, cit., punti 18-19.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Wouters, cit., punto 61; Consiglio nazionale dei geologi, cit., punto 43; Lietuvos notarų rūmai e a., cit., punto 73.

²⁰¹ C. giust. Ue, 4 settembre 2014, API – Anonima Petroli Italiana SpA e altri contro Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e altri, cause riunite da C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, punti 33-41; Lietuvos notarų rūmai e a., cit., punto 74.

²⁰² Wouters, cit., punti 62 e 68; Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, cit., punti 49, 54-55.

²⁰³ Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, cit., punti 54-55; C. giust. Ue, 3 novembre 2017, «CHEZ Elektro Bulgaria» AD contro Yordan Kotsev e «FrontEx International» EAD contro Emil Yanakiev, cause riunite C-427/16 e C-428/16, ECLI:EU:C:2017:890, punti 48-49; Lietuvos notarų rūmai e a., cit., punto 75.

²⁰⁴ C. giust. Ue, 17 novembre 1993, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contro Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, causa C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886, punti 20-23; C. giust. Ue, 9 giugno 1994, causa C-153/93, Repubblica federale di Germania contro Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:1994:240, punti 19-22; C. giust. Ue, 17 ottobre 1995, DIP SpA e altri contro Comune di Bassano del Grappa e Comune di Chioggia, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, ECLI:EU:C:1995:330, punti 20-23; CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International, cit., punti 48-49; Lietuvos notarų rūmai e a., cit., punto 75.

The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary, (a cura di) M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin, Oxford, 2019, p. 998 ss.; L. MONTANA, J. JELLIS, «The Concept of Undertakings in EC Competition Law and its Application to Public Bodies: Can You Buy Your Way into Article 82?», in *Competition Law Journal*, 2003, p. 110 ss.; K. MORTELMANS, «Towards convergence in the

application of the rules on free movement and competition?», in *Common Market Law Review*, 2001, p. 613 ss.; O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford, 2006; O. ODUDU, D. BAILEY, «The single economic entity doctrine, in EU competition Law», in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1721 ss.

IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO TRA STATI MEMBRI

Sommario: **I.** L'elemento transfrontaliero nelle regole di concorrenza del TFUE. – **II.** L'elemento transfrontaliero nelle regole a protezione delle libertà economiche garantite dal TFUE. – **III.** L'elemento transfrontaliero e la dimensione esterna del mercato europeo. **IV.** Il pregiudizio al commercio quale presupposto per l'applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE. – **V.** Il pregiudizio al commercio nel sistema del regolamento (CE) n. 1/2003. – **VI.** La valutazione del pregiudizio al commercio nella prassi della Commissione europea. – **VII.** Profili applicativi nella giurisprudenza.

I. L'elemento transfrontaliero nelle regole di concorrenza del TFUE

Per l'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE"), si richiede che il comportamento di impresa sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri. L'art. 101, § 1, TFUE stabilisce che il divieto ivi disposto sia applicabile a condizione che, tra l'altro, le intese «possono pregiudicare il commercio tra Stati membri». Del pari, l'articolo 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, «nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri». L'iniziale ed intenso dibattito sul significato del termine «pregiudicare», ovvero se ad esso dovesse attribuirsi un significato negativo, come è suggerito dal testo italiano e da quello olandese (*ongunstig beïnvloeden*: influenzare sfavorevolmente) del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea

(«Trattato CEE»), oppure un significato neutrale, come consente il francese *affecter*, è stato decisamente risolto in favore di questa seconda opzione. Si considera, dunque, rilevante l'incidenza sugli scambi di per sé considerata, senza richiedere che il commercio ne venga necessariamente ristretto o ridotto. La struttura degli scambi può essere alterata anche quando un accordo o una pratica determinino un aumento degli scambi, se appare comunque probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe sviluppato in sua assenza. Quanto al concetto di «commercio», esso non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero. Si tratta di un'accezione più ampia, che copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento d'impresa. Del resto, questa interpretazione è coerente con l'obiettivo fondamentale del Trattato, di promuovere la libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali¹.

Inoltre, è appena il caso di ricordare che tra le regole di concorrenza applicabili agli Stati membri, l'articolo 107 TFUE prevede che gli aiuti di Stato siano incompatibili con il mercato interno, tra l'altro, «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri». Anche in tal caso,

¹ C. giust. UE 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*. Vedi anche C. giust. UE 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*; del 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*; del 21 gennaio 1999 cause riunite C-215/96 e 216/96, *Carlo Bagnasco e a./Banca Popolare di Novara soc. coop. a r. l. (BNP)*; 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre* 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*.

peraltro, la giurisprudenza della Corte non ha certo enfatizzato la portata di un tale requisito, consolidando nel tempo la seguente presunzione di base: «allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto»². In tal modo, l'entità relativamente esigua dell'aiuto, o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa che ne beneficia, non escludono a priori l'eventualità che il commercio fra gli Stati membri possa essere pregiudicato³.

II. L'elemento transfrontaliero nelle regole a protezione delle libertà economiche garantite dal TFUE

In effetti, il requisito del pregiudizio al commercio integra il cosiddetto «elemento transfrontaliero» che, con diversa intensità, ha connotato ciascuna delle norme che costituiscono la costituzione economica europea, quali create dal Trattato CEE. Gli estensori di quel Trattato avevano inteso, in tal modo, sottrarre all'ambito di applicazione del medesimo le vicende che rivestissero una rilevanza «puramente interna», rispetto ad un singolo Stato membro. Così, la libera circolazione nella Comunità era tradizionalmente fondata sul principio del divieto di restrizioni discriminatorie. Essa cioè sembrava imperniarsi, almeno in linea di principio, sul divieto delle sole misure restrittive suscettibili di provocare discriminazioni tra soggetti stabiliti in Stati

membri diversi. Da tempo, tuttavia, la giurisprudenza della Corte è orientata nel senso di riferire i divieti di cui trattasi non solo alle restrizioni di carattere discriminatorio, ma più in generale a tutte quelle che limitano la possibilità di circolare all'interno della Comunità, alla stregua di un principio che informa tanto le merci quanto il regime dei lavoratori dipendenti, quello dello stabilimento e dei servizi. Un tale approccio ha necessariamente comportato una progressiva compressione del rilievo applicativo dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri ed *a fortiori*, una generale irrilevanza del grado di intensità dei relativi effetti. È stato ben presto chiarito, inoltre, che per quanto riguarda le merci, al pari della disciplina per la libertà di circolazione dei lavoratori, stabilimento, prestazione dei servizi – di cui essa ha costituito matrice – non assumono «alcun rilievo i criteri elaborati nella giurisprudenza della Corte relativa all'art. [101 TFUE], in particolare per quanto riguarda la nozione di pregiudizio per il commercio fra stati membri e che in particolare l'art. [34 TFUE] non fa alcuna distinzione fra i provvedimenti che possono essere qualificati come misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, a seconda della consistenza del pregiudizio per il commercio fra Stati membri»⁴.

III. L'elemento transfrontaliero e la dimensione esterna del mercato europeo

Ancora su un piano generale, rispetto a ciascuna delle disposizioni succintamente richiamate, la condizione del pregiudizio al commercio – o se si preferisce la verifica

² C. giust. UE 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris/Commissione*, punto 11.

³ C. giust. UE 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*; 11 novembre 1987, causa 295/85, *Francia/Commissione*; 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*; 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia/Commissione* e 14 settembre 1994, cause riunite da C-278 a 280/92, *Spagna/Commissione*.

⁴ C. giust. UE 5 aprile 1984, cause riunite 177/82 e 178/82, *Van de Haar*, punto 13. Vedi anche C. giust. UE 5 giugno 1986, causa 103/84, *Commissione/Italia* e del 18 maggio 1993 causa C-126/91, *Yves Rocher*.

dell'elemento transfrontaliero della fattispecie – assolve ad una funzione prettamente domestica, nel senso di esprimere un criterio di competenza per l'applicazione del diritto europeo, in chiave assoluta ovvero in relazione a norme nazionali concorrenti. Emblematico è proprio il caso delle disposizioni antitrust, rispetto alle quali il requisito del pregiudizio al commercio esplica la propria funzione primaria quale criterio di giurisdizione (*Kollisionnorme*), per la delimitazione tra l'ambito di applicazione del diritto europeo della concorrenza, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE e quello del diritto nazionale della concorrenza.

Si tratta dunque di una prospettiva che si focalizza all'interno del perimetro dell'Unione Europea, ma che risulta destinata a conoscere, come in parte ha già conosciuto, una significativa evoluzione⁵. Se è, infatti, vero che grazie a un mercato interno forte, aperto e competitivo, sia le imprese europee che le imprese estere possono competere in base ai propri meriti, l'interdipendenza delle catene del valore a livello mondiale determina l'esigenza di assicurare competitività e autonomia strategica dell'Unione in un contesto globale⁶. Così, la necessità di rispondere a una nuova situazione economica e geopolitica non sta solo connotando l'enforcement dei tradizionali meccanismi per la tutela della concorrenza, ma ha portato all'introduzione di nuovi strumenti volti a far fronte alle sfide emergenti per il mercato unico, nella sua dimensione esterna.

Il riferimento è alla disciplina introdotta per il controllo dei gate-keeper digitali⁷

e degli effetti distorsivi delle sovvenzioni estere⁸. La prima, per garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di tali operatori; la seconda per stabilire norme e procedure per indagare sulle sovvenzioni estere che provocano o possono provocare distorsioni sul mercato interno e, se del caso, ponendo rimedio alle stesse.

Per quanto in questa sede rileva, con l'introduzione di questi due regolamenti, la nozione stessa di pregiudizio al commercio viene a perdere il suo carattere orizzontale e comune, precedentemente detenuto rispetto alla generalità delle norme a tutela del mercato interno, non figurando, né in un caso né nell'altro, tra le formali condizioni di applicabilità della conferente disciplina. E questo ancorché il corretto funzionamento del mercato interno rimanga il nucleo essenziale di entrambi i regolamenti.

IV. Il pregiudizio al commercio quale presupposto per l'applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE

Tanto premesso, è notorio come la condizione del pregiudizio al commercio derivi la propria rilevanza nel quadro regole di concorrenza applicabili alle imprese, dalla natura delle competenze a tal fine attribuite alla Comunità e poi all'Unione Europea. Per loro espressa previsione, gli artt. 101 e 102 TFUE sono applicabili alle intese restrittive della concorrenza e agli abusi di posizione dominante che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri.

⁸ Regolamento (UE) 2022/2560 del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

⁵ Cfr., *The future of European competitiveness Part B | In-depth analysis and recommendations*, September 2024, pagg. 295 ss.

⁶ Cfr., Comunicazione della Commissione, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, Bruxelles, 18.11.2021 COM(2021) 713 final.

⁷ Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale.

Proprio nella misura in cui un'intesa restrittiva o un abuso di posizione dominante possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, l'alterazione della concorrenza provocata da uno di tali comportamenti ricade sotto i divieti degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE, mentre in caso contrario vi è sottratta⁹. A questo riguardo, risulta da una giurisprudenza costante che un accordo fra imprese o un abuso di posizione dominante, per poter pregiudicare il commercio tra Stati membri, «deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati»¹⁰. Inoltre, siffatta influenza sugli scambi deve, secondo la giurisprudenza, essere significativa: «[un] accordo non ricade sotto il divieto dell'[art. 101 TFUE] qualora, tenuto conto della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi, esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante»¹¹. La condizione dell'idoneità a pregiudicare il commercio tra Stati membri è soddisfatta qualora un insieme di elementi oggettivi di diritto o di fatto consenta di prevedere

con un sufficiente grado di probabilità che un'intesa può esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale sulle correnti degli scambi tra Stati membri¹². Coerentemente, la circostanza che un accordo tra imprese riguardi soltanto gli operatori stabiliti in un unico Stato membro non è sufficiente, di per sé, ad escludere che tale accordo possa incidere sugli scambi intracomunitari¹³, mentre un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato¹⁴. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri funge così da criterio di delimitazione tra l'ambito di applicazione del diritto europeo della concorrenza, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE e quello del diritto nazionale della concorrenza. Se risulta che la violazione addotta non può pregiudicare il commercio intra-europeo, o che lo pregiudica solo in misura irrilevante, il diritto europeo della concorrenza non è applicabile¹⁵. È in questa specifica prospettiva che tale nozione assume la più ampia rilevanza, tanto in termini di principio, quanto in chiave applicativa, alla stregua di quanto si confida di poter illustrare anche nel prosieguo del presente

⁹ C. giust. UE 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig/Commissione*; 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents/Commissione*; 1° febbraio 1978, causa 19/77, *Miller/Commissione*, nonché più di recente 23 aprile 2009, causa C 425/07 P, *AEPI Elliniki*, nonché, più di recente, Concl. Pitruzzella 12 gennaio 2023, causa C 128/21, *Lietuvos notarų rūmai*.

¹⁰ C. giust. UE 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e a./Commissione*, 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco*, cit.

¹¹ C. giust. UE 9 luglio 1969, causa 5/69, *Völk*, punto 7. Vedi anche C. giust. UE 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguélin*, e 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, nonché Concl. Mengozzi 27 novembre 2008, causa C-425/07, *AEPI Elliniki*.

¹² C. giust. UE 9 luglio 1969, *Völk*, cit., del 10 luglio 1980, causa 99/79, *Lancôme e Cosparfrance*, e 11 luglio 1985, *Remia* cit., 16 giugno 2022 causa C 700/19 P, *Toshiba Samsung Storage Technology Corp.*

¹³ C. giust. UE 11 luglio 1989, causa 246/86, *Belasco/Commissione*, 4 ottobre 2024 causa C 650/22, *FIFA*.

¹⁴ C. giust. UE 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, nonché, più di recente Concl. Geelhoed 29 giugno 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax* e C. giust. UE 16 luglio 2015 C-172/14, *ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA*.

¹⁵ C. giust. UE 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef Equifax e Administración del Estado* e la giurisprudenza ivi citata, nonché 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, *Dalmine/Commissione*, e la giurisprudenza ivi citata.

contributo. Prima di procedere in tal senso, è tuttavia utile svolgere due brevi cenni ad altrettanti temi – non privi di significato ai fini di un complessivo inquadramento dell’istituto in parola. Riguardo, in primo luogo, alla disciplina delle intese restrittive e degli abusi di posizione dominante, si osserva come il requisito del pregiudizio al commercio operi anche rispetto a pratiche realizzate da soggetti stabiliti al di fuori del territorio dell’Unione Europea. Esso rileva dunque, in funzione della c.d. applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza. Come si ricorderà, il tema ha formato oggetto di una raffinata elaborazione giurisprudenziale, a partire dal caso *Materie Coloranti*¹⁶, in cui la Commissione aveva rivendicato la propria giurisdizione in base alla cosiddetta «dottrina degli effetti» e cioè senza tener conto del luogo dove le imprese si trovano o in cui la pratica sia stata compiuta, nel caso in cui gli effetti siano tale da incidere sulla concorrenza e pregiudicare il commercio nell’allora Comunità. In quell’occasione tuttavia, la Corte di giustizia ha poi ricostruito la fattispecie, enfatizzando che le imprese interessate operavano all’interno della Comunità tramite società dal loro controllate, rifacendosi in tal modo al principio della territorialità, che è uno dei fondamenti universalmente riconosciuti del diritto internazionale pubblico per la definizione della giurisdizione. Analogamente, nel caso *Pasta di legno*, la Corte di giustizia sembra aver evitato un’esplicita adesione alla «dottrina degli effetti», affermando che la competenza della Comunità si basava su determinati comportamenti degli interessati, cioè sull’attuazione della pratica concordata¹⁷. Anche successivamente, le Corti

europee hanno costantemente ricercato un elemento di collegamento materiale onde affermare la giurisdizione europea. E ciò sia che un’impresa stabilita in un paese terzo operasse direttamente all’interno del mercato unico ponendo in essere comportamenti restrittivi della concorrenza¹⁸; sia che detta impresa attuasce tali comportamenti restrittivi per il tramite di filiali stabilite all’interno dell’UE¹⁹; sia, infine, allorché un abuso all’interno del mercato unico venisse commesso da un’impresa la cui posizione dominante sia stata accertata rispetto ad un mercato situato al di fuori dell’UE²⁰. Come si vede, il principio secondo il quale l’accordo o la pratica devono essere in grado di avere un’influenza sensibile, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri, trova quindi applicazione anche nel caso di pratiche imputabili ad imprese stabilite al di fuori dell’Unione Europea e/o di comportamenti materialmente realizzati in paesi terzi²¹. Non è questa la sede per approfondire caratteri e limiti di un tale approccio, ancorché esso – come anticipato – investa un tema di crescente rilevanza nelle condizioni attuali, caratterizzate da economie globali, mercati integrati e modelli commerciali elaborati.

degli effetti» poteva applicarsi purché gli effetti del comportamento fossero diretti e prevedibili. Egli ha esposto le sue opinioni in un esauriente resoconto contenente una rassegna della «dottrina degli effetti» nel diritto internazionale, il relativo principio della legislazione statunitense e le varie basi giurisdizionali per la sua applicazione *antitrust* suggerite dagli accademici.

¹⁸ C. giust. UE 27 settembre 1988, cause riunite, 89. 104. 114. 116. 117. 125-129/85 *Pâte de Bois*.

¹⁹ C. giust. UE 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione*.

²⁰ C. giust. UE 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*, nonché in tempi più recenti C. giust. UE, 6 settembre 2017, causa 413/14 P, *Intel*.

²¹ Comunicazione della Commissione – Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 101 e 102 TFUE - GUUE n. C 101 del 27/04/2004 pag. 81, § 100 ss.

¹⁶ C. giust UE 14 luglio 1972, cause riunite 49-57/69, *Materie Coloranti*.

¹⁷ C. giust. UE 27 dicembre 1988, cause riunite 89, 104, 116-117 e 125 - 129/85, *A. Alstom Oy e altri contro la Commissione*. In quell’occasione, l’Avvocato generale Darmon ha concluso che la «dottrina

Può, tuttavia, menzionarsi che i termini della questione sono stati analiticamente ricostruiti ad opera della Direzione Generale concorrenza della Commissione in una *Notice* elaborata in merito alle implicazioni tra «*withdrawal of the United Kingdom and EU competition law*»²². In secondo luogo, con riferimento al controllo delle concentrazioni tra imprese, è ben noto che la competenza europea è definita dall'applicazione dei criteri relativi al fatturato contenuti nell'articolo 1, paragrafi 2 e 3 del regolamento sulle concentrazioni²³. Per l'esame delle concentrazioni non vi è una competenza concorrente della Commissione e degli Stati membri: il regolamento sulle concentrazioni stabilisce al contrario una chiara divisione

delle competenze. Le concentrazioni «di dimensione europea», ossia quelle che superano le soglie di fatturato di cui all'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni, sono di esclusiva competenza della Commissione e gli Stati membri non possono applicare a tali concentrazioni la loro normativa nazionale sulla concorrenza. Le concentrazioni che non raggiungono le soglie rimangono invece di competenza degli Stati membri e la Commissione non è competente ad esaminarle a norma del regolamento sulle concentrazioni. Ora, secondo una concezione ampiamente condivisa, può ritenersi che la dimensione europea di una determinata operazione non sia altro che una forma di definizione su base quantitativa di una concentrazione tra imprese idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Una tale considerazione oltre che sorretta da palesi esigenze di coerenza sistematica, risulta peraltro avvalorata dal tenore letterale dell'articolo 22, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni, ai sensi del quale, su richiesta dello Stato membro, la Commissione può decidere di esaminare la concentrazione se ritiene che i) incida sul commercio fra Stati membri e ii) rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta. Del resto in sede di applicazione del meccanismo di rinvio disposto dal citato art. 22, la Commissione non ha mancato di rilevare che – coerentemente con quanto da essa stessa declinato nella comunicazione sul rinvio in materia di concentrazioni²⁴ – un'operazione può formare oggetto di rinvio ad uno Stato membro quando è atta ad avere un'influenza riscontrabile sulla struttura degli scambi tra Stati membri, risultando applicabili

²² European Commission, Directorate-General for Competition, 25 marzo 2019, *Notice to stakeholders: withdrawal of the United Kingdom and EU competition law*, il cui assunto di fondo è quello per cui «the fact that the United Kingdom will become a third country following its withdrawal, will not have as such an impact on the applicability of the EU antitrust rules to UK companies. As any other company registered or headquartered in a third country, a UK company will be subject to EU antitrust rules if its anticompetitive conduct is implemented or produces effects in the EU. This applies to public undertakings and undertakings enjoying special or exclusive rights located or established in the United Kingdom». In quella sede, inoltre, si legge che: «the territorial application of EU antitrust rules is defined in Articles 101 and 102 TFEU, as interpreted by the Court of Justice of the European Union ("Court of Justice"). They apply regardless of the nationality of the undertaking or its country of incorporation or where its headquarters are located, and may also cover conduct occurring outside of the EU. The Court of Justice has held that the fact that an undertaking participating in an agreement is situated in a third country does not prevent the application of the TFEU, if that agreement is operative on the territory of the internal market. For conduct occurring outside the EU, the Commission's jurisdiction can be justified under public international law either on the basis of the implementation of conduct in the EU or on the basis of the qualified effects doctrine in the EU».

²³ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, GU L 24 del 29.1.2004, p. 1.

²⁴ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, paragrafi. GU C 56 del 5.3.2005, p. 2.

per analogia i criteri di accertamento previsti dalle linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 101 e 102 TFUE²⁵. Del resto, la sussistenza di elementi di parallelismo, ai fini che ci occupano, tra regole *antitrust* e disciplina delle concentrazioni emerge nitidamente dalla citata *Notice* su «*withdrawal of the United Kingdom and EU competition law*», ove si pone una certa enfasi viene posta sul dato per cui il controllo europeo delle concertazioni si svolge avendo esclusivo rilievo al rileva il luogo in cui le imprese svolgono le attività e generano il fatturato, piuttosto che a quello dove sono stabilite e hanno la propria sede²⁶.

V. Il pregiudizio al commercio nel sistema del regolamento (CE) n. 1/2003

Ciò posto, il sistema sopra delineato trova compiuta disciplina nel regolamento (CE) n. 1/2003, concernente l'applicazione

delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (ora, articoli 101 e 102 TFUE), che all'articolo 3, regola i rapporti tra gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza²⁷. Secondo l'art. 3 Reg. n. 1/2003, le legislazioni nazionali in materia di concorrenza si applicano insieme agli articoli 101 e 102 TFUE quando gli accordi, le decisioni o le pratiche di cui si tratta «possono pregiudicare il commercio tra Stati membri» ai sensi del Trattato. Per il legislatore dell'Unione, dunque, se esiste

²⁷ A termini dell'art. 3, § 1, «[q]uando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo [101 TFUE] che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo [101 TFUE] a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo [102 TFUE], esse applicano anche l'articolo [102 TFUE]». L'art. 3, § 2, dispone che «[d]all'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo [101, paragrafo 1, TFUE], che soddisfano le condizioni dell'articolo [101, paragrafo 3, TFUE] o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo [101, paragrafo 3, TFUE]. Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese». Infine, l'articolo 3, § 3, stabilisce quanto segue: «[f]atti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto europeo, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102 TFUE]».

²⁵ Dec. Comm. UE 7 settembre 2010, COMP/M.5969, *SC Johnson / Sara Lee*, su richiesta della Comisión Nacional de la Competencia di rinvio alla Commissione a norma dell'articolo 22, § 1, del Reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio.

²⁶ Al riguardo, in particolare, la *Notice* sottolinea che «the EUMR establishes an *ex ante* control system, in which certain types of transactions with specific turnover thresholds have to obtain the Commission's approval before the parties involved are allowed to implement them. If the Commission has jurisdiction over a transaction under the EUMR, Member States are no longer allowed to apply their national competition laws to this transaction. They may, however, take appropriate measures to protect legitimate interests other than those taken into consideration by the EUMR, under the conditions provided for in Article 21 thereof. The exclusive jurisdiction of the Commission in the EU under the EUMR is also referred to as the "one-stop-shop principle". As for *antitrust* rules, the EU merger control system applies regardless of the nationality or country of incorporation or where the headquarters of a company are located».

un potenziale pregiudizio al commercio tra Stati membri, la legislazione nazionale può eventualmente essere applicata parallelamente al diritto dell'Unione (art. 3, § 1,) e quest'ultimo fungerà da «barriera» (art. 3, § 2). Più in dettaglio, l'art. 3 obbliga le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE ad accordi e a pratiche abusive che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, riconoscendo peraltro alle autorità ed ai giudici nazionali la possibilità di applicare altresì, in via concorrente, il diritto nazionale. Il ricorso ad una tale facoltà non è tuttavia incondizionato. Dall'eventuale applicazione concorrente della legislazione nazionale in materia di concorrenza non possono comunque scaturire esiti difformi da quelli conseguibili in base alle sole regole europee rispetto al caso di cui trattasi. Altrimenti non può esservi alcun margine per il diritto nazionale, a salvaguardia del primato del diritto dell'Unione e dell'esigenza di una sua uniforme applicazione. Ciò, peraltro, con tre temperamenti: il primo relativo all'ipotesi di norme nazionali che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese, in base a criteri più rigorosi e stringenti di quelli espressi dall'art. 102 TFUE; il secondo concernente norme nazionali estranee al sistema di tutela della concorrenza, che perseguono quindi un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 101 e 102 TFUE; il terzo riferito alla legislazione nazionale in materia di controllo delle concentrazioni²⁸. È, inoltre, appena il caso di ricordare che il requisito del pregiudizio al commercio configura un presupposto di applicazione, non solo della disciplina sostanziale resa dagli

articoli gli artt. 101 e 102 TFUE, ma anche dell'impianto di regole e procedure definito in ambito europeo per assicurare l'effetto utile di quelle norme. Così, con riguardo all'applicazione a livello pubblicistico, il sistema definito dalla direttiva (UE) 2019/1, per garantire che le autorità nazionali dispongano delle necessarie garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori per poter applicare efficacemente le regole di concorrenza, è calibrato sull'*enforcement* degli articoli 101 e 102 TFUE, potendosi estendere alle corrispondenti disposizioni nazionali, solo in via incidentale e segnatamente nell'ipotesi di applicazione parallela del diritto nazionale della concorrenza allo stesso caso²⁹. Analoga opzione è stata fatta propria dal legislatore europeo in sede di definizione della disciplina per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato da una violazione del diritto *antitrust*. La direttiva (UE) 2014/104 risulta, infatti, pienamente applicabile alle violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE, mentre può essere invocata per le violazioni del diritto nazionale, limitatamente alle disposizioni che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 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. 1/2003³⁰. Di conseguenza, come può leggersi nelle conclusioni relative alla causa *Cogeco*, dal combinato disposto dell'articolo 1, paragrafo 1 e dell'articolo 2, punti 1

²⁹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

³⁰ Direttiva 2019/1/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

²⁸ Cfr., per una recente ricostruzione del sistema reso dall'art. 3 del Reg. n. 1/2003, Concl. Cruz Villalón, 25 ottobre 2012, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt e a. / Gazdasági Versenybivatal*.

e 3 discende che l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/104 è relativo alle controversie aventi ad oggetto diritti al risarcimento del danno fondati – in ogni caso anche – su violazioni del diritto dell'Unione in materia di intese. Anche in questa ipotesi, il riferimento è quindi ai casi nei quali ricorre l'«elemento transfrontaliero» di cui all'articolo 101 TFUE o, rispettivamente, all'articolo 102 TFUE, ove cioè – perlomeno potenzialmente – possa essere ritenuto sussistente un sensibile pregiudizio al commercio tra Stati membri³¹.

VI. La valutazione del pregiudizio al commercio nella prassi della Commissione europea

In una sua Comunicazione del 2004, la Commissione, ispirandosi alla giurisprudenza dei giudici dell'Unione, ha esposto determinati criteri pratici, in base ai quali è possibile valutare se un accordo tra imprese ovvero un abuso di posizione dominante, sia in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri³². Sul piano giuridico formale, con tale Comunicazione, la Commissione non ha esercitato competenze legislative, ma ha invece agito in veste di Autorità garante della concorrenza dell'Unione europea, nel quadro della responsabilità ad essa attribuita ai fini del mantenimento e dello sviluppo di un sistema di concorrenza non falsato nel mercato unico³³. Per quanto

riguarda i procedimenti amministrativi a livello dell'Unione, è pacifico nella giurisprudenza che la Commissione, adottando comunicazioni relative alla prassi dell'amministrazione, si autolimita. Si tratta di norme di comportamento da cui la Commissione non può discostarsi nel singolo caso senza fornirne le ragioni e rimanendo nell'osservanza del principio della parità di trattamento³⁴. Nello specifico della Comunicazione sul pregiudizio al commercio, essa pare contenere più di una semplice codificazione della conferente elaborazione giurisprudenziale. In quella sede, infatti, la Commissione espressamente definisce la sua «metodologia per applicare la nozione di pregiudizio al commercio [tra Stati membri]»³⁵ e dichiara che, in presenza di determinate circostanze non avvierà un procedimento contro le imprese e che non infliggerà loro ammende. Con la pubblicazione di tali linee direttrici, la Commissione si è assunta unilateralmente un obbligo al quale deve attenersi nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione in ordine alle condizioni economiche relative al pregiudizio al commercio tra Stati membri. Nel verificare se il comportamento delle imprese ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE sia in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri, essa non può, dunque, applicare una metodologia diversa da quella esposta nelle sue linee direttrici del 2004 senza un giustificato motivo³⁶. Per quanto attiene ai procedimenti a livello di Stati membri, gli effetti di una tale comunicazione sono meno stringenti. Dall'obbligo di leale

³¹ Concl. Kokott 17 gennaio 2019 causa C 637/17, Cogeco Communications Inc.

³² Comunicazione della Commissione «Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato», GUUE 21 aprile 2004, C 101, pag. 81.

³³ C. giust. UE 1° giugno 1999, causa C 126/97, *Eco Sviss*; del 20 settembre 2001, causa C 453/99, *Courage e Crehan*; del 17 febbraio 2011, causa C 52/09, *TeliaSonera*. Sul ruolo della Commissione nel

determinare la politica della concorrenza dell'Unione europea, C. giust. UE del 14 dicembre 2000, causa C 344/98, *Masterfoods*.

³⁴ Per tutte, C. giust. UE 8 dicembre 2011, causa C 272/09 P *KME e a./Commissione* e giurisprudenza ivi citata.

³⁵ Cfr. punto. 3 della Comunicazione.

³⁶ Concl. Kokott 13 dicembre 2012 Causa C-439/11 P, *Ziegler SA*.

cooperazione incombente a tutte le autorità degli Stati membri (art. 4, §. 3, TUE) discende che le autorità e i giudici nazionali nell'esercitare i poteri ad essi spettanti ai sensi del reg. n. 1/2003 sono tenuti a prendere debitamente in considerazione le comunicazioni della Commissione in materia di politica della concorrenza. Sebbene, dunque, le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali non possano desumere dalla comunicazione della Commissione precetti vincolanti ai fini delle loro valutazioni, essi devono nondimeno avere riguardo alle valutazioni ivi espressa³⁷. Ciò posto, sul piano materiale, la Comunicazione, attraverso una dettagliata ricostruzione dei diversi elementi che definiscono la nozione di pregiudizio al commercio, precisa una regola per stabilire quando è in generale improbabile che un accordo sia atto a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri (regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio). La Commissione in particolare, osserva che «dal disposto degli articoli 81 [101] e 82 [102] e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado» risulta che nell'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio vanno presi in considerazione il concetto di «commercio tra Stati membri», quello di «possano pregiudicare» e quello de «l'incidenza sensibile»³⁸. Sulla scorta dell'analisi di tali paramenti, la Commissione conclude rilevando che gli accordi non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri quando sono soddisfatte le condizioni cumulative esposte in appresso³⁹:

i) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5% e;

ii) il fatturato delle imprese interessate non sia superiore a 40 milioni di euro, da ponderarsi in relazione alle diverse ipotesi di accordo⁴⁰.

La Commissione considera peraltro valida una tale presunzione qualora durante due anni consecutivi la summenzionata soglia di fatturato non venga superata di più del 10% e la succitata soglia di mercato non sia oltrepassata di più di 2 punti percentuali⁴¹. Una tale presunzione è evidentemente destinata ad operare con esclusivo riguardo alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza, mentre è per sua stessa natura inapplicabile agli abusi di posizione dominante. Ogni impresa dominante esprime infatti una quota di mercato superiore alla soglia del 5%, talché per la verifica dell'attitudine della fattispecie a pregiudicare il commercio, dovrà precedersi ad una valutazione caso per caso, avuto riguardo alla tassonomia elaborata dalla stessa Comunicazione per le più comuni tra le figure di abuso di posizione dominante⁴².

⁴⁰ Segnatamente: (i) nel caso di accordi orizzontali, il fatturato europeo aggregato annuo delle imprese interessate relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo; (ii) nel caso di accordi concernenti l'acquisto congiunto di prodotti, il fatturato rilevante sarà quello relativo all'acquisto aggregato dei prodotti interessati dall'accordo; (iii) nel caso di accordi verticali, il fatturato europeo aggregato annuo del fornitore dei prodotti interessati; (iv) nel caso degli accordi di licenza il fatturato aggregato dei licenziatari dei prodotti contenenti la tecnologia oggetto di licenza ed il fatturato del licenziante relativo a tali prodotti; (v) nel caso di accordi conclusi tra un acquirente e diversi fornitori, il fatturato relativo all'acquisto aggregato, da parte dell'acquirente, dei prodotti interessati dagli accordi.

⁴¹ Per converso si esclude che la regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio possa applicarsi riguardo ad un mercato emergente e nel quale di conseguenza le parti non realizzano un fatturato o qualora un accordo o una pratica siano per loro natura in grado di pregiudicare se il commercio, ad esempio perché interessano le importazioni e le esportazioni o si applicano a diversi Stati membri.

⁴² Cfr. punti 73 ss. della Comunicazione.

³⁷ Sul punto Concl. Kokott il 6 settembre 2012 causa C 226/11 *Expedia Inc.* e giurisprudenza ivi citata.

³⁸ Cfr. punti 18 ss. della Comunicazione.

³⁹ Cfr. punti 52 ss. della Comunicazione.

VII. Profili applicativi nella giurisprudenza

Ulteriori significative precisazioni sono state poi rese dalla successiva elaborazione giurisprudenziale. Così, è stato osservato⁴³ come, dal punto di vista sostanziale, la Comunicazione della Commissione si limiti alla stringatissima affermazione che, ai fini dell'applicazione del criterio del 5%, «è necessario determinare» il mercato rilevante⁴⁴, mentre essa non puntualizzi il grado di dettaglio con il quale occorre effettuare tale determinazione del mercato. Non dovrebbe pertanto costituire un vizio di legittimità di un provvedimento *antitrust* – in linea con le esigenze di una prassi amministrativa efficiente ed economica – il fatto che la Commissione, nel definire il mercato in ordine all'applicazione del criterio del 5%, non abbia ritenuto di svolgere approfondimenti istruttori maggiori rispetto a quanto strettamente necessario⁴⁵. Ancora con riguardo all'intensità degli accertamenti idonei a ponderare la sussistenza del pregiudizio al commercio, nella giurisprudenza europea si rinvencono elementi di convergenza, rispetto alle valutazioni richieste per accertare la significatività di una restrizione della concorrenza rispetto alla soglia *de minimis*. In particolare, nel caso di quote di mercato relativamente ridotte che si attestavano chiaramente al di sotto della soglia *de minimis* del 10%, la giurisprudenza europea ha affermato la

significatività delle restrizioni della concorrenza nei casi in cui le imprese coinvolte perseguivano con le proprie pratiche un oggetto anticoncorrenziale⁴⁶. Allo stesso modo, alcune sentenze dei giudici dell'Unione, non richiedono la sussistenza di elementi concreti indicativi della significatività della restrizione della concorrenza laddove risultava che un accordo fra imprese aveva un oggetto anticoncorrenziale⁴⁷. Su queste basi, è stato quindi rilevato che per la prova della significatività di una restrizione della concorrenza per oggetto non possono in alcun caso essere imposti requisiti più severi rispetto a quelli richiesti, relativamente alla prova della significatività del pregiudizio del commercio fra Stati membri. In conseguenza, qualora risulti acclarato che un accordo fra imprese avente oggetto anticoncorrenziale è idoneo a pregiudicare sensibilmente il commercio fra Stati membri, da ciò si può desumere senz'altro che questo accordo è idoneo anche a impedire, restringere o falsare sensibilmente la concorrenza nell'ambito del mercato interno⁴⁸. L'approccio appena enunciato sembra aver trovato il pieno avallo della Corte di Giustizia, che pronunciandosi in via pregiudiziale sul potere di un'autorità nazionale garante della concorrenza di applicare l'art. 101, § 1, TFUE ad un accordo tra imprese, che sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non raggiunga le soglie fissate dalla Commissione nella sua comunicazione *de minimis*, ha statuito che: «un accordo idoneo a pregiudicare il

⁴³ Concl. Kokott del 13 dicembre 2012, nella Causa C-439/11, cit. in particolare punti. 57 ss.

⁴⁴ Cfr. punto 55. della Comunicazione. Si ricorda peraltro che al punto 22 la stessa Comunicazione precisa che l'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti. Il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale.

⁴⁵ Concl. Kokott del 13 dicembre 2012, cit., punto 60.

⁴⁶ C. giust. UE 1° febbraio 1978, causa 19/77, *Miller*; del 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, *Musique Diffusion française*; del 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG - Telefunken*.

⁴⁷ Trib. UE 8 luglio 2004, causa T-44/00 *Mannesmannröhren-Werke/Commissione*; causa T-50/00, *Dalmine/Commissione* cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering e a./Commissione*; 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB/Commissione*.

⁴⁸ Concl. Kokott, 6 settembre 2012, causa C-226/11, cit.

commercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale costituisce, per sua natura e indipendentemente da qualsiasi suo effetto concreto, una restrizione sensibile del gioco della concorrenza»⁴⁹. I medesimi fattori vengono altresì in rilievo – ancorché in ordine logicamente invertito – anche in sede di applicazione dell'art. 102 TFUE. Nelle conclusioni relative alla causa *Post Danmark* può infatti leggersi che, fatto salvo il requisito dell'effettivo o potenziale pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, l'effetto preclusivo che il sistema di sconti di un'impresa in posizione dominante può produrre non deve superare una qualche soglia di percettibilità (soglia *de minimis*) per essere qualificato come abusivo ai sensi dell'articolo 102 del Trattato CE. È sufficiente che il verificarsi di un siffatto effetto sia più verosimile di una sua mancanza⁵⁰. Orientamenti analoghi si rinvencono nella giurisprudenza delle corti amministrative nazionali, formatasi in esito a ricorsi avverso le decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sì è dato corso ad un'interpretazione ampia ed elastica della nozione di pregiudizio al commercio, tale da relegare, segnatamente dopo l'entrata in vigore del Reg. (CE) 1/2003, ad un ambito tendenzialmente residuale l'applicazione del diritto nazionale armonizzato, di cui agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90. Un tale indirizzo giurisprudenziale si è consolidato su elementi del tutto coerenti con quelli fatti propri dalle istituzioni europee ed in particolare, intorno al rilievo per cui l'idoneità di un'intesa ad incidere sul commercio tra Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 101

TFUE, non occorrendo dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo. Risulta quindi condiviso l'orientamento per cui un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato. Non vi è quindi alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 101 TFUE. Al contrario, per il giudice amministrativo rispetto una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro, sussiste una forte presunzione che tale pratica possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari. Del pari, anche accordi di portata subnazionale (ed anche solo regionale) possono soddisfare il requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri, specie quando la «chiusura» di un mercato locale possa contribuire ad ostacolare l'integrazione economica voluta dal Trattato⁵¹. Se, allora, il giudice amministrativo non si è sottratto alla materiale verifica del requisito del pregiudizio al commercio nelle ipotesi di applicazione decentrata del diritto dell'Unione da parte della autorità nazionale di concorrenza, quello stesso giudice non pare incline a considerare l'eventuale carenza della predetta attitudine pregiudizievole, tale da minare la legittimità complessiva del provvedimento scrutinato. È stato infatti statuito che l'applicazione della disciplina europea in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad

⁴⁹ C. giust UE 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia Inc.*, punto 37.

⁵⁰ Concl. Kokott del 21 maggio 2015, causa C 23/14, *Post Danmark A/S*.

⁵¹ Tra le altre, decisioni del Cons. St., sez. VI del 16 settembre 2011, n. 5171, *Listino prezzi della pasta* e del 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*. Vedi anche TAR Lazio, sez. I del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli truciolati* e 26 giugno 2008, n. 6215. In senso parzialmente difforme sembrano invece porsi TAR Lazio, sez. I, del 18 giugno 2012, nn. 5609, e 5559, *Gara d'appalto per la sanità*.

un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle imprese interessate, avendo, anzi, l'effetto di comportare le garanzie

procedimentali aggiuntive disposte dal Reg. CE 1/2003.

MANFREDI DE VITA

IL CONCETTO D'INTESA

Sommario: **I.** Introduzione: concetto d'intesa e fonti normative. – **II.** Il concetto d'intesa nella giurisprudenza civile nazionale. – **III.** La forma e gli elementi costitutivi delle intese. – III.1. Accordi. – III.2. Decisioni di associazioni di imprese. – III.3. Pratiche concordate. – III.4. Prova delle intese – **IV.** Le intese complesse e continuate. – **V.** I rapporti tra la nozione di intesa e la nozione di concentrazione. – **VI.** Conclusioni.

I. Introduzione: concetto d'intesa e fonti normative

Nel diritto della concorrenza europeo e nazionale, è considerata un'intesa qualsiasi forma d'interazione o collaborazione tra imprese, attuata mediante una «direzione almeno consapevole delle attività»¹, che sia suscettibile di influenzare la condotta commerciale anche solo di una di esse². Infatti, la riduzione del margine d'incertezza circa il comportamento delle imprese interessate altera il libero gioco della concorrenza, che si fonda sul principio secondo cui ciascun soggetto economico deve determinare

autonomamente il proprio operato sul mercato³.

Un'intesa può intercorrere tra imprese concorrenti, ossia attive o potenzialmente in grado di entrare nello stesso ambito merceologico e geografico (c.d. intese orizzontali), oppure tra imprese che operino in fasi diverse dei processi produttivi o distributivi svolgendo attività complementari (c.d. intese verticali)⁴.

Un'intesa può coinvolgere anche imprese che non sono attive nei mercati rilevanti interessati dalle restrizioni della concorrenza. È il caso, ad esempio, della partecipazione di soggetti del tutto esterni all'intesa che contribuiscano all'attuazione della stessa in qualità di complici o facilitatori, come imprese di consulenza che abbiano attivamente e volontariamente coadiuvato o monitorato i diretti partecipanti all'intesa stessa, facilitandone l'attuazione (ad es. organizzando riunioni, raccogliendo e fornendo agli operatori dati strategici,

³ C. giust. Ue, 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas* e altri c. *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* - "Eturas", ECLI:EU:C:2016:42; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2008, n. 5578; TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n. 4401.

⁴ C. giust. Ue, 16 giugno 1965, cause riunite 56 e 58/64, *Consten e Grunding* c. *Commissione* - "Consten e Grunding", in *Racc.* 1966, p. 299; Trib. Ue, 30 marzo 2022, causa T-340/17, *Japan Airlines*. In ambito civilistico italiano, cfr., *ex multis*, Trib. Bologna, sez. II civ., 11 novembre 2003, n. 5274, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 13, p. 64 ss.; cass., sez. III, 2 novembre 2000, n. 14430, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1897 ss. Un'intesa ricade nell'ambito del divieto di cui all'art. 101 TFUE anche laddove restringa la concorrenza su mercati contigui e/o emergenti su cui almeno una delle imprese partecipanti non sia (ancora) presente: cfr. Trib. Ue, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *AC-Treuhand* c. *Commissione* - "AC-Treuhand I", ECLI:EU:T:2008:256.

¹ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

² C. giust. Ue, 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie* e altri c. *Commissione* - "Suiker Unie", in *Racc.* 1975, p. 1663; C. giust. Ue, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione* c. *Anic Partecipazioni* - "Anic Partecipazioni", in *Racc.* 1999, p. I-4125; C. giust. Ue, 12 gennaio 2023, causa C-883/19, *HSBC*; Trib. Ue, 12 luglio 2001, cause riunite T-202, 204 e 207/98, *Tate & Lyle* e altri c. *Commissione* - "British Sugar", in *Racc.* 2001, p. II-2035.

agendo in qualità di moderatori in caso di controversie e incoraggiando gli operatori stessi a raggiungere compromessi, etc.)⁵, o di associazioni di categoria che si siano limitate ad agevolare una condotta concertativa tra le imprese aderenti⁶. Un altro esempio sono le intese trasversali (c.d. *hub & spoke*), in cui un soggetto collocato in un mercato a monte o a valle rispetto alle imprese aderenti all'intesa funge da strumento per collegare tra loro gli operatori attivi nell'altro mercato (è il caso di clienti appositamente incaricati dai fornitori concorrenti di far circolare informazioni sensibili tra gli stessi, interfacciandosi singolarmente con ciascuno di essi)⁷.

Le intese restrittive della concorrenza sono disciplinate dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 l. 287/1990. Quest'ultimo riguarda le intese di rilevanza nazionale.

Le due disposizioni non forniscono una definizione esaustiva della nozione di intesa, né ne identificano puntualmente gli elementi costitutivi, limitandosi a elencare le tre forme principali di intesa (accordo, decisione di associazione d'impresa, pratica concordata), nonché a precisare le principali condizioni in base alle quali si ritiene che un'intesa sia vietata e nulla *ex lege*. Si tratta quindi di una nozione molto flessibile, che consente di estendere il divieto di restrizioni della

concorrenza a qualsiasi forma di collusione tra imprese⁸.

Infatti, come riconosce anche la giurisprudenza civile italiana, «la nozione di "intesa" è oggettiva e [...] tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica»⁹.

Sulla base di questi principi, le corti europee e la commissione europea, nonché le corti e le Autorità della concorrenza nazionali, hanno affinato progressivamente il concetto di intesa, fornendone un'interpretazione estensiva.

II. Il concetto d'intesa nella giurisprudenza civile nazionale

Anche la giurisprudenza nazionale interpreta la nozione di intesa in maniera ampia.

La prevalenza del diritto della concorrenza europeo, frutto anzitutto dell'applicazione diretta delle norme del TFUE negli ordinamenti nazionali, trova espresso riconoscimento nella legge italiana. L'art. 1, comma 4, l. 287/1990 impone all'interprete di fare riferimento «ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in

⁵ Trib. Ue, 8 luglio 2008, "AC-Treuhand I", cit.; C. giust. Ue, 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, AC-Treuhand c. Commissione - "AC-Treuhand II", ECLI:EU:C:2015:717. In ambito nazionale, cfr. delib. AGCM, 25 marzo 2015, n. 25401, I772, Mercato del calcestruzzo Friuli-Venezia Giulia, in Boll. 12/2015; delib. AGCM, 22 dicembre 2015, n. 25801, I780, Mercato del calcestruzzo in Veneto, in Boll. 49/2015; TAR Lazio, sez. I, 2 agosto 2016, n. 8930, confermata sul punto in appello da Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314.

⁶ Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 1025.

⁷ Dec. commissione, 12 dicembre 2012, COMP/39.487, *e-Books*; TAR Lazio, sez. I, 30 luglio 2018, n. 8541.

⁸ C. giust. Ue, 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione* - "ICI", in *Racc.* 1972, p. 619; C. giust. Ue, 6 gennaio 2004, cause riunite C-2 e 3/01 P; *BAI e Commissione c. Bayer* - "Bayer", in *Racc.* 2004, p. I-23. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312; Trib. Bologna, sez. spec., 31 marzo 2014, in *Giur. dir. ind.*, 2015, p. 424 ss., in cui si ricorda che l'art. 101 TFUE fornisce un elenco meramente esemplificativo di casi di intesa vietate; Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, p. 152 ss.

⁹ Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.; cons. St., sez. VI, 12 giugno 2014, n. 3032.

materia di disciplina della concorrenza»¹⁰. Il rinvio si estende ovviamente anche alla giurisprudenza delle corti europee, che costituisce una fonte del diritto europeo della concorrenza¹¹.

In ossequio ai criteri ermeneutici propri di tale diritto, il concetto di intesa esorbita dai tradizionali canoni interpretativi di diritto interno, in particolare di diritto civile.

III. La forma e gli elementi costitutivi delle intese

Da un punto di vista sostanziale, tutte e tre le forme di intesa presentano un minimo comune denominatore, consistente nella collaborazione tra imprese, che dia o possa dare luogo a comportamenti diversi rispetto a quelli che sarebbero dettati dalla struttura e dal contesto di mercato. Si tratta di un illecito di pericolo, punibile a prescindere dalla sua concreta attuazione e dalla eventuale produzione di effetti dannosi¹². Un'intesa richiede in primo luogo il coinvolgimento di almeno due imprese che agiscano di concerto. Non sono intese le condotte unilaterali,

poste in essere autonomamente senza coordinamento con un'altra impresa¹³.

Inoltre, la nozione d'intesa «presuppone la partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente»¹⁴, in grado di determinare in reciproca autonomia i rispettivi comportamenti sul mercato. Non si ha dunque intesa laddove due o più società, sebbene distinte sotto il profilo giuridico, costituiscano un'unica impresa ai sensi del diritto della concorrenza, ossia facciano parte di un'unica entità economica o gruppo societario¹⁵.

Tra loro, le intese si distinguono per il grado d'intensità e la forma¹⁶. L'art. 101 TFUE e l'art. 2 l. 287/1990 hanno l'obiettivo di coprire tutte le forme di concertazione collusiva, soffermandosi non tanto sulla formale natura giuridica, quanto sulla sostanza e sul concreto impatto economico delle relazioni tra imprese. Anche la scelta di qualificare un'intesa come «accordo» o «pratica concordata» non impatta sull'applicazione del divieto (poiché entrambe le forme di intesa possono essere vietate, se restrittive della concorrenza), ma rileva piuttosto sotto il profilo probatorio, perché sono diversi gli elementi costitutivi da provare per le due fattispecie (come si vedrà *infra* 4)¹⁷.

¹⁰ L'applicazione uniforme del diritto europeo della concorrenza è peraltro stabilita anche dalla normativa UE. L'art. 16 Reg. 1/2003 riconosce, infatti, la supremazia del diritto dell'Unione europea e dà prevalenza, *inter alia*, alle decisioni della Commissione europea rispetto alle statuizioni dei giudici nazionali con riferimento a una stessa questione, allo scopo di «assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie», considerando 22 Reg. 1/2003.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2001, n. 1191; Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1014 ss.

¹² *Ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2016, n. 9561; TAR Lazio, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032.

¹³ C. giust. Ue, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit.

¹⁴ App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss., su cui v. *infra* § V.

¹⁵ C. giust. Ue, 10 dicembre 1975, cause riunite 95-98/74, 15 e 100/75, *Coopératives agricoles de céréales c. Commissione e Consiglio* - "UCC", in *Racc.* 1975, p. 1615; C. giust. Ue, 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Vibo c. Commissione* - "Vibo", in *Racc.* 1996, p. I-5457; Trib. Ue, 29 settembre 2021, causa T-344/18, *Rubycon*.

¹⁶ C. giust. Ue, 5 dicembre 2013, causa C-449/11 P, *Solvay Solexis c. Commissione* - "Solvay Solexis", ECLI:EU:C:2013:802. A livello nazionale, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

III.1 Accordi

Il concetto di accordo in diritto della concorrenza è molto più ampio della nozione civilistica. Si ha un accordo quando le parti aderiscono a un piano comune che limita, o è atto a limitare, il comportamento di ciascuna di esse, disciplinando le loro rispettive condotte (o la loro inerzia) sul mercato.

L'accordo presuppone che almeno due imprese «abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in una determinata maniera»¹⁸, con l'obiettivo, anche indiretto, di ridurre i margini di reciproca incertezza circa le rispettive condotte sul mercato.

L'elemento soggettivo del concorso di volontà costituisce il discrimine tra l'accordo e le altre forme di intesa.

L'incontro di volontà tra due o più imprese può avvenire anche informalmente e manifestarsi in modalità atipiche o attraverso comportamenti concludenti¹⁹. Inoltre, non è necessario che venga stipulato un contratto o altro negozio valido in base al diritto civile, ben potendo essere sufficienti «comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali"»²⁰, tali da impegnare o condizionare le parti sul piano sociale e non necessariamente anche sul piano giuridico²¹.

¹⁸ Trib. Ue, 9 luglio 2009, causa T-450/05, *Peugeot e Peugeot Nederland c. Commissione* - "Peugeot", in *Racc.* 2009, p. II-2533. A livello nazionale cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n. 4401; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2022 n. 4779; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312.

¹⁹ App. Milano, sez. I, 13 luglio 1998, in *Dir. ind.*, 1999, p. 252 ss.; Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118.

²⁰ App. Milano 20 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2006, 3, II, p. 448 ss.; Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, p. 152 ss.; Trib. Salerno, sez. I, 23 agosto 2018, n. 3016, in *Guida dir.*, 2018, n. 39, p. 43 ss.; Cons. St., Sez. VI, 30 settembre 2022, n. 8400.

²¹ Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

Peraltro, anche laddove l'accordo anti-concorrenziale concluso costituisca un negozio giuridico tipizzato e di per sé lecito in base a una diversa normativa²² (come, ad es., la costituzione di un'associazione temporanea di imprese finalizzata alla partecipazione congiunta a una gara a evidenza pubblica²³), non è esclusa la sua contrarietà al diritto *antitrust*, «allorché risulti che la concreta funzione socio-economica dell'affare sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative, essendo molteplici istituti civilistici "neutri" sotto profili *antitrust* e dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali»²⁴.

Non sono richieste la forma scritta²⁵ o altre formalità, né misure d'attuazione o sanzioni stipulate contrattualmente. Infatti, possono costituire accordi anche pattuizioni che non generino obbligazioni giuridiche quali, ad es., una lettera di intenti²⁶ un *gentlemen's agreement*²⁷, rifiuti concertati di effettuare forniture a un distributore comune²⁸, nonché un contratto non più in essere tra le parti, ma che continui a produrre effetti o a essere

²² Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479.

²³ Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047; Cons. St., Sez. VI, 30 settembre 2022, n. 8400.

²⁴ Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2014, n. 3032; Cons. St., 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; Cons. St., Sez. VI, 30 settembre 2022 n. 8400.

²⁵ C. giust. Ue, 20 giugno 1978, causa 28/77, *Tepea c. Commissione* - "Tepea", in *Racc.* 1978, p. 1391; Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 417.

²⁶ Delib. AGCM, 25 novembre 2004, n. 13780, I570, *Sisal-Lottomatica*, in *Boll.* 48/2004; delib. AGCM, 13 febbraio 2019, n. 27563, I806, *Affidamento appalti per attività antincendio boschivo*.

²⁷ C. giust. Ue, 20 gennaio 2016, causa C-373/14, *Toshiba*; Trib. Ue 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB*. In ambito nazionale, cfr. Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.; Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2002, n. 4362.

²⁸ App. Milano, sez. I, 11 luglio 2003, in *Dir. Ind.*, 2004, p. 157 ss.

eseguito²⁹, o ancora un accordo concluso da soggetti non muniti del potere di rappresentanza delle imprese partecipanti all'intesa, laddove abbiano comunque di fatto indotto le rispettive imprese all'attuazione dell'intesa stessa³⁰. È poi irrilevante che le imprese non si siano ritenute – giuridicamente, di fatto o moralmente – obbligate ad adottare il comportamento concordato³¹ o che non lo abbiano concretamente posto in essere³². Allo stesso modo, è irrilevante che la restrizione della concorrenza derivi non dall'eventuale originario negozio giuridico ma da «tutta la più complessiva situazione, anche successiva al negozio originario, la quale, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza»³³.

L'elemento della comune volontà si ravvisa anche quando un'impresa abbia partecipato a un accordo perché costretta dalle altre imprese che minacciavano ritorsioni o esercitavano indebite pressioni³⁴.

Analogamente, è sufficiente che un'impresa abbia partecipato, sia pur in maniera passiva, anche a una sola riunione³⁵ nel

corso della quale le parti abbiano raggiunto un accordo anticompetitivo, salvo che l'impresa stessa manifesti chiaramente l'intenzione di voler prendere le distanze dalla condotta collusiva (circostanza la cui prova incombe in ogni caso all'impresa)³⁶.

Con la mera (silente) partecipazione a un incontro in cui viene concluso un accordo, infatti, l'impresa ingenera negli altri partecipanti il convincimento che essa condivida quanto discusso e si impegni ad agire conformemente, facilitando in tal modo il perfezionamento dello schema collusivo³⁷. Né rileva la circostanza che tale impresa non dia successivamente seguito all'accordo³⁸.

Il requisito del concorso di volontà si ravvisa talvolta anche in condotte solo apparentemente unilaterali. Ciò avviene quando un'impresa accetti tacitamente le indicazioni unilateralmente proposte da un'altra impresa³⁹, o vi si conformi⁴⁰.

2009, p. I-4529; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2023, n. 2929.

³⁶ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls c. Commissione* – “Hüls”, in *Racc.* 1999, p. I-4287; C. giust. Ue, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione* – “Aalborg Portland”, in *Racc.* 2004, p. I-123; C. giust. Ue, 7 febbraio 2013, “Slovenská sporiteľňa”, cit.; C. giust. Ue, 1° febbraio 2024, causa C-251/22, *Scania*; C. giust. Ue, 18 marzo 2021, causa C-440/19, *Pometon*; C. giust. Ue, 16 giugno 2022, causa C-699/19, *Quanta Storage*. A livello nazionale, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2014, n. 3167; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2513; Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2018, n. 2006; Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118.

³⁷ C. giust. Ue, 7 gennaio 2004, “Aalborg Portland”, cit.

³⁸ Dec. Commissione, 8 luglio 2021, AT/40178, *Car Emissions*.

³⁹ C. giust. Ue, 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG c. Commissione* – “AEG”, in *Racc.* 1983, p. 3151; C. giust. Ue, 17 settembre 1985, cause riunite 25 e 26/84, *Ford c. Commissione* – “Ford”, in *Racc.* 1985, p. 2725; C. giust. Ue, 18 marzo 2021, causa C-440/19, *Pometon*; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*.

⁴⁰ C. giust. Ue, 11 gennaio 1990, causa 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Commissione* – “Sandoz”, in *Racc.* 1990, p. I-45; C. giust. Ue, 13 luglio

²⁹ C. giust. Ue, 15 giugno 1976, causa 96/75, *EMI Records c. CBS Schallplatten* – “EMI”, in *Racc.* 1976, p. 913.

³⁰ C. giust. Ue, 7 febbraio 2013, causa C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.* – “Slovenská sporiteľňa”, ECLI: EU:C:2013:71; Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

³¹ Trib. Ue, 20 marzo 2002, causa T-9/99; *HFB e altri c. Commissione* – “HFB”, in *Racc.* 2002, p. II-1487; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189.

³² Dec. Commissione, 8 luglio 2021, AT/40178, *Car Emissions*; Trib. Ue, 11 dicembre 2003, causa T-59/99, *Ventouris c. Commissione* – “Ventouris”, in *Racc.* 2003, p. II-5257; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873.

³³ Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, p. 152 ss.; Trib. Salerno, sez. I, 23 agosto 2018, n. 3016, in *Guida dir.*, 2018, n. 39, p. 43 ss.

³⁴ Trib. Ue, 6 aprile 2005, causa T-141/89, *Trefileurope c. Commissione* – “Trefileurope”, in *Racc.* 1995, p. II-791.

³⁵ C. giust. Ue, 4 giugno 2009, causa C-08/08, *T-Mobile Netherlands e altri* – “T-Mobile”, in *Racc.*

In base alla giurisprudenza europea, è comunque necessario dimostrare caso per caso che un'impresa abbia prestato il proprio assenso, anche tacitamente, alla condotta posta in essere dalla controparte. In altre parole, affinché un'accettazione tacita dia luogo a un'intesa «è necessario che la manifestazione di volontà di una delle parti contraenti volta a un fine lesivo della concorrenza costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo»⁴¹. A tal riguardo, ad es., le corti civili italiane hanno ritenuto che la clausola del regolamento di una fiera, che escludeva gli importatori paralleli in presenza dei produttori o importatori ufficiali di uno stesso prodotto, non costituisse un'intesa. Ad avviso dei giudici, mancava infatti la «convergenza di volontà delle parti, [...] in termini di consapevolezza, se non di intenzionalità, della scelta»⁴².

III.2. Decisioni di associazioni di imprese

Costituisce ugualmente un'intesa ogni atto, anche di natura non vincolante, adottato da organi associativi rappresentativi di una determinata categoria di imprese, che abbia l'obiettivo di influenzare le condotte economiche delle imprese associate, falsando in tal modo la concorrenza.

Si tratta, dunque, di atti unilaterali che, pur non essendo necessariamente

attuati da tutte le imprese, sono comunque espressione della volontà collettiva di una determinata categoria⁴³. Non è richiesta una formale adozione della decisione da parte dell'organo associativo competente, se essa è comunque diffusa presso le imprese associate⁴⁴. Né rileva la circostanza che la decisione non imponga obblighi giuridici.

Sono considerati associazioni di imprese gli enti associativi di vario genere (inclusi gli ordini professionali e le federazioni sportive⁴⁵) che, pur se privi di personalità giuridica e non svolgenti attività economica⁴⁶, siano in grado di esprimere la volontà collettiva delle imprese aderenti e di incidere sulle loro condotte commerciali⁴⁷. Rientrano inoltre nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE anche gli organismi istituiti da norme di diritto pubblico⁴⁸ o incaricati dello svolgimento di compiti di interesse generale, qualora le decisioni adottate esorbitino dall'esercizio della potestà autoritativa. Ad es., costituiscono intese le decisioni di un consorzio che non rientrino nell'adempimento dei suoi compiti di

⁴³ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901 ss.

⁴⁴ Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, I694, *Listino prezzi della pasta*, in *Boll.* 8/2009.

⁴⁵ TAR Lazio, sez. I, 28 gennaio 2000, n. 466; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-124/21, *International Skating Union*; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*; C. giust. Ue, 4 ottobre 2024, causa C-650/22, *FIFA*.

⁴⁶ C. giust. Ue, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany* - "Albany", in *Racc.* 1999, p. I-5751; Trib. Ue, 15 marzo 2000, cause riunite T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 e 104/95, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1099.

⁴⁸ TAR Lazio, sez. I, 20 gennaio 2000, n. 466.

2006, causa C-74/04 P, *Commissione c. Volkswagen* - "Volkswagen", in *Racc.* 2006, p. I-6585.

⁴¹ C. giust. Ue, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit. Tale principio richiede un'analisi caso per caso, volta ad accertare, sulla base di elementi di fatto, l'effettiva esistenza di una comune volontà, espressa o tacita, tra le imprese interessate.

⁴² App. Milano 21 marzo 1997, in *Giur. dir. ind.*, 1997, p. 637 ss. Secondo la corte, mancava la prova che tali regolamenti «fossero frutto di un accordo, più o meno palese, fra organizzatori della manifestazione fieristica, da un lato, produttori e distributori esclusivi, dall'altro».

natura pubblicistica o non siano indispensabili a tal fine⁴⁹.

Secondo la ricordata interpretazione estensiva del concetto di intesa, costituiscono decisioni di associazioni di imprese, ad es., regolamenti⁵⁰, codici di autodisciplina⁵¹, comunicati stampa⁵², raccomandazioni⁵³, inviti generalizzati a recedere da contratti in essere con taluni fornitori⁵⁴, circolari⁵⁵, tariffe professionali⁵⁶ e codici di condotta⁵⁷.

⁴⁹ Cass., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355, in *Foro it.*, 2008, 3, I, p. 739 ss.

⁵⁰ Delib. AGCM, 7 dicembre 1999, n. 7807, I342, *Farmindustria/Codice di autoregolamentazione*, in *Boll.* 49/1999; cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-124/21, *International Skating Union*; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*; C. giust. Ue, 4 ottobre 2024, causa C-650/22, *FIFA*.

⁵¹ Delib. AGCM, 28 ottobre 2004, n. 13698, I562, *Fiavet Emilia Romagna-Marche-Bluvacanze-Fiavet Lombardia*, in *Boll.* 44/2004; C. giust. Ue, 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi/Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

⁵² Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, I694, *Listino prezzi della pasta*, in *Boll.* 8/2009.

⁵³ Delib. AGCM, 3 febbraio 2000, n. 7983, I308, *Inaz paghe/Associazione nazionale consulenti del lavoro*, in *Boll.* 5/2000; C. giust. Ue, 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato* - "Consiglio nazionale dei geologi", ECLI:EU:C:2013:489.

⁵⁴ App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss.

⁵⁵ Delib. AGCM, 2 luglio 1993, n. 1266, I43, *Ania*, in *Boll.* 15-16/1993; delib. AGCM, 15 marzo 2022, n. 30065, I840, *Ostacoli alle arene a titolo gratuito*; App. Milano, sez. I, 25 settembre 1995, in *Dir. ind.*, 1996, p. 304 ss.

⁵⁶ App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; delib. AGCM 14 dicembre 1994, n. 2550, I101 e I101B, *Tariffe amministratori condomini*, in *Boll.* 50/1994; delib. AGCM, 22 ottobre 2014, n. 25154, I748, *Condotte restrittive del CNF*.

⁵⁷ Trib. Ue, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Institut des mandataires agréés c. Commissione* - "IMA", in *Racc.* 2001, p. II-1087.

III. 3 *Pratiche concordate*

Svolgendo una funzione di chiusura del sistema, la nozione di pratica concordata ricomprende fattispecie residuali di collusione che non costituiscono accordi o decisioni associative. Si ha una pratica concordata quando due o più imprese, senza aver previamente elaborato «un vero e proprio piano» o accordo (e quindi, senza l'espressione di una comune volontà)⁵⁸, coordinino in maniera consapevole le proprie condotte commerciali⁵⁹, sottraendosi così al «rischio della concorrenza»⁶⁰.

La giurisprudenza europea, cui si è uniformata la giurisprudenza nazionale, ha progressivamente identificato tre elementi costitutivi fondamentali di una pratica concordata. Va precisato che, stante la difficoltà pratica di fornire una prova piena dell'esistenza di una pratica concordata (su cui *infra* 4), in materia opera un sistema di presunzioni che mira ad alleggerire l'onere probatorio gravante su chi contesta l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale. Di conseguenza, all'atto pratico non è sempre necessario che ricorrano (o meglio, che debbano essere provati) tutti e tre gli elementi summenzionati.

Il primo elemento è l'esistenza di un contatto tra le imprese, molto spesso consistente in uno scambio di informazioni

⁵⁸ C. giust. Ue, 16 dicembre 1975, "Suiker Unie", cit; Trib. Ue, 2 febbraio 2022, causa T-799/17, *Scania*.

⁵⁹ Trib. Ue, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione* - "Hercules", in *Racc.* 1991, p. II-1711; TAR Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312.

⁶⁰ C. giust. Ue, 14 luglio 1972, "ICI", cit.; C. giust. Ue, 8 luglio 1999, "Hüls", cit.; C. giust. Ue, 26 gennaio 2017, causa C-609/13 P, *Duravit e a. c. Commissione* - "Duravit", ECLI:EU:C:2017:46; C. giust. Ue, 13 gennaio 2021, causa C-450/19, *Kilpailu-ja kuluttajavirasto*; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548. In termini simili, Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740; TAR Lazio, sez. VI, 2 luglio 2018, n. 4010; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312.

riservate. Esso deve comunque avere un oggetto o un effetto anticoncorrenziale, tale da ridurre – o far venire meno – l'incertezza che sarebbe altrimenti esistita in relazione alle future condotte sul mercato di ciascuna impresa⁶¹.

Il contatto può avvenire in maniera diretta o indiretta (tramite soggetti terzi) e assumere forme diverse. È peraltro sufficiente che sia una sola impresa a rivelare informazioni riservate idonee a influenzare la condotta commerciale dell'impresa che le riceve, salvo che quest'ultima non faccia chiaramente presente di non volerle ricevere⁶². Infatti, si ritiene soddisfatto il requisito della reciprocità quando «la divulgazione effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quantomeno, accettata dal secondo»⁶³, che non abbia quindi formulato riserve o obiezioni.

Il secondo elemento è rappresentato dalla successiva condotta sul mercato tenuta dalle imprese partecipanti alla concertazione. È infatti necessario che, in seguito al contatto collusivo, le imprese rimangano attive sul mercato. Al contrario dell'accordo, il cui presupposto si ravvisa nella comune volontà delle parti anche se non seguita da atti di esecuzione, la pratica concordata necessita in linea di principio di un comportamento attuativo sul mercato. Tale condotta deve essere idonea a impedire, restringere o falsare la

concorrenza, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui ha luogo⁶⁴.

Da ultimo, deve sussistere un nesso causale tra i contatti tra concorrenti e la successiva condotta sul mercato⁶⁵. Benché la semplice conoscenza delle intenzioni dei concorrenti non vincoli l'impresa ad adottare un determinato comportamento, si presume che – salvo prova contraria che spetta alle parti interessate fornire⁶⁶ – le imprese partecipanti alla concertazione che restano attive sul mercato tengano conto del contatto avuto con i concorrenti al fine di determinare il proprio comportamento⁶⁷.

Tale presunzione si applica anche nei casi in cui vi sia stato un unico contatto collusivo tra le imprese: infatti, non rileva tanto il numero di incontri, quanto la natura delle informazioni scambiate e, in particolare, la loro idoneità a condizionare le imprese interessate, inducendole a sostituire consapevolmente una cooperazione pratica ai rischi della concorrenza⁶⁸.

In sostanza, questa interpretazione del nesso causale svuota di contenuto pratico il secondo elemento (ossia la necessità di un comportamento attuativo), dato che in presenza di uno scambio di informazioni consente di identificare il comportamento attuativo nella normale attività d'im-

⁶¹ Trib. Ue, 10 marzo 1992, causa T-11/89, *Shell c. Commissione* - "Shell", in *Racc.* 1992, p. II-757; C. giust. Ue, 28 maggio 1998, causa C-7/95 *P. Deere c. Commissione* - "deere", in *Racc.* 1998, p. I-3111; Cons. St., sez. V, 9 maggio 2022, n. 3572.

⁶² Trib. Ue, 12 dicembre 2007, cause riunite T-101 e 111/05, *BASF e UCB c. Commissione* - "BASF", in *Racc.* 2007 p. II-4949; C. giust. Ue, sent. 12 gennaio 2023, C-883/19, *HSBC*.

⁶³ Trib. Ue, 15 marzo 2000, "Cemento", cit.; Trib. Ue, 12 luglio 2001, "British Sugar", cit.

⁶⁴ C. giust. Ue, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.; C. giust. Ue, 18 novembre 2021, causa C-306/20, *Visma Enterprise*; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1671; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312; Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118.

⁶⁵ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit. Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312.

⁶⁶ Trib. Ue, 5 dicembre 2006, causa T-303/02, *Westfalten Gassen Nederland c. Commissione* - "Westfalten Gassen", in *Racc.* 2006, p. II-4567; Trib. Ue, 9 novembre 2022, T-667/19, *Ferriere Nord*.

⁶⁷ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.; C. giust. Ue, 21 gennaio 2016, "Eturas", cit.; C. giust. Ue, 16 giugno 2022, C-699/19, *Quanta Storage*.

⁶⁸ C. giust. Ue, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

presa successiva al contatto collusivo⁶⁹. Secondo la giurisprudenza europea, la presunzione di causalità non è una mera regola procedurale, bensì parte integrante della nozione sostanziale di pratica concordata. Pertanto, anche i giudici nazionali devono tenerne conto, ferma restando la possibilità per le imprese interessate di fornire prova contraria⁷⁰.

Il diritto della concorrenza non vieta l'adozione di comportamenti identici da parte delle imprese, né limita il diritto delle stesse a reagire in maniera razionale e indipendente ai comportamenti noti (o attesi) dei propri concorrenti⁷¹. Il semplice comportamento parallelo dei concorrenti sul mercato non è di per sé una pratica concordata, perché il divieto sanziona solo la collaborazione consapevole tra imprese.

Tuttavia, quando il comportamento parallelo appaia anomalo e non esista una plausibile spiegazione alternativa, è possibile fondarsi su tali circostanze per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata⁷².

⁶⁹ Trib. Ue, 10 novembre 2007, causa T-180/15, *Icap e altri c. Commissione* - "Icap", ECLI:EU:T:2017:795; C. giust. Ue, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.; C. giust. Ue, 8 luglio 1999, "Huls", cit.

⁷⁰ C. giust. Ue, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

⁷¹ C. giust. Ue, 14 luglio 1972, "ICI", cit.; C. giust. Ue, sent. 12 gennaio 2023, C-883/19, *HSBC*; Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2019, n. 1883; Cons. St., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312.

⁷² C. giust. Ue, 28 marzo 1984, cause riunite 29 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines e Rheinzink c. Commissione* - "CRAM", in *Racc.* 1984, p. 1679; C. giust. Ue, 31 marzo 1993, cause riunite C-89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, *Ahlstrom Osakeyhtiö e altri c. Commissione* - "Ahlstrom", in *Racc.* 1988, p. 5193; Trib. Ue, 14 maggio 1998, causa T-337/94, *Enso-Gutzeit c. Commissione* - "Enso-Gutzeit", in *Racc.* 1998, p. II-1571; Trib. Ue, 13 dicembre 2001, cause riunite T-45 e 47/98, *Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni c. Commissione* - "ThyssenKrupp", in *Racc.* 2001, p. II-3757; Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2118.

III.4 Prova delle intese

Per costante giurisprudenza europea e nazionale, che recepisce sul punto il dettato dell'art. 2 Reg. 1/2003, l'onere di provare l'esistenza di un'infrazione alle regole di concorrenza spetta a chi contesta tale infrazione⁷³. Incombe invece all'impresa, che voglia avvalersi della deroga dettata dal terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE (e dall'art. 4 l. 287/1990) dimostrare che tutte le condizioni previste da tale disposizione sono cumulativamente soddisfatte⁷⁴.

Le intese pongono notevoli problemi di prova. Come è facile immaginare, infatti, essendo ben nota l'esistenza del divieto di intesa anticoncorrenziali, le attività collusive tendono a svolgersi in modo clandestino, con riunioni segrete e tracce documentali ridotte al minimo⁷⁵. Non stupisce, quindi, che sia raro lo scenario in cui (al di fuori dell'ipotesi di richiesta di clemenza) l'Autorità *antitrust* possa contare su prove dirette e piene dell'intesa (c.d. *smoking gun* o pistola fumante)⁷⁶.

Nella consapevolezza di ciò e per evitare la «vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust* che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso»⁷⁷, la giurisprudenza nazionale e delle corti europee ritiene necessario e sufficiente che l'Autorità *antitrust* (o comunque chi contesti un'infrazione) fornisca prova dell'intesa anticoncorrenziale attraverso indizi gravi, precisi e concordanti⁷⁸, che, considerati nel loro insieme e in assenza di

⁷³ Trib. Ue, 12 luglio 2018, causa T-448/14, *Hitachi Metals Ltd. c. Commissione* - "Hitachi", ECLI:EU:T:2018:442.

⁷⁴ Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740.

⁷⁵ Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 1025.

⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947.

⁷⁷ Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2514.

⁷⁸ C. giust. Ue, 21 gennaio 2016, "Eturas", cit. A livello nazionale cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1160; TAR Lazio, sez. I, 24 aprile 2018, n. 4466, confermata sul punto in appello da Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1047.

altre spiegazioni coerenti, possono rappresentare la prova di un illecito *antitrust*⁷⁹.

Ciò, del resto, è in linea tanto con i principi generali in tema di prova contenuti anche nell'art. 2729 c.c.⁸⁰, quanto (e più in generale) con la connotazione comportamentale e non formalistica della nozione di «intesa», che comporta che la volontà concertata delle imprese di restringere la concorrenza possa essere idoneamente provata con qualsiasi mezzo, purché congruo⁸¹. Ne consegue che la natura indiretta o, appunto, indiziaria della prova non la rende necessariamente meno decisiva⁸².

L'estrema difficoltà della prova si riscontra anche nel caso delle pratiche concordate, dove difetta un accordo espresso⁸³. In questi casi, spesso l'esistenza della concertazione deve tendenzialmente essere desunta in via indiziaria da elementi oggettivi, come ad es. «la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, ad adottare strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate»⁸⁴ o, ancora, le circostanze del mercato⁸⁵. In taluni

casi, quando mancano prove più dirette dell'intesa, anche la mancanza di un interesse comune tra le imprese a tenere un comportamento collusivo concordato può essere un elemento di prova che l'intesa non sussiste⁸⁶.

Con riguardo all'allocazione dell'onere della prova, la giurisprudenza è solita distinguere tra elementi endogeni ed esogeni. I primi riguardano la «stranezza intrinseca» delle condotte delle imprese, mentre i secondi costituiscono «riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale»⁸⁷, come ad es. l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni⁸⁸. Laddove le accuse siano fondate semplicemente «sulla supposizione che i fatti accertati non possano essere spiegati altrimenti se non in funzione di una concertazione tra imprese», le imprese possono limitarsi a dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati e che consentano, così, di darne una diversa spiegazione rispetto a quella posta a base delle accuse stesse⁸⁹. Laddove ricorrano invece elementi esogeni, l'onere di fornire la prova contraria all'esistenza dell'ipotizzata intesa illecita si sposta in capo all'impresa⁹⁰.

La valutazione degli elementi esogeni ed endogeni va condotta congiuntamente,

⁷⁹ C. giust. Ue, 17 settembre 2015, causa C-634/13 P, *Total Marketing Services SA c. Commissione* - «Total Marketing Service», ECLI:EU:C:2015:614; Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2018, n. 2006.

⁸⁰ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1160.

⁸¹ Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

⁸² Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

⁸³ TAR Lazio, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 2674, confermata in appello da Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

⁸⁴ TAR Lazio, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 2674, confermata in appello da Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211. Ove il coordinamento non sia provato, non risultano integrati gli estremi di un'intesa, cfr. App. Roma 20 agosto 1993, in *Rass. Giur. Enel*, 1994, pp. 718 ss.

⁸⁵ TAR Lazio, sez. I, 28 luglio 2017, n. 9046.

⁸⁶ TAR Lazio, sez. I, 23 dicembre 2016, n. 12812, confermata sul punto in appello da Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2020, n. 8533; Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743.

⁸⁷ Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

⁸⁸ TAR Lazio, sez. I, 24 aprile 2018, n. 4466, confermata sul punto in appello da Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1047.

⁸⁹ Trib. Ue, 16 giugno 2015, causa T-655/11, *FSL Holdings e altri c. Commissione* - «FSL», ECLI:EU:T:2015:383; TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2018, n. 4401.

⁹⁰ Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123; Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

soprattutto laddove l'elemento endogeno non sia del tutto univoco nel senso di rimandare a un'intesa vietata⁹¹. In ogni caso, in mancanza di elementi esogeni significativi, l'onere di provare che un eventuale parallelismo di comportamenti sia frutto di concertazione, non potendo essere giustificato in maniera alternativa, incombe all'accusa, mentre non grava sulle imprese l'onere inverso⁹².

IV. Le intese complesse e continuate

Atti o comportamenti, che in sé considerati costituirebbero distinti accordi o pratiche concordate, possono essere ritenuti un'unica intesa, complessa e continuata, quando siano espressione – o si inseriscano nel contesto – di un unico piano d'insieme complessivo⁹³, finalizzato a un obiettivo comune⁹⁴. In tale situazione, i singoli atti o comportamenti, tra loro interdipendenti e complementari, sono considerati «quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario»⁹⁵.

Le intese complesse e continuate sono dunque caratterizzate da condotte: i) che si svolgono in un arco temporale generalmente lungo, eventualmente separate da intervalli di tempo più o meno lunghi, e

ii) che coinvolgono più imprese che non necessariamente prendono parte a tutti gli accordi e/o pratiche concordate che rientrano nel complessivo piano d'insieme, ben potendo variare di volta in volta i “meccanismi” di partecipazione all'infrazione da parte delle diverse imprese⁹⁶.

Non è necessario distinguere di volta in volta le forme specifiche assunte da un'intesa: la Commissione europea, l'Autorità o i giudici civili possono limitarsi ad accertare l'esistenza di un'intesa complessa, senza specificare se si tratti di un accordo, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese⁹⁷. È però necessario, al fine di dimostrare che un'impresa abbia preso parte ad un accordo unico, costituito da una serie di comportamenti illeciti ripartiti nel tempo, che l'autorità procedente provi (i) l'esistenza di un piano comune; (ii) che tale impresa intendesse contribuire agli obiettivi comuni condivisi con gli altri partecipanti alla concertazione, e (iii) che la stessa fosse a conoscenza dei comportamenti previsti o attuati dalle altre imprese (o che, in ogni caso, potesse ragionevolmente prevederli e fosse pronta ad accettarne i rischi)⁹⁸.

V. I rapporti tra la nozione di intesa e la nozione di concentrazione

Tradizionalmente, le nozioni di intesa e di concentrazione identificano ambiti distinti. Le intese riguardano il coordinamento

⁹¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1160.

⁹² Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2017, n. 1711.

⁹³ Trib. Ue, 12 dicembre 2007, “BASF”, cit.; Trib. Ue, 24 giugno 2015, cause riunite c-293/13 P e C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce c. Commissione e Commissione c. Fresh Del Monte Produce* - “Fresh del Monte Produce”, ECLI:EU:C:2015:416.

⁹⁴ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, “Anic Partecipazioni”, cit.; Trib. Ue, 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329 e 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c. Commissione* - “PVC II”, in *Racc.* 1999, p. II-931; Trib. Ue, 20 marzo 2002, “HFB”, cit.

⁹⁵ Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2012, n. 1192; Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2018, n. 2006; Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 1025.

⁹⁶ Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

⁹⁷ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, “Anic Partecipazioni”, cit.; Trib. Ue, 20 aprile 1999, “PVC II”, cit.; Trib. Ue, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhone-Poulenc c. Commissione* - “Rhone-Poulenc”, in *Racc.* 1991, p. II-867; Trib. Ue, 29 settembre 2021, causa T-344/18, *Rubycon*. In Italia cfr. *ex multis* TAR Lazio, sez. I, 30 luglio 2018, n. 8541.

⁹⁸ Cons. St., sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4230; Trib. Ue, 24 giugno 2015, “Fresh Del Monte Produce”, cit.; C. giust. Ue, 26 gennaio 2017, “Duravit”, cit.; C. giust. Ue, 1° febbraio 2024, causa C-251/22, *Scania*.

delle attività di due o più imprese, mentre le concentrazioni configurano situazioni di crescita dell'impresa, attuata mediante l'acquisizione del controllo su nuove attività. Differenze si ravvisano anche dal punto di vista procedurale, essendo la valutazione (*ex ante*) delle concentrazioni riservata esclusivamente alle Autorità preposte alla tutela della concorrenza.

Tuttavia, tra le due nozioni vi sono alcuni elementi di sovrapposizione, dal momento che un'intesa (più in particolare, un accordo) può costituire uno degli strumenti attraverso cui si perfeziona una concentrazione. Di norma, la circostanza che un'impresa sottoposta a un vincolo contrattuale mantenga una propria indipendenza economica costituisce il criterio che consente di distinguere un'intesa da una concentrazione.

Stante dunque la competenza esclusiva delle Autorità della concorrenza nell'analisi delle operazioni di concentrazione, i giudici civili nazionali possono intervenire solo laddove un accordo tra imprese non sia suscettibile di conferire a una di esse «la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività»⁹⁹ dell'altra; in presenza di imprese comuni non *full-function*¹⁰⁰; ovvero nel caso di operazioni non soggette all'obbligo di comunicazione preventiva alle Autorità della concorrenza per via del mancato superamento delle soglie di fatturato¹⁰¹.

Tuttavia, in due casi, i giudici civili nazionali si sono pronunciati su accordi che davano luogo a concentrazioni, valutandoli in base alla (sola) normativa in

materia di intese. Nel caso *Ferro-Mafin*¹⁰², l'operazione di concentrazione non era stata comunicata all'Autorità italiana della concorrenza, in quanto conclusa prima dell'entrata in vigore della l. 287/1990. Si trattava di un accordo transattivo attraverso cui un'impresa aveva assunto il controllo su un concorrente, assoggettandolo a una rigida disciplina su modalità produttive, investimenti, sviluppo tecnico e sbocchi sul mercato.

Il secondo caso, *Pagine Italia c. Telecom Italia*¹⁰³, riguardava invece un'operazione di concentrazione autorizzata dall'Autorità italiana della concorrenza nelle more del giudizio civile. La causa concerneva le azioni di nullità e risarcitoria promosse da Pagine Italia, dopo un'infruttuosa domanda di inibitoria in sede cautelare, in relazione all'acquisizione di Seat da parte di Telecom Italia e alla collegata concessione in esclusiva alla Seat della raccolta pubblicitaria sugli elenchi telefonici pubblici della stessa Telecom Italia.

Il giudice civile aveva valutato il contratto con cui Telecom Italia aveva acquistato una partecipazione di minoranza in Seat e i relativi patti accessori di *governance*, senza considerare l'intervenuta concentrazione tra i due gruppi societari, ma rifacendosi alla sola disciplina in materia di intese e applicando canoni ermeneutici del diritto della concorrenza europeo, sviluppati prima dell'entrata in vigore della normativa sul controllo delle concentrazioni¹⁰⁴.

In particolare, secondo il giudice del merito, «influenza dominante e restrizione della concorrenza possono realizzarsi anche per effetto di operazioni di concentrazione

⁹⁹ Cfr. art. 7, comma 1, l. 287/1990.

¹⁰⁰ Cfr. art. 5, comma 1, lett. c., l. 287/1990.

¹⁰¹ Cfr. art. 16, l. 287/1990. Per una recente applicazione di tale principio in relazione ad una fattispecie di abuso di posizione dominante, cfr. C. giust. UE, 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*. Per un precedente nazionale di segno contrario, cfr. TAR Lazio, sez. I, 24 marzo 2022, n. 3334 (riformata in appello da Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2022, n. 9035).

¹⁰² Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

¹⁰³ App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261 ss.

¹⁰⁴ C. giust. Ue, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione* - "continental can", in *Racc.* 1973, p. 215.

societaria in conseguenza delle quali, perseguendosi una politica di gruppo, venga meno [la] competizione tra le società entrate a farne parte le quali operino nel medesimo settore di mercato con posizione predominante». In altri termini, secondo tale pronuncia, un contratto per l'acquisto di partecipazioni di minoranza in un'altra impresa costituisce un'intesa valutabile autonomamente, a prescindere dalla disciplina sul controllo delle concentrazioni¹⁰⁵.

Al contrario, in linea con una giurisprudenza consolidata, l'intervenuta concentrazione tra Telecom Italia e Seat aveva assunto rilevanza decisiva nelle (precedenti) valutazioni del giudice del reclamo in sede cautelare che, riformando la motivazione dell'ordinanza di prime cure¹⁰⁶, aveva constatato che un'operazione di concentrazione non può costituire un'intesa vietata, perché la necessaria «partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente» non ricorre in un accordo concluso tra due società appartenenti al medesimo gruppo¹⁰⁷.

VI. Conclusioni

Nell'ambito del contenzioso civile italiano, è dunque ormai pacificamente riconosciuta una nozione ampia d'intesa, atta a ricomprendere tutte le forme di collaborazione consapevolmente adottate dalle imprese e idonee ad alterare la libera concorrenza. Nel rispetto del diritto della concorrenza europeo e nazionale, tale nozione ha assunto una valenza autonoma, del tutto

distinta rispetto alle fattispecie di accordo normalmente riconosciute in diritto civile.

MARCO D'OSTUNI

Bibliografia

M. D'Ostuni – M. Beretta, «Il diritto della concorrenza in Italia», Torino, 2024; R. Caiazza, «Pratiche concordate: concertazione e parallelismo cosciente. Limiti e confini di una categoria logico-giuridica molto speciale», in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, XI, p. 3179 ss.; G. Colangelo, «Intesa restrittiva e nozione di accordo», in *Foro it.*, 2004, I, p. 34 ss.; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019; F. Ghezzi – M. Maggiolino, «Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte», in *Riv. soc.*, 2013, VI, p. 1238 ss.; Lamarca, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano. Una guida teorico-pratica*, Torino, 2017; Libertini, «Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza», in *Gior. dir. amm.*, 1997, V, p. 443 ss.; Lo Surdo, «“Accordo” contrattuale e “intesa” ai sensi della normativa antitrust», in *Contr.*, 2001, III, p. 299 ss.; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili sostanziali*, II ed., Milano, 2018, p. 100 ss.; Rotondo, «Brevi note sulle intese fra imprenditori e lesione della concorrenza», in *Riv. dir. impr.*, 1999, II, p. 367 ss.; M. Siragusa – C. Rizza, *EU Competition Law*, vol. III, Deventer, 2012, p. 16 ss.; I. Van Bael – J.F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009.

¹⁰⁵ Tuttavia, nella fattispecie i giudici torinesi hanno ritenuto che l'intesa non conferisse un'influenza dominante all'impresa acquirente, in quanto la partecipazione di minoranza acquisita non era superiore a quelle di altri investitori istituzionali e partner industriali facenti parte della compagine sociale.

¹⁰⁶ App. Torino, sez. I, 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2003, p. 371 ss.

¹⁰⁷ App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss.

LE INTESE ORIZZONTALI

Sommario: **I.** Il trattamento delle intese orizzontali nel diritto della concorrenza. – I.1. Le intese orizzontali collusive: considerazioni generali. – I.2. L'attività di *enforcement* della Commissione in materia di cartelli. – I.3. Gli accordi di cooperazione orizzontale. – **II.** Tipologie di intese collusive previste dagli artt. 101 TFUE e 2 l. 287/90. – II.1. Accordi sui prezzi e sulle altre condizioni contrattuali. – II.2. Accordi di limitazione o controllo della produzione. – II.3. Accordi di ripartizione dei mercati. – II.4. Accordi di applicazione di condizioni discriminatorie e boicottaggio collettivo. – II.5. Vendite abbinate.

I. Il trattamento delle intese orizzontali nel diritto della concorrenza

I.1. Le intese orizzontali collusive: considerazioni generali

Si definiscono intese orizzontali tutte le forme di cooperazione tra imprese che operano allo stesso stadio del processo economico, e tra le quali intercorre una relazione di concorrenza.

Gli accordi tra concorrenti costituiscono, da un punto di vista *antitrust*, fattispecie chiaramente problematiche e, per molti versi, la ragione principale alla base della disciplina stessa. Le imprese operanti sullo stesso mercato possono infatti avere un incentivo razionale a porre in essere accordi miranti a limitare i costi della competizione, concertando la loro politica commerciale e alterando i principali parametri della concorrenza, quali il

livello dei prezzi praticati e il volume della produzione.

Le condotte in parola si pongono in diretto contrasto rispetto al principio cardine della disciplina, quello secondo cui «ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato»¹, e ricadono inevitabilmente nel divieto di intese restrittive della concorrenza, previsto con diverse formulazioni da qualsiasi normativa *antitrust*.

L'esperienza e la teoria economica della concorrenza hanno ampiamente dimostrato il disvalore di tali accordi collusivi, spesso definiti «cartelli»². Essi conferiscono

¹ C. Giust. UE, 16 dicembre 1975, cause riunite C-40/73 etc., *Suiker Unie e altri c. Commissione*, EU:C:1975:174, punto 173. Questa esigenza di autonomia vieta «rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti che [...] abbiano lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato» (C. Giust. UE 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, EU:C:1999:356, «Anic», punto 117).

² La Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014, G.U.U.E. L349 del 5 dicembre 2014, p. 1 (recepita con D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3) contiene la seguente definizione di cartello: «un accordo o una pratica concordata fra due o più concorrenti, volta a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione, anche in relazione a diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti» (art. 2 n. 14). Ciò che

alle imprese partecipanti un notevole potere di mercato congiunto, permettendogli di imporre ai clienti prezzi o condizioni diverse da quelle che prevarebbero in una situazione concorrenziale. In sostanza, le parti dell'accordo definiscono di concerto la strategia da tenere sul mercato, mimando quella che sarebbe la condotta di un monopolista.

L'effetto che ne consegue, non diversamente da una situazione di monopolio, è una perdita di benessere economico generale (inteso come somma del benessere delle imprese e benessere dei consumatori): si riducono le quantità di prodotto vendute e aumentano i prezzi praticati, a discapito anzitutto degli acquirenti diretti. A ciò si accompagnano le ulteriori dissipazioni di risorse causate da inefficienze produttive e manageriali, nonché dalla riduzione degli incentivi all'innovazione e alla differenziazione dei prodotti.

Non sorprende dunque l'atteggiamento intransigente adottato dalle autorità di concorrenza, a livello globale, nei confronti delle pratiche in discussione. Per limitarsi qui all'ambito comunitario, i cartelli «si configurano tra le violazioni più gravi dell'articolo [101 TFUE]»³ e le sottostanti condotte sono considerate come aventi ad oggetto la restrizione della concorrenza – il che rende superfluo valutarne gli effetti reali o potenziali sul mercato⁴. Alla luce

della loro nocività e dell'assenza di *redeeming virtues*, poi, la possibilità di una esenzione in deroga ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE è spesso solo teorica⁵.

Nel diritto dell'Unione europea, peraltro, una considerazione aggiuntiva impone un trattamento particolarmente rigoroso dei cartelli. Questi ultimi, infatti, soprattutto laddove prevedano una ripartizione geografica dei mercati tra i partecipanti, rappresentano uno degli ostacoli più evidenti al commercio transfrontaliero e all'integrazione delle economie nazionali, obiettivo fondamentale del progetto europeo.

Anche in questa prospettiva si spiega l'introduzione nei Trattati istitutivi delle Comunità europee del divieto di intese anticoncorrenziali. Un divieto, si può aggiungere, dalla portata decisamente “rivoluzionaria” nel contesto economico europeo, fino ad allora caratterizzato dalla presenza di numerosi settori cartellizzati – con l'acquiescenza, se non l'incoraggiamento e la partecipazione attiva, delle autorità statali⁶.

L'articolo 85 CEE (oggi 101 TFUE) segna dunque un momento di svolta e la prima seria accettazione dell'idea secondo cui un sistema di economia di mercato basato sul principio della libera concorrenza è in grado di garantire i maggiori benefici per la collettività. Con il passare degli anni questa idea si è profondamente radicata, come dimostra chiaramente l'evoluzione della pratica di *enforcement* nei confronti dei cartelli.

caratterizza i cartelli rispetto al più ampio *genus* delle intese orizzontali collusive è la maggiore complessità in termini strutturali e organizzativi, necessaria al fine di coordinare il comportamento di un numero spesso elevato di partecipanti; la molteplicità e varietà degli atti e condotte anticoncorrenziali poste in essere; e la regolare previsione di strumenti di monitoraggio, sanzione e compensazione, miranti a rendere stabile nel tempo l'accordo collusivo ed evitare deviazioni dalla condotta prestabilita.

³ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.U.E. C298 dell'8 dicembre 2006, p. 17, punto 1.

⁴ C. Giust. UE, 18 luglio 1966, cause riunite C-56/64 e C-58/64, EU:C:1966:41, *Consten e Grundig c. Commissione*.

⁵ È esclusa inoltre l'applicabilità ai cartelli della clausola “*de minimis*” (v. Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1 del [TFUE], in G.U.U.E. C 291 del 30 agosto 2014, punto 13). Cfr. C. Giust. UE, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia*, EU:C:2012:795, punto 37; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

⁶ V. voce [PACE, La nascita del diritto della concorrenza in Europa]

I.2. L'attività di *enforcement* della Commissione in materia di cartelli

Nei 50 anni trascorsi dalle prime decisioni sanzionatorie adottate in materia⁷, la Commissione ha adottato un atteggiamento progressivamente più severo nella sua pratica di *enforcement*, e, con l'avallo della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha esteso l'area di intervento, ad esempio mediante (i) un'interpretazione estensiva del concetto di intesa, tale da ricomprendere un ventaglio sempre più ampio di fattispecie presentatesi nella pratica⁸; (ii) l'elaborazione della nozione di "intesa unica e continuata", così da ricondurre ad un'unica infrazione gli accordi restrittivi complessi e di lunga durata⁹ ed estendere la responsabilità per l'intera infrazione alle imprese che abbiano partecipato solo ad alcuni degli elementi costitutivi di essa¹⁰; (iii) il superamento, sempre nel contesto di tali infrazioni complesse, della necessità di qualificare le singole condotte come accordi o pratiche concordate¹¹; (iv) l'attribuzione di responsabilità alle imprese partecipanti anche qualora non siano attive

sul mercato cartellizzato¹²; qualora abbiano svolto solo un ruolo "facilitante"¹³; o qualora abbiano partecipato passivamente a riunioni di cartello senza esservi manifestamente opposte e senza essersi distanziate pubblicamente dall'iniziativa illecita¹⁴; (v) l'esclusione sistematica della possibilità per le imprese di ricorrere alle pratiche in esame per finalità "difensive", ovvero in reazione a situazioni di crisi provocate da fattori quali la riduzione della domanda o l'aumento dei prezzi delle materie prime¹⁵.

Ma un notevole rafforzamento dell'intervento della Commissione si è avuto anche, se non soprattutto, grazie all'introduzione di nuovi strumenti procedurali (si pensi al programma di clemenza¹⁶ e alla procedura di "transazione"¹⁷); a miglioramenti

¹² Trib. UE, 28 aprile 2010, cause riunite T-456/05 e T-457/05, *Gütermann e Zwicky c. Commissione*, EU:T:2010:168, punti 49 e seguenti.

¹³ Dec. Comm., 10 dicembre 2003, COMP/E-2/37.857, *Perossidi organici*, confermata da Trib. UE, 8 luglio 2008, causa T-99/04, *AC-Treuhand*, EU:T:2008:256, punti 132-133.

¹⁴ C. Giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P etc., *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, EU:C:2004:6, punti 81-82; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2013, n. 3013.

¹⁵ *Ex multis*, Trib. UE, "PVC II", cit., punto 740; Cons. Stato, 9 febbraio 2011, n. 896, 5171 e 5172. Le uniche eccezioni hanno riguardato, come sarà precisato in seguito, casi di sovraccapacità strutturale.

¹⁶ Comunicazione della Commissione in G.U. U.E. C298 dell'8 dicembre 2006, p. 17; a livello nazionale, il programma di clemenza è stato introdotto, ai sensi dell'art. 15 comma 2-bis della l. 287/90, con Delibera AGCM 15 febbraio 2007, n. 16472 (da ultimo modificata con delibera 31 luglio 2013, n. 24506). Il programma prevede l'esenzione o la riduzione dell'ammenda per il primo membro del cartello che prenda l'iniziativa di dissociarsene e di denunciare l'accordo all'autorità di concorrenza.

¹⁷ La c.d. transazione (*cartel settlement*), introdotta nel 2008, è un meccanismo mediante il quale i partecipanti al cartello che riconoscono di aver commesso l'infrazione ottengono, in contropartita dell'ammissione, una riduzione dell'ammenda. V. art. 10-bis Reg. (CE) n. 773/2004, come modificato dal Reg. (CE) n. 622/2008, in G.U.U.E. L171 del 30 giugno 2008, pp. 3-5.

⁷ Dec. Comm., 16 luglio 1969, IV/26.623, *Intesa internazionale della chinina*, e Dec. Comm., 24 luglio 1969, IV/26.267, *Materie coloranti*.

⁸ V. voce [D'OSTUNI, Il concetto d'intesa].

⁹ La prima applicazione è avvenuta con Dec. Comm., 23 aprile 1986, IV/31.149, *Polipropilene*, confermata da Trib. UE, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhône Poulenc SA c. Commissione*, EU:T:1991:56, "Rhône Poulenc", punti 1074-75.

¹⁰ Sempre qualora sia dimostrabile che l'impresa conoscesse, o potesse ragionevolmente prevedere, la condotta restrittiva degli altri partecipanti: v. C. Giust. UE, "Anic", cit., punto 87; Trib. UE, 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c. Commissione*, EU:T:1999:80, "PVC II", punto 773.

¹¹ C. Giust. UE, "Rhône Poulenc", cit., punto 127; C. Giust. UE, "Anic", cit., punto 131; Trib. UE, "PVC II", punti 696-698.

dell'assetto organizzativo dell'autorità e, non ultimo, al processo di modernizzazione del diritto *antitrust* europeo – che si prefiggeva, tra gli altri, l'obiettivo di concentrare le risorse della Commissione «sulla repressione delle infrazioni più gravi», tra cui appunto i cartelli¹⁸.

Un rapido sguardo alle statistiche pubblicate dalla Commissione permette di constatare un aumento considerevole, nell'ultimo ventennio, del numero di cartelli scoperti, nonché una crescita esponenziale delle ammende pecuniarie imposte alle società coinvolte¹⁹.

All'effetto dissuasivo dell'intervento pubblicistico si affiancano oggi, sempre più di frequente, le azioni private di risarcimento del danno *antitrust*, che hanno fatto oggetto di un recente intervento legislativo a livello europeo²⁰, e la cui duplice funzione riparatoria e di deterrenza è stata di recente riaffermata dalla Corte di giustizia UE²¹.

¹⁸ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102] del trattato, in G.U.U.E. L1 del 4 gennaio 2003, pp. 1-25, considerando 3.

¹⁹ A quest'ultimo effetto ha contribuito la revisione della politica sanzionatoria della Commissione (V. Comunicazione della Commissione in G.U.U.E. C210 del 1° settembre 2006, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003).

²⁰ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in G.U.U.E. L 349 del 5 dicembre 2014. La Direttiva dispone la presunzione *iuris tantum* «che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno» (art. 17 c. 2).

²¹ V. *inter multis* C. Giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions*, EU:C:2019:204, dove si ribadisce che il diritto dei privati a chiedere il risarcimento del danno subito a causa di condotte anticoncorrenziali mira a «scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il

L'apparato sanzionatorio è poi completato, in un numero sempre crescente di giurisdizioni, dalla previsione di sanzioni di carattere penale nei confronti delle persone fisiche responsabili della conclusione e attuazione di accordi di cartello²². L'efficacia dissuasiva di tali normative è discussa; cionondimeno, la loro introduzione rappresenta un chiaro segnale della sempre più incisiva stigmatizzazione di tali condotte a livello globale.

I.3. Gli accordi di cooperazione orizzontale

Sebbene il presente contributo abbia ad oggetto le pratiche collusive poste in essere dalle imprese, è necessario precisare come la dimensione della cooperazione orizzontale sia in realtà molto più ampia, e ricomprenda numerose fattispecie valutate (in genere) positivamente da un punto di vista *antitrust*.

Si pensi, a titolo d'esempio, agli accordi con cui due o più imprese uniscono risorse e *know-how* al fine di porre in essere un progetto congiunto di ricerca e sviluppo; o si concertano per acquistare congiuntamente le materie prime di cui hanno bisogno da un fornitore dotato di significativo potere di mercato. In alcuni contesti, la cooperazione tra imprese può finanche ritenersi imprescindibile: un esempio ne sono i processi di «standardizzazione», con cui i partecipanti di un'industria definiscono requisiti tecnici o qualitativi dei loro prodotti o processi di produzione, in modo da garantirne la compatibilità e l'interoperabilità.

gioco della concorrenza» e, pertanto, costituisce «parte integrante del sistema di applicazione [delle regole *antitrust*]» (punti 43-44).

²² Tra gli Stati che hanno recentemente introdotto tali legislazioni, si ricordano l'Australia (2009), la Danimarca (2013), il Sud Africa (2016) e la Nuova Zelanda (2021).

Gli accordi ora richiamati, se possono dar luogo ad effetti restrittivi, determinano spesso notevoli efficienze per le imprese (riduzione dei costi e dei rischi, aumento degli investimenti) e ad un tempo benefici per i consumatori in termini di scelta, qualità e prezzo.

La valutazione dal punto di vista *anti-trust* di queste fattispecie è dunque più flessibile, e va effettuata in base a una ponderazione che tenga conto degli effetti che limitano o favoriscono la concorrenza, secondo il quadro di analisi previsto dal primo e terzo paragrafo dell'articolo 101 TFUE²³.

II. Tipologie di intese collusive previste dagli artt. 101 TFUE e 2 l. 287/90

Posto il divieto generale di intese restrittive della concorrenza, gli artt. 101 § 1 TFUE e 2 c. 2 l. 287/90 elencano, con formulazioni sostanzialmente identiche, alcune attività che possono incorrere nel divieto.

Tra queste, si ritrovano (a) la fissazione dei prezzi di vendita e di acquisto e di altre condizioni contrattuali; (b) la limitazione della produzione, degli sbocchi, dello

sviluppo tecnico e degli investimenti; (c) la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; (d) l'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, e, infine, (e) le pratiche che subordinano la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Come risulta dal testo stesso delle disposizioni, l'elenco ha valore meramente esemplificativo. Altre intese orizzontali pacificamente ricondotte nell'ambito del divieto e aventi natura intrinsecamente anticoncorrenziale sono, ad esempio, gli accordi di manipolazione delle gare d'appalto (c.d. *bid rigging*), le pratiche di boicottaggio collettivo e lo scambio di informazioni commercialmente sensibili²⁴. Benché sia utile tenere distinte le fattispecie citate, va notato che, nel contesto di accordi collusivi complessi, molteplici restrizioni possono essere attuate allo stesso tempo dalle imprese, l'una a rafforzamento e completamento delle altre²⁵.

Va poi ricordato che, seppure la maggior parte delle condotte in parola siano considerate quali restrittive della concorrenza "per oggetto"²⁶, da ciò non discende

²⁴ V. sulla prassi applicativa relativa allo scambio di informazioni sensibili, [OSTI, Lo scambio di informazioni e le pratiche facilitanti], nonché le Linee Diretrici, punti 366-435.

²⁵ Tra gli esempi emblematici in questo senso, v. Dec. Comm., 21 ottobre 1998, IV/35.691, *Intesa tubi preisolati*, punto 147 (in cui la Commissione elenca 21 tipologie di condotte restrittive poste in essere dai membri del cartello); Dec. Comm., *Perossidi organici*, cit., punto 353; Dec. Comm., 24 gennaio 2007, COMP/38.899, *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*, punto 302.

²⁶ Vi è unanimità nel ritenere che gli accordi di fissazione dei prezzi, di limitazione della produzione e di ripartizione dei mercati e della clientela costituiscano intese aventi oggetto anticoncorrenziale. Nel documento «*Guidance on restrictions on competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*» (C(2014) 4136 final), la Commissione

²³ Si rimanda, per la valutazione *antitrust* dei più comuni accordi di cooperazione orizzontale, all'apposita comunicazione pubblicata dalla Commissione, aggiornata da ultimo nel 2023 (Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, C(2023) 4752 final, 17 luglio 2023, "Linee direttrici"), nonché ai Regolamenti di esenzione per categoria applicabili a talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo (Regolamento (UE) n. 2023/1066) e di specializzazione (Regolamento (UE) n. 2023/1067). In linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delineati nel *Green Deal*, le aggiornate Linee direttrici forniscono indicazioni sulla valutazione sotto il profilo della concorrenza degli accordi di cooperazione orizzontale che perseguono un obiettivo di sostenibilità (c.d. accordi di sostenibilità) (v. Linee direttrici, punti 515-603).

un'automatica applicazione del divieto. Anzitutto, sarà sempre necessario accertare la presenza di tutti i presupposti di applicazione della normativa²⁷. In secondo luogo, bisognerà valutare tali accordi nel più ampio contesto in cui si inseriscono: potrebbe darsi, ad esempio, che una delle citate restrizioni costituisca una clausola accessoria (c.d. restrizione ancillare) rispetto ad un'operazione principale più complessa e dalla portata pro-competitiva²⁸. Infine, non si può escludere a priori che un'intesa, pur contenente restrizioni "hardcore", sia comunque capace di soddisfare i requisiti per l'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 101 § 3 TFUE²⁹.

considera restrittivi per oggetto, oltre agli accordi appena menzionati, anche il *bid rigging*, gli accordi di boicottaggio collettivo, lo scambio di informazioni sui prezzi e le quantità future, e le restrizioni allo svolgimento di progetti di ricerca e sviluppo. Al proposito, si segnala anche la recente sentenza della Corte di Giustizia in *Banco BPN*, nella quale si conclude che uno scambio di informazioni "autonomo" (vale a dire, uno scambio di cui non è stato fatto valere che fosse accessorio di una pratica concordata restrittiva della concorrenza) rientra in una forma di coordinamento qualificabile come restrizione per oggetto qualora consenta di eliminare l'incertezza quanto ai comportamenti futuri dei concorrenti. Ciò avviene quando le informazioni scambiate sono riservate e strategiche, nel senso che sono idonee a rivelare il comportamento futuro di un concorrente sui mercati interessati (C. Giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22, *Banco BPN c. BIC Português e altri*, EU:C:2024:638, punto 62). Infine, vale la pena precisare che le pratiche restrittive per oggetto non costituiscono un *numerus clausus* (si veda, al riguardo, C. Giust. UE, 29 giugno 2023, *Super Bock Bebidas*, causa C-211/22, EU:C:2023:529, punti 33-34).

²⁷ In proposito, si rimanda alle voci di [D'OSTUNI, Il concetto d'intesa e DE VITA, Il pregiudizio al commercio tra Stati membri].

²⁸ In tal caso sarà necessario valutare – ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE – se e in che misura tale restrizione sia necessaria per la realizzazione dell'operazione principale.

²⁹ Trib. UE, 15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, EU:T:1994:89, punto 85: «[n]on vi può essere, in via di principio, una prassi anticoncorrenziale la quale, quale che sia

II.1. Accordi sui prezzi e sulle altre condizioni contrattuali

L'elemento prezzo ha fondamentale importanza come strumento di competizione, in quanto «si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese»³⁰.

Non stupisce dunque che gli artt. 101 TFUE e 2 l. 287/90 annoverino anzitutto, tra le condotte vietate, il «fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione», e che le intese orizzontali che incidono sul *prezzo di vendita*³¹ siano considerate «le restrizioni più gravi alla concorrenza, in quanto tali da impedire la funzione di questa, che è quella di far sì che il livello dei prezzi resti il più basso possibile»³².

La giurisprudenza UE e nazionale sono unanimi nel ritenere vietata «ogni forma di condotta collusiva mediante la quale

l'intensità dei suoi effetti su un determinato mercato, non possa essere esentata, qualora siano cumulativamente soddisfatte le condizioni stabilite dall'art. [101 § 3] del Trattato».

³⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026.

³¹ Per quanto riguarda la fissazione dei prezzi di acquisto, anche tali accordi sono stati considerati in più occasioni gravemente restrittivi della concorrenza (v. ad es. Dec. Comm., 20 ottobre 2005, COMP/38.281, *Tabacco Greggio - Italia*; e più di recente, Dec. Comm., 8 febbraio 2017, AT.40018, *Riciclaggio di batterie per autoveicoli*). Ciononostante, la Commissione riconosce che gli accordi non dissimulati per l'acquisto in comune di prodotti «mirano in genere a dare agli acquirenti un certo livello di potere di acquisto nei confronti dei fornitori», e che tale potere di acquisto «può portare a prezzi più bassi, a una maggiore varietà o a una migliore qualità dei prodotti per i consumatori» (Linee Diretrici, punto 275). La valutazione di tali accordi va dunque effettuata in base ad un'analisi del potere di mercato congiunto detenuto dagli acquirenti, sia nei confronti dei clienti/consumatori (mercato a valle) che nei confronti dei fornitori (mercato a monte). Cfr. Linee Diretrici, punti 273-316.

³² Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397; C. Giust. UE 14 luglio 1972, causa C-48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, EU:C:1972:70, "*Dyestuffs*" punto 115.

le imprese ne alterino il meccanismo di formazione [del prezzo], gonfiandolo a proprio vantaggio e al di sopra del livello che esso avrebbe raggiunto dall'incontro della domanda e dell'offerta»³³.

Per conseguenza, il divieto ricomprende non solo gli accordi tramite i quali i concorrenti fissano i prezzi a livelli determinati o fissano prezzi minimi al di sotto dei quali si impegnano a non vendere, ma «più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione del prezzo, e quindi, la sua naturale flessibilità»³⁴. Tra queste si ritrovano gli accordi tramite i quali le imprese procedono ad aumenti di prezzo³⁵, stabiliscono prezzi obiettivo³⁶, si conformano a raccomandazioni di prezzo deliberate da associazioni di categoria³⁷, o concertano la loro politica riguardante gli sconti o i ribassi³⁸. Ugualmente illecita è stata ritenuta la determinazione congiunta di un prezzo di listino, in quanto esso «costituisce necessariamente il fondamentale punto di partenza» su cui impennare la determinazione del prezzo finale³⁹; o la predisposizione, per il

tramite di associazioni od organi consortili, di tariffari comuni o di tariffe minime per i servizi prestati⁴⁰.

È pacifico, inoltre, che il divieto ricomprenda anche la fissazione di singole *componenti* che concorrono alla formazione o al computo del prezzo, quali ad esempio i supplementi, i costi, le commissioni e i tassi di interesse⁴¹.

Per quanto riguarda le *altre condizioni contrattuali*, vengono in rilievo diversi parametri che, pur non riguardando direttamente il prezzo, sono nondimeno rilevanti dal punto di vista concorrenziale: si può pensare, a questo riguardo, alle intese aventi ad oggetto la concertazione sui termini di consegna e pagamento, sulle garanzie, sulla pubblicità, o su altre variabili economiche strategiche per il confronto competitivo⁴². Nel contesto dei modelli contrattuali uniformi predisposti da associazioni di categoria, sono state ritenute anticoncorrenziali le clausole che regolano in dettaglio

³³ Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896, 5171 e 5172.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ C. Giust. UE, “*Dyestuffs*”, cit.; Dec. Comm., 20 novembre 2007, COMP/38.432, *Videocassette professionali*; Dec. Comm., 7 dicembre 2011, COMP/39.600, *Compressori di refrigerazione*. Peraltro, non è necessario che i prezzi debbano aumentare in misura analoga. Al contrario, «è assolutamente razionale [...] che in un settore disperso e con imprese molto diverse tra loro, la collusione esplicita conduca a livelli di prezzo differenziati» (Prov. AGCM, 25 febbraio 2009, I694, *Listino prezzi della pasta*, punto 195).

³⁶ Dec. Comm., *Polipropilene*, cit.; Dec. Comm., 21 novembre 2001, COMP/37.512, *Vitamine*.

³⁷ C. Giust. UE, 29 ottobre 1980, cause riunite C-209/87 etc., EU:C:1980:248, *Van Landewyck c. Commissione*; Trib. UE, 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, EU:T:1997:157, *SCK e FNK c. Commissione*.

³⁸ V. ad es. Dec. Comm., 28 novembre 2007, COMP/39.165, *Vetro piano*, punto 317.

³⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026.

⁴⁰ Prov. AGCM, 22 aprile 1999, I266, *Assirevi/Società di revisione*. Sono state rigettate sistematicamente le argomentazioni secondo cui la fissazione di un tariffario minimo sia necessaria a garantire il livello qualitativo della prestazione professionale: v. *inter multis*, Prov. AGCM, 8 maggio 2003, I502, *Guardia di Finanza/Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali*; cfr. Dec. Comm., 15 dicembre 1992, IV/29883, *UGAL/BNIC*, punto 69: «L'imposizione di prezzi minimi non può in nessun caso giustificarsi con un asserito intento di garanzia della qualità. A tal fine, una misura di questo genere è inutile ed inefficace».

⁴¹ V. ad es. Dec. Comm., 17 marzo 2017, AT.39258, *Trasporto aereo* (coordinamento della politica tariffaria con riferimento al supplemento carburante, al supplemento sicurezza e al pagamento di commissioni sui medesimi); Dec. Comm., 24 luglio 2002, COMP/36.700, *Gas tecnici e medicali* (fissazione dei costi minimi di trasporto); Dec. Comm., 11 giugno 2002, COMP/36.571, *Banche austriache (“Lombard Club”)* (fissazione dei tassi di interesse praticati dalle banche).

⁴² V. ad es. Dec. Comm., 13 aprile 2011, COMP/39.579, *Detersivi per i consumatori* (limitazione concertata dell'attività promozionale considerata come una forma di intesa sul prezzo).

condizioni economiche o che «risultano idonee ad uniformare i comportamenti degli [associati] in relazione ad aspetti significativi nel processo di scelta del consumatore», e aventi l'effetto complessivo di peggiorare le condizioni di offerta⁴³.

Gli accordi aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi non producono, generalmente, alcun beneficio per i consumatori. Per questo motivo, solo in rarissimi casi (non qualificabili come cartelli segreti) la Commissione ha disposto un'esenzione ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE⁴⁴.

Tra i fattori che possono assumere rilievo ai fini di tale valutazione, la Corte di Giustizia UE ha incluso lo stato di crisi di un'industria⁴⁵, ma è inverosimile che un "accordo di crisi" in cui le imprese concertino i prezzi sia tale da soddisfare tutte le condizioni di cui all'art. 101 § 3 TFUE⁴⁶.

Infine, non vale ad escludere l'illiceità (salvo circostanze eccezionali) il fatto che l'intesa sia stata conclusa per effetto di una normativa nazionale⁴⁷.

⁴³ Prov. AGCM, 28 ottobre 2004, I592, *Associazione Bancaria Italiana*, "ABI", punto 118. Cfr. Dec. Comm., 13 luglio 1983, IV/30.174, *Vimpoltu* (fissazione delle condizioni generali di vendita, che la Commissione definisce «importanti aspetti secondari della concorrenza»).

⁴⁴ Dec. Comm., 15 settembre 1999, IV/36.748, *Reims II* (accordo sulla remunerazione che alcuni operatori postali pubblici si pagano reciprocamente per il recapito della posta transfrontaliera in entrata); Dec. Comm., 24 luglio 2002, COMP/29.373, *Visa International – Commissione interbancaria multilaterale*.

⁴⁵ C. Giust. UE, 20 novembre 2008, causa C-209/07, *Beef Industry Development e Barry Brothers*, EU:C:2008:643, punto 21.

⁴⁶ V. ad es. Dec. Comm., 2 aprile 2003, caso COMP/C.38.279/F3, *Carni bovine francesi*, punto 130.

⁴⁷ Si può escludere una responsabilità delle imprese solo laddove il comportamento anticoncorrenziale sia stato imposto dalla normativa nazionale, o qualora detta normativa abbia «eliminato ogni possibilità di comportamento concorrenziale» da parte delle imprese (C. Giust. UE, 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. AGCM*, EU:C:2003:430, punto 67).

II.2. Accordi di limitazione della produzione e dello sviluppo tecnico

Il trattamento in chiave *antitrust* degli accordi di limitazione della produzione è, generalmente, tanto severo quanto quello riservato agli accordi incidenti sul prezzo. Ciò si spiega in base alla considerazione che il contingentamento della produzione o delle vendite mira a raggiungere il medesimo obiettivo di aumento (o quantomeno di stabilizzazione) dei prezzi, seppur in maniera indiretta⁴⁸.

Ricadono nella categoria in parola diverse fattispecie (la stessa disposizione normativa parla, peraltro, di vari fattori economici, quali «la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti»), ma tutte sostanzialmente riconducibili ad accordi aventi ad oggetto una riduzione dell'*offerta* da parte delle imprese⁴⁹.

Tra questi, vi sono le pattuizioni che prevedono la *riduzione* concertata della produzione, sia che riguardino la limitazione o il blocco delle capacità produttive esistenti, sia che riguardino l'impegno a non svilupparne di nuove⁵⁰. Rientrano poi nella fattispecie gli accordi di limitazione degli investimenti e quelli che vietano l'utilizzo

⁴⁸ Agendo sull'offerta, le parti tentano di condurre il prezzo al livello in cui il ricavo marginale equivale al costo marginale in condizioni di monopolio.

⁴⁹ Si segnala, al riguardo, la recente decisione (di transazione) della Commissione nel caso *Emissioni delle autovetture*, in quanto rappresenta la prima constatazione di un cartello avente unicamente ad oggetto la limitazione dello sviluppo tecnico (v. Dec. Comm., 8 giugno 2021, AT.40178, *Emissioni delle autovetture*).

⁵⁰ Prov. AGCM, 15 febbraio 2007, I649, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, punto 203 (fermate programmate ed obbligatorie degli impianti di produzione); Dec. Comm., 14 dicembre 1982, IV/29.629, *Laminati e leghe di zinco* (impegno di un produttore a non sviluppare le proprie capacità produttive).

di nuove tecnologie⁵¹.

Da ultimo, la Commissione ha sanzionato in base all'art. 101 § 1 lett. b) gli accordi di c.d. “*pay-for-delay*”, in base ai quali dei produttori di specialità farmaceutiche “originali”, allo scadere dei brevetti che proteggevano alcuni dei propri farmaci, avevano pattuito il versamento di somme a diversi produttori di farmaci “generici” affinché questi si astenessero dal fabbricare e commercializzare le versioni generiche dei farmaci in questione⁵². Il Tribunale UE ha rigettato gli appelli proposti dalle società farmaceutiche e confermato la natura restrittiva (per oggetto) di tali accordi⁵³. Vi sono comunque situazioni in cui accordi di limitazione della produzione potrebbero risultare meritevoli di esenzione ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE: un esempio sono i casi (invero piuttosto risalenti) in cui la Commissione ha autorizzato, in settori caratterizzati da *sovraccapacità strutturale*,

accordi di limitazione della capacità produttiva tramite chiusura degli impianti⁵⁴.

Ugualmente, vanno menzionati gli accordi c.d. di *specializzazione*, in base ai quali un'impresa si impegna (o più imprese si impegnano reciprocamente) ad interrompere la fabbricazione di un prodotto per affidarla a un'altra impresa concorrente parte dell'accordo, e ad acquistare da quest'ultima il fabbisogno del prodotto in questione. Pur avendo alla base una limitazione della produzione, e integrando dunque una restrizione della concorrenza, questi accordi formano oggetto di un regolamento di esenzione e godono di un regime di largo favore, in quanto permettono la razionalizzazione dei costi di produzione e consentono alle parti di continuare ad essere presenti sul mercato in causa, aumentando di conseguenza le possibilità di scelta degli utenti e accentuando la concorrenza⁵⁵.

II.3. Accordi di ripartizione dei mercati

Al pari delle fattispecie finora menzionate, gli accordi di ripartizione dei mercati tra imprese concorrenti hanno l'effetto di eliminare il confronto competitivo tra di esse, riducono la scelta dei consumatori e portano a prezzi più alti o ad una riduzione della produzione. Per questo motivo, sono vietati in tutte le loro forme dalle norme comunitarie e nazionali della concorrenza⁵⁶.

⁵¹ V. per un esempio di intesa avente ad oggetto la limitazione degli investimenti, Dec. Comm., 29 settembre 2004, COMP/C.37.750/B2, *Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken* (le due imprese avevano concordato un temporaneo “armistizio” nella “guerra di acquisizioni” di grossisti di bevande).

⁵² Dec. Comm., 19 giugno 2013, AT.39226, *Lundbeck*; Dec. Comm., 10 dicembre 2013, AT.39685, *Fentanyl*; Dec. Comm., 9 luglio 2014, AT.39612, *Perindopril (Servier)*.

⁵³ Trib. UE, 9 settembre 2016, causa T-472/13, *Lundbeck c. Commissione*, EU:T:2016:449, confermata in appello; Trib. UE, 12 dicembre 2018, causa T-691/14, *Servier e altri c. Commissione*, EU:T:2018:922, confermata in appell; Trib. UE, 18 ottobre 2023, *Teva Pharmaceutical Industries e Cephalon c. Commissione*, causa T-74/21, EU:T:2023:651. In quest'ultima sentenza, peraltro, il Tribunale ha confermato che il pagamento da parte del titolare del brevetto nei confronti del produttore di farmaci generici possa consistere (a fronte della conclusione di un patto di non concorrenza) in transazioni commerciali, qualora i trasferimenti di valori derivanti dalle transazioni commerciali si spieghino unicamente con l'interesse delle parti a non farsi concorrenza basata sui meriti.

⁵⁴ Dec. Comm., 4 luglio 1984, IV/30.810, *Fibre Sintetiche*; Dec. Comm., 4 dicembre 1986, IV/31.055, *ENI/Montedison*; Dec. Comm., 29 aprile 1994, IV/34.456, *Stichting Baksteen*.

⁵⁵ V. Reg. UE n. 2023/1067 del 1° giugno 2023 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione.

⁵⁶ V. Dec. Comm., 18 luglio 2001, COMP/37.444, *SAS/Maersk Air*, punto 76: «In generale, gli accordi consistenti nel ripartire i mercati, insieme a quelli consistenti nel fissare i prezzi, sono i più evidenti esempi delle cosiddette restrizioni “essenziali”».

In pratica, vi sono diverse modalità in cui tale ripartizione può avvenire: la più classica è certamente la suddivisione dei mercati *per aree geografiche*, che ha ricevuto un trattamento particolarmente rigoroso da parte della Commissione, visto il chiaro ostacolo posto da tali restrizioni all'integrazione dei mercati.

Non rileva la modalità in cui tale ripartizione avviene: sono colpiti dunque sia gli accordi in base ai quali ogni produttore riserva per sé stesso il mercato nazionale nel quale è stabilito («chacun chez soi») ⁵⁷, o in cui si prevede la possibilità di esportare nei territori di altri membri solo sulla base di condizioni concordate ⁵⁸, o di effettuare solo vendite tra produttore e produttore ⁵⁹. Violano le regole del Trattato anche le intese di ripartizione geografica concluse tra imprese operanti nell'Unione e altre imprese operanti in paesi terzi, se quest'ultime sono in un rapporto di concorrenza (almeno potenziale) con le prime ⁶⁰.

Particolarmente frequente è poi la *ripartizione per quote* di produzione o di

vendita ⁶¹. L'assegnazione di quote ai vari partecipanti è una soluzione spesso privilegiata dalle imprese, vista la maggiore facilità sia in termini di implementazione che di monitoraggio rispetto ad altri meccanismi collusivi ⁶².

Qualora non integrino un'ipotesi di specializzazione, sono ritenuti vietati anche gli accordi di ripartizione del mercato *in base al prodotto* che ciascuna impresa si impegna a commercializzare ⁶³.

In diverse occasioni, la Commissione e l'Autorità Garante hanno poi condannato accordi di *ripartizione della clientela* tra concorrenti. Vengono qui in rilievo criteri quali l'esistenza di legami tradizionali tra le imprese e i clienti, o la volontà delle imprese di mantenere lo *status quo* con rispetto al "portafoglio clienti" acquisito ⁶⁴.

Si possono far rientrare in quest'ultima categoria anche gli accordi di manipolazione delle gare d'appalto (c.d. *bid rigging*), valutati dalla Commissione e dall'AGCM con estremo rigore ⁶⁵, visto l'alto grado di offensività e la capacità di influire sui

della concorrenza. Per la loro stessa natura, questi accordi possono essere esentati solo in condizioni eccezionali».

⁵⁷ Dec. Comm., *Intesa internazionale della china*, cit.

⁵⁸ Dec. Comm., 30 novembre 1994, IV/33.126 e 33.322, *Cemento*.

⁵⁹ Questo meccanismo è tipico delle situazioni in cui uno o più produttori non riescono a soddisfare autonomamente il fabbisogno del prodotto per la loro "area riservata", così da non poter rinunciare del tutto alle importazioni (v. ad es. Dec. Comm., 2 gennaio 1973, IV/26.918, *Industria europea dello zucchero*).

⁶⁰ Trib. UE, 9 aprile 2011, causa T-110/07, *Siemens c. Commissione*, EU:T:2011:68, punto 60: «un accordo diretto a tutelare le posizioni privilegiate tradizionali dei partecipanti al cartello, rispettivamente, sui mercati europeo e giapponese, ove dimostrato, già costituisce per sé un'intesa con effetti sul mercato comune, in quanto elimina la concorrenza potenziale dei produttori giapponesi sul mercato comune».

⁶¹ V. *ex multis*, Dec. Comm., *Intesa tubi preisolati*, cit.; Dec. Comm., *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*, cit. (in cui erano previsti strumenti di sanzione per le eventuali deviazioni); Prov. AGCM, 11 dicembre 2014, I772, *Mercato del Calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*.

⁶² Ad esempio, raggiungere un accordo sui prezzi potrebbe risultare complesso in un mercato in cui le imprese hanno dimensioni e strutture dei costi molto diverse.

⁶³ Dec. Comm., 17 dicembre 1980, IV/29.869, *Vetro Greggio in Italia* (specificazione dei tipi di vetro che ciascun produttore avrebbe potuto vendere); Trib. UE, 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Trefileurope c. Commissione*, punto 97; Dec. Comm., 22 novembre 2017, AT.39881, *Sistemi di sicurezza*, punti 33 e seguenti.

⁶⁴ Dec. Comm., *Intesa tubi preisolati*, cit.; Prov. AGCM, *Assirevi/Società di revisione*, cit.

⁶⁵ Con sanzioni che in diversi casi hanno raggiunto il massimo edittale (v. da ultimo Prov. AGCM, 17 aprile 2019, I808, *Gara Consip FM4*, e Prov. AGCM, 30 gennaio 2019, I816, *Gara So.re.sa.*). Tali fattispecie sono anche suscettibili di integrare gli estremi dei reati di cui agli artt. 353 e/o 354 c.p.

meccanismi di gara «che la legge espressamente prescrive come strumento di selezione dell'offerta migliore»⁶⁶, con riflessi notevoli sui costi sostenuti dalle pubbliche amministrazioni e dalla collettività. Il tema ha assunto con gli anni un'ampiezza sempre maggiore, e forma oggetto di una copiosa prassi delle autorità *antitrust* e della giurisprudenza UE e nazionale⁶⁷.

L'Autorità è intervenuta sul tema anche con la pubblicazione di un *Vademecum per le stazioni appaltanti*⁶⁸, strumento d'ausilio per l'identificazione dei fenomeni che possono risultare associati a comportamentali anticoncorrenziali. Tra le fattispecie tipiche citate nel documento si ritrovano (i) i meccanismi di boicottaggio della gara, (ii) le «offerte di comodo», (iii) i sistemi di rotazione delle offerte, e (iv) l'utilizzo di strumenti previsti dall'ordinamento quali l'associazione temporanea di imprese (ATI) e il subappalto.

Se le prime tre fattispecie presentano indubbe criticità concorrenziali, l'utilizzo delle ATI (o di altri strumenti consortili) e dei subappalti, consentendo il «superamento dei limiti dimensionali e di specializzazione delle imprese più piccole», permettono «di ampliare il novero dei soggetti che possono partecipare alla gara»⁶⁹. Questi meccanismi risultano dunque problematici solo laddove le imprese che li utilizzano avrebbero potuto

partecipare a una gara singolarmente, ma hanno scelto di astenersi in vista di un successivo subappalto o hanno optato per la costituzione di un'ATI dal carattere c.d. «sovrabbondante»⁷⁰.

II.4. Accordi di applicazione di condizioni discriminatorie e boicottaggio collettivo

L'art. 101 § 1 lett. d) TFUE e il suo equivalente nel diritto interno vietano le intese aventi ad oggetto l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti nei confronti di alcuni contraenti, così da provocare uno svantaggio nella concorrenza per questi ultimi. Si tratta di una fattispecie che ha trovato applicazioni sporadiche⁷¹, prevalentemente relative a clausole di accordi interprofessionali o delibere di associazioni di imprese che prevedevano condizioni svantaggiose per le imprese non affiliate o stabilite in altri Stati membri⁷².

⁷⁰ La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non è il sovradimensionamento in sé ad essere illecito, ma «l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'ATI, in sé lecito» (Cons. Stato, 24 settembre 2012, n. 5067). Inoltre, la valutazione delle ragioni per cui le imprese hanno deciso di partecipare congiuntamente va effettuata «di volta in volta, alla luce delle circostanze e [...] delle condizioni di gara» (Prov. AGCM, 12 dicembre 2018, 1819, *Intercent-ER*, punto 41, in cui l'Autorità ha constatato che un'ATI, seppur formalmente sovrabbondante, fosse stata costituita per rispondere all'obiettivo necessità delle imprese di formulare un'offerta in concreto competitiva).

⁷¹ V. ad es. Dec. Comm., 13 settembre 2006, COMP/38.456, *Bitume (Paesi Bassi)*, punti 155-158. La paucità di precedenti si può spiegare anche a causa della necessità di dimostrare l'equivalenza delle prestazioni offerte ai vari contraenti (v. ad es. Trib. UE, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, EU:T:2006:265, punti 176-179, in cui il Tribunale giudica tale condizione non soddisfatta).

⁷² Dec. Comm., 19 dicembre 1989, IV/32.414, *Barbabietole da zucchero* (clausola di priorità nella fornitura accordata ai bieticoltori stabiliti in Belgio);

⁶⁶ Prov. AGCM, 7 marzo 2002, 1461, *Test diagnostici per diabete*.

⁶⁷ V., oltre ai provvedimenti appena citati, *ex multis*, Dec. Comm., 21 ottobre 2015, AT.39639, *Unità a disco ottico*; Dec. Comm., *Sistemi di sicurezza*, cit.; Dec. Comm., 12 novembre 2008, COMP/39.125, *Vetro per automobili*; Dec. Comm., *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*, cit.; Prov. AGCM, 1 febbraio 2022, 1835, *Mercato dei contatori d'acqua*; Prov. AGCM, 13 febbraio 2019, 1806, *Affidamento appalti per attività antincendio boschivo*.

⁶⁸ Delibera AGCM, 18 settembre 2013, *Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*.

⁶⁹ *Ibidem*, punto 7.

Un discorso diverso vale per il *boicottaggio collettivo*, che ha fatto oggetto di diversi interventi delle autorità. La fattispecie, pur differente dalle intese discriminatorie (in quanto non è necessario effettuare un giudizio comparativo), si sostanzia in condotte ugualmente volte ad arrecare danno o escludere dal mercato una o più imprese, e può dunque definirsi una forma “estrema” di discriminazione. Si tratta, classicamente, di accordi con cui si prevede un rifiuto collettivo a contrarre nei confronti di determinati concorrenti, clienti o fornitori⁷³; ma si possono anche avere casi in cui le imprese si accordano al fine di indurre i propri clienti o fornitori a non intrattenere rapporti con altri concorrenti (c.d. boicottaggio secondario)⁷⁴.

II.5. Vendite abbinate

L'ultima categoria considerata dall'elenco è quella degli accordi con cui si subordina 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.

Si tratta, in sostanza, dei c.d. *tying agreements*, ovvero accordi in cui le parti adottano la pratica uniforme di vendere due

prodotti, o offrire due servizi distinti⁷⁵ in abbinamento, così da sfruttare il potere economico detenuto su un mercato per migliorare artificialmente la loro posizione su un distinto mercato. Il loro effetto nocivo risiede nella limitazione della possibilità di scelta per i consumatori e nel potenziale deterioramento della posizione dei concorrenti sul mercato del prodotto «legato». Ad ogni modo, si presuppone che il potere di mercato congiunto delle imprese (sul mercato del prodotto principale) sia quantomeno apprezzabile. In caso contrario, i consumatori potrebbero reagire indirizzando la propria domanda verso prodotti per i quali non è richiesto un acquisto congiunto.

La pratica in questione, qualora frutto di un'intesa, è stata analizzata in rarissimi casi dalle autorità di concorrenza⁷⁶. Di converso, e per i motivi appena accennati, le vendite abbinate sono state frequentemente contestate a imprese in posizione dominante, ex art. 102 TFUE o 3 l. 287/90.

MARIO SIRAGUSA – LORENZO RUOCCO

Prov. AGCM, 17 maggio 2007, I651, *A.D.S. Accertamenti Diffusione Stampa* (esclusione dei quotidiani gratuiti dai sistemi di certificazione di tiratura e diffusione svolti dall'associazione).

⁷³ Dec. Comm., 23 luglio 1974, IV/426, *Carte da parati in Belgio* (blocco delle forniture nei confronti di un grossista che aveva rifiutato di applicare i prezzi imposti dall'associazione dei produttori belgi di carta da parati); Prov. AGCM, 3 febbraio 2000, I308, *Inaz Paghet/Associazione nazionale consulenti del lavoro* (sollecitazione agli iscritti dell'associazione di interrompere le forniture di *software*, allo scopo di ostacolare l'attività competitiva di Inaz).

⁷⁴ Dec. Comm., 26 ottobre 1999, IV/33.884, *FEG e TU* (pressione esercitata, da parte di un'associazione di commercianti all'ingrosso, sui fornitori affinché questi ultimi non rifornissero un concorrente).

⁷⁵ Due prodotti sono considerati «distinti se, in assenza di vendite abbinate, un numero considerevole di clienti acquisterebbe o avrebbe acquistato il prodotto principale senza comperare anche il prodotto abbinato dallo stesso fornitore, permettendo quindi una produzione autonoma sia per il prodotto principale che per il prodotto abbinato» (Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, G.U.U.E. C130 del 19 maggio 2010, pp. 1-46, punto 215).

⁷⁶ V. in part. Prov. AGCM, 28 luglio 2000, I377, *RC Auto* (rifiuto da parte delle imprese assicuratrici di vendere polizze RC Auto indipendentemente dalle polizze sui rischi furto e incendio). Cfr. anche Prov. AGCM, *ABI*, cit. (meccanismi di *tie-in* previsti negli schemi contrattuali uniformi predisposti dall'associazione).

Bibliografia

- R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 10^a ed., 2021; D. Bailey - L. Elizabeth Jones (a cura di), *Bellamy and Child: European Union law of competition*, Oxford, 8^a ed., 2019;; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili sostanziali*, 2^a ed., Torino, 2018; S. Lamarca, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano*, Torino, 2017; F. Ghezzi, «Articolo 101 Trattato FUE» e «Articolo 2 l. 287/1990», in *Commentario breve alle leggi su proprietà industriale e concorrenza*, (a cura di) L.C. Ubertazzi, Padova, 6^a ed., 2016, pp. 2789-2896 e 3125-3181; F. Wijckmans - F. Tuytschaever, *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, Oxford, 2015; M. Siragusa - C. Rizza (a cura di), *EU competition law - Cartels and collusive behaviour: restrictive agreements and practices between competitors*, vol. 3, 2^a ed., Deventer, 2012; C. Beaton-Wells - A. Ezrachi, *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, 2011; C. Harding - J. Joshua (a cura di), *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, 2^a ed., Oxford, 2010; I. Van Bael - J.F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009.

LE PRATICHE FACILITANTI E GLI SCAMBI DI INFORMAZIONI

Sommario: **I.** Pratiche facilitanti e scambio di informazioni nel diritto europeo della concorrenza. – **II.** Lo stato dell'arte del diritto della concorrenza in materia di scambio di informazioni e alcune complicazioni. – **III.** L'Evoluzione più recente: la distribuzione di dati raccolti dal mercato ai concorrenti 'consapevoli'.

I. Pratiche facilitanti e scambio di informazioni nel diritto europeo della concorrenza

Quello delle pratiche facilitanti e dello scambio di informazioni è un interessante esempio di fattispecie giuridica elaborata sulla scorta di una correlativa elaborazione compiuta dalla dottrina economica. In una certa fase storica della sua prassi decisionale, infatti, la Commissione Europea si convinse della necessità di intervenire nei confronti di certe pratiche (c.d. *facilitanti*) che potevano avere l'effetto di rafforzare la collusione che, per ipotesi, affligge molti mercati oligopolistici. La tesi essenziale della Commissione è che certi comportamenti, a cominciare dallo scambio diretto o indiretto di informazioni commercialmente sensibili tra concorrenti, debbano essere vietati in quanto hanno per conseguenza di eliminare la poca concorrenza che residua in un mercato oligopolistico.

In tali mercati, infatti, secondo la teoria economica seguita dalla Commissione, la concorrenza risulta fortemente compromessa dalla situazione di *interdipendenza*, per la quale le imprese, sapendo che ogni loro azione provocherà la reazione diretta dei concorrenti, preferiscono, per mantenere

un equilibrio loro favorevole e non scatenare una guerra dei prezzi o altri comportamenti punitivi e sostanzialmente 'autolesionisti', non farsi concorrenza nel modo tipico dei mercati frammentati. In questi, infatti, manca proprio la situazione di interdipendenza, in ragione del fatto che le singole imprese sono troppo piccole perché il loro comportamento possa ripercuotersi direttamente sulla posizione delle altre imprese, onde le azioni concorrenziali risultano più agevoli, poiché le imprese sanno che i loro concorrenti non avranno né la possibilità né l'incentivo a reagire, senza contare che molto spesso non saranno in grado addirittura di individuare il comportamento concorrenziale. Ora, secondo appunto la tesi seguita dalla Commissione, una delle poche forme concorrenziali possibili nei mercati ove prevale invece la collusione, è quella della *concorrenza occulta*, e cioè quel tanto di concorrenza che le imprese possono azionare, magari per periodi relativamente brevi, senza timore di palesare immediatamente il proprio comportamento alle altre imprese e potersi attendere la conseguente reazione di punizione.

La Corte di giustizia ha confermato l'orientamento della Commissione (e del Tribunale, al quale le parti erano ricorse in appello), che aveva considerato, in un caso *pilota*, l'illiceità di un sistema attraverso il quale i principali concorrenti nel mercato dei trattori nel Regno Unito si scambiavano regolarmente dati particolareggiati riguardanti le vendite dei trattori loro e dei loro concorrenti.

La Corte, riesaminando la sentenza di primo grado del Tribunale, osservò infatti che: «nella fattispecie, occorre rilevare

che, per giungere alla conclusione che la riduzione del grado di incertezza sul funzionamento del mercato riduce l'autonomia decisionale delle imprese ed è, di conseguenza, in grado di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. [101], n. 1, il Tribunale ha osservato, in particolare, che, in linea di principio, in un mercato effettivamente concorrenziale la trasparenza fra gli operatori economici è tale da contribuire a intensificare la concorrenza tra i fornitori, dato che, in un caso del genere, il fatto che un operatore economico tenga conto delle informazioni sul funzionamento del mercato di cui dispone grazie al sistema di scambio di informazioni per adeguare il suo comportamento sul mercato, considerato il frazionamento dell'offerta, non è tale da ridurre o annullare, per gli altri operatori economici, qualsiasi incertezza sulla prevedibilità del comportamento dei propri concorrenti. Il Tribunale ha tuttavia dedotto che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello in questione, lo scambio di informazioni sul mercato può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato e la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.

Nell'ambito di questa valutazione, il Tribunale ha tenuto conto della natura, della periodicità e della destinazione delle informazioni comunicate nella fattispecie. Per quanto concerne, in primo luogo, la natura delle informazioni scambiate, segnatamente di quelle relative alle vendite effettuate all'interno di ognuna delle aree di distribuzione, il Tribunale ha infatti rilevato che esse sono segreti commerciali e consentono alle imprese partecipanti all'accordo di conoscere le vendite effettuate dai loro distributori sia all'esterno sia all'interno dei confini attribuiti, così come quelle delle altre imprese

concorrenti e dei loro distributori partecipanti all'accordo. In secondo luogo, il Tribunale ha osservato che le informazioni relative alle vendite sono comunicate a scadenza ravvicinata e sistematicamente. Infine il Tribunale ha constatato che le informazioni sono divulgate tra i principali fornitori, unicamente a vantaggio di questi ultimi e ad esclusione degli altri fornitori e dei consumatori». Per concludere che «Alla luce di questo ragionamento, occorre considerare che il Tribunale ha giustamente concluso nel senso che il sistema di scambio di informazioni riduce o annulla l'incertezza sul funzionamento del mercato e che, di conseguenza, può alterare la concorrenza tra i costruttori»¹.

Oltre allo scambio di informazioni, possono considerarsi *pratiche facilitanti*, tra le altre, anche: la clausola del cliente più favorito; gli annunci sui prezzi o su altre condizioni delle transazioni; la standardizzazione (volontaria) dei prodotti; il ricorso a punti focali; le partecipazioni incrociate, la sovrapposizione dei componenti degli organi decisionali (c.dd. *interlocking directorates*) di più imprese concorrenti, e la partecipazione ad imprese comuni.

L'interesse sistematico di tali fattispecie deriva dal fatto che esse sono considerate in una luce *prognostica* assai simile a quella che caratterizza il trattamento delle operazioni di concentrazione (ed alla disciplina delle esenzioni ex art. 101 § 3 TFUE): nel senso che si tratta di comportamenti dei quali si decreta la illiceità non (o comunque non necessariamente) per il fatto che essi abbiano uno scopo o un effetto anticoncorrenziale, ma per il fatto che, come detto, essi possono meramente *facilitare* il raggiungimento di un tale effetto.

¹ C. giust. UE, 28 maggio 1998, causa C-7/95, *John Deere c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-3111, punti 86 ss.

II. Lo stato dell'arte del diritto della concorrenza in materia di scambio di informazioni e alcune complicazioni

Dovendo dunque riassumere lo stato del diritto concorrenziale in merito allo scambio di informazioni come risulta dalla giurisprudenza della Corte, si può ritenere acclarata l'illiceità di quello scambio che si compie su di un mercato *altamente concentrato*; concerne *informazioni rilevanti* dal punto di vista dei comportamenti di mercato (quali prezzi, vendite, clienti, investimenti, capacità, e via dicendo); prevede che le informazioni siano scambiate in modo da preservarne la rilevanza commerciale, in particolare in quanto siano scambiate *a scadenze ravvicinate e in forma disaggregata* (mantenendo, cioè, la *visibilità* delle informazioni stesse); è posto in essere solo tra le imprese partecipanti all'accordo, e non sia diretto ad imprese esterne e, in particolare, ai *consumatori*.

Questo è quanto è acclarato ad oggi. Ma, come spesso accade nel diritto della concorrenza, la situazione è un po' più complicata. E tra i vari fattori di complicazione che possono menzionarsi al proposito, ve ne è uno sul quale vale spendere qualche parola. Ed è quello della distinzione tra un'intesa restrittiva vera e propria ed uno scambio di informazioni (potenzialmente restrittivo, ma solo in quanto facilita la collusione). In altri termini, laddove più concorrenti si incontrino e si scambino i prezzi, magari ancora i loro prezzi futuri, dovremo considerare tale fatto come uno scambio di informazioni (e dunque discutere della presenza di tutti gli elementi sopra richiamati), ovvero un vero e proprio cartello?

La Commissione ha provato a risolvere il problema attraverso la distinzione tra restrizione per oggetto e per effet-

to². Scambi di informazioni quali quelli relativi ai prezzi futuri sarebbero anticoncorrenziali per oggetto, laddove ad esempio quelli concernenti i prezzi attuali lo sarebbero, almeno potenzialmente, per effetto. Ora, da una parte, non sono pochi i problemi inerenti alla distinzione. Basti guardare alla definizione alla quale la Commissione ricorre per descrivere gli scambi restrittivi per oggetto (*“uno scambio di informazioni è considerato una restrizione della concorrenza per oggetto quando le informazioni sono sensibili da un punto di vista commerciale e lo scambio è idoneo ad eliminare talune incertezze nei soggetti coinvolti in relazione al momento, alla portata e alle modalità dell'adeguamento che le imprese interessate devono effettuare nel loro comportamento sul mercato”*) e chiedersi cosa questa definizione lasci scoperta, cioè cosa possa rientrare nell'area degli scambi anticoncorrenziali *per effetto*. In ogni caso, nel proporre tale tesi la Commissione sembra voler abbandonare la sua stessa teoria, fondata, in sostanza, sull'idea che lo scambio di informazioni potesse considerarsi illecito solo in quanto potenzialmente atto a produrre certi *effetti*, e stante la presenza di una serie di ulteriori elementi, a cominciare dalle caratteristiche del mercato. Non è un caso, dunque, se, nello stesso documento, la Commissione diparta dal requisito della natura oligopolistica del mercato, rappresentato come un elemento rilevante per configurare la illiceità dello scambio, ma non essenziale. Nel così fare, tuttavia, la Commissione obnubila la distinzione tra pratica facilitante e cartello, obliando di considerare il fatto piuttosto importante che, su di un mercato che tenda a funzionare in modo competitivo, la diffusione di informazioni

² Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (2023/C 259/01) §§ 366 ss.

è non solo pro-concorrenziale ma, stando anche alla teoria economica classica, è condizione necessaria per l'esplicarsi della concorrenza stessa³.

III. L'Evoluzione più recente:
la distribuzione di dati raccolti
dal mercato ai concorrenti
'consapevoli'

L'estensione della nozione di scambio di informazioni illecito conosce tuttavia una nuova, ancor più dirompente, evoluzione. Per quanto non vi sia nulla di nuovo nella situazione in cui un terzo sia incaricato di facilitare lo scambio (e così era nel primo caso sopra brevemente ricordato, quello dei trattori britannici, ove una società terza provvedeva a raccogliere, elaborare e ridistribuire i dati di mercato)⁴, autorità nazionali e Commissione avevano sempre rispettato, per quanto spesso solo implicitamente, la distinzione tra dati sensibili provenienti, indirettamente o indirettamente, dagli stessi concorrenti e dati provenienti, *lato sensu* dal mercato.

Tale ultima situazione è assai comune in molti settori industriali e commerciali, caratterizzati spesso dalla presenza di società statistiche altamente specializzate le quali raccolgono i dati di mercato dalle fonti più diverse: acquistandoli dai distributori, inviando sul posto incaricati muniti di sistemi di rilevamento digitali,

elaborando statistiche fornite da fonti pubbliche, procedendo a sondaggi di mercato a campione, e così via dicendo. In tali casi, di regola, le autorità nazionali (e la Commissione) si sono astenute dall'intervenire. Verosimilmente perché, laddove il sistema sia effettivamente organizzato da un terzo che raccoglie i dati in questione dal 'mercato', è difficile sostenere che vi sia un'intesa tra i concorrenti. Come dimostrato dal fatto, per esempio, che può ben darsi che alcuni concorrenti acquistino i dati in questione e altri non lo facciano, e che ciascuno di essi chieda che gli vengano forniti dati diversi, elaborati o aggregati in modo diverso, e così via dicendo. Senza contare che una tale innovazione avrebbe la conseguenza pratica di disintegrare un servizio che, come si diceva, è altamente diffuso, altamente remunerativo per chi lo pratica, e massicciamente utilizzato da chi lo acquista.

Ebbene, un caso l'autorità spagnola pare aver (per la prima volta, a quanto a noi consta almeno, ci pare, così apertamente) squarciato questo velo ed essere approdata all'applicazione integrale dell'art. 101 sulla base della considerazione che, in essenza, laddove ciascun concorrente è perfettamente a conoscenza che i suoi dati, pur provenienti 'dal mercato' (e in realtà non per il lato delle vendite ai consumatori, ma per quello assai meno accessibile delle vendite ai rivenditori) siano da un terzo distribuiti con grande dettaglio, affidabilità (trattandosi dei dati delle vendite del distributore stesso, che sul mercato occupava una posizione di quasi monopolio) e tempestività, a tutti i suoi concorrenti, e tale situazione sia comune a molti tra i concorrenti – in un mercato fortemente oligopolistico –: ebbene, si diceva, tale situazione di 'consapevolezza' e di 'reciprocità' sia sufficiente, secondo l'Autorità, a determinare l'esistenza di quella volontà comune e di quella autolimitazione dell'indipendenza

³ C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, in *Racc.* 2006, p. I-11125, punti 58 e 61; nello stesso senso, C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e aa.*, in *Racc.* p. 2009 I-04529, punto 34.

⁴ C. giust. UE, *John Deere*, cit. Cfr. anche estesamente sulla posizione di un terzo facilitatore come partecipante all'intesa tra concorrenti, Trib. UE, 8 luglio 2008, *AC-Treuband c. Commissione*, in *Racc.*, causa T-99/04, p. 2008 II-01501.

che caratterizzano la fattispecie dell'intesa. Onde nulla impedisca in tali particolari – ma, si diceva, largamente diffuse – circostanze, di applicare il divieto dell'art. 101 – laddove, si intende, le informazioni in questione abbiano tutte le caratteristiche che ne determinano l'illiceità della diffusione⁵.

CRISTOFORO OSTI

Bibliografia

OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, Policy Papers, 2010; M. Grillo, *Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis*, in *European Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 14, p. 151; M. Ivaldi – B. Jullien – P. Rey – P. Seabright – J. Tirole, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report For DG Competition, IDEI Toulouse, 2003; K.-U. Kühn - X. Vives, «Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition», in *Office of the Official Publications of the European Community*, 1995, Luxembourg; C. OSTI, *Antitrust e Oligopolio*, Bologna, 1995.

⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución, Expte. S/DC/0607/17, *Tabacos*, 10 aprile 2019.

LE INTESE VERTICALI

Sommario: **I.** Natura e funzioni delle intese verticali. – I.1. Dal periodo “formativo” all’approccio economico. – I.2. La ‘nuova’ disciplina. – **II.** Ambito di applicazione. – **III.** L’intreccio delle presunzioni. – III.1. Restrizioni gravi: il prezzo imposto. – III.2. Compartimentazione del mercato. – III.3. Limitazioni in ambito di distribuzione selettiva e di ricambistica. – III.4. Restrizioni escluse. – **IV.** Zone di sicurezza. – IV.1. Accordi d’importanza minore. – IV.2. Piccole e medie imprese. – IV.3. Quote di mercato delle imprese coinvolte. – IV.4. Inapplicabilità dell’esenzione per categoria e revoca del beneficio. – **V.** Esenzione individuale. – V.1. I principi di riferimento. – V.2. Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi. – V.3. L’itinerario valutativo. – **VI.** Vendite *online*. – VI.1. Com’eravamo. VI.2. Alla ricerca di un nuovo equilibrio. – **VII.** La distribuzione di autoveicoli. – VII.1. Un riaccorpamento sofferto e scampoli di disciplina transitoria. – VII.2. Disciplina degli *aftermarkets*.

I. Natura e funzioni delle intese verticali

Per intese verticali si intendono gli accordi che intercorrono fra imprese operanti in mercati situati su livelli diversi della filiera produttiva e popolano, quindi, la dimensione distributiva. Va subito detto che l’avvento della “rete” ha certamente modificato il quadro, facendo cadere, in una prospettiva strettamente materiale, la necessità di intermediazione distributiva e ripristinando in chiave telematica oppor-

tunità d’incontro diretto (fra produttore e utente finale) che sembravano consegnate a un passato decisamente remoto; salvo, poi, tenere a battesimo il fenomeno, totalmente “*unprecedented*”, delle grandi piattaforme-mercato, da Amazon ad Alibaba, che fungono da raccordo amebico (e pressoché irrinunciabile) tra domanda ed offerta, attivando una nuova forma di intermediazione. Di questa profonda modificazione la più recente disciplina europea ha tentato di tener conto, con esiti che saranno illustrati più oltre. In prima approssimazione, tuttavia – e con la riserva di tornare più oltre su questo snodo cruciale –, vale ancora la pena di muovere dal presupposto che, di norma, i produttori non provvedono in proprio alla distribuzione dei loro prodotti, ma raggiungono i consumatori attraverso intermediari professionali, grossisti e distributori. Con la precisazione che, d’altro canto, è assai diffusa l’organizzazione produttiva in cui il bene finale risulta dal concorso di diversi stadi produttivi, sì che l’impresa acquista da un fornitore l’*input* necessario allo svolgimento della propria attività. Nell’un caso e nell’altro, le imprese dislocate ai vari snodi di queste “catene del valore”, pur confrontandosi fra loro ad ogni singolo livello, contribuiscono alla complessiva prestazione finale nei confronti del consumatore.

Date queste modalità organizzative, condizione necessaria per sortire il risultato ottimale è quella di promuovere il coordinamento nella “catena del valore”. In effetti, le imprese operanti ai diversi stadi sogliono non accontentarsi di operazioni *spot* sul mercato, ma sottoscrivono più complessi accordi contrattuali intesi a ridurre i costi transattivi, a garantire la

stabilità delle forniture e ad assicurare il miglior coordinamento possibile. Questi accordi contrattuali fra soggetti correlati in verticale mirano a contenere le diseconomie esterne, ma portano a sostanziali limitazioni del grado di autonomia del singolo operatore, con la conseguenza di innescare risultati potenzialmente anti-competitivi: di qui l'etichetta di restrizioni verticali (*vertical restraints*).

L'esempio paradigmatico è dato dalla relazione che s'instaura tra il produttore e il negoziante al dettaglio che distribuisce i prodotti del primo. Com'è ovvio, i due soggetti prendono decisioni afferenti ad attività diverse, con la conseguenza che quanto risulta ottimale per l'uno non soddisfa necessariamente le ragioni dell'altro. Ne discende la spinta, per l'una parte, ad utilizzare il contratto e le sue clausole come strumenti atti a limitare le scelte di controparte, favorendo un esito più conferente per i propri interessi¹. I vincoli così

introdotti possono riguardare la libertà di fissazione del prezzo oppure incidere su altri aspetti dell'attività del distributore, quali la collocazione del punto vendita, le scelte di assortimento, il modello organizzativo etc.

In termini più generali si può allora convenire che l'intesa verticale mira ad allineare e rendere coassiali interessi diversamente orientati. Ciò che la rende compatibile tanto con interpretazioni virtuose, come quelle su accennate, quanto con letture assai più sinistre. Appare evidente, infatti, che l'intesa verticale si presta a svolgere funzione di sostegno per un cartello orizzontale (si pensi all'imposizione di un prezzo fisso di rivendita, imposto da tutti i produttori alla propria rete di rivenditori, in modo da neutralizzare le spinte concorrenziali destinate ad erodere l'equilibrio collusivo), oppure per la politica unilaterale imposta da un'impresa egemone ai propri distributori o fornitori. Si tratta, in entrambe le circostanze, di situazioni in cui è lecito dubitare dell'esistenza stessa di un'intesa (verticale), posto che l'uno dei due soggetti coinvolti è praticamente costretto a seguire una traiettoria che contrasta con il proprio interesse, sino al punto di far dubitare dell'esistenza di un accordo. Altra situazione in cui l'analisi tradizionale appare inutilizzabile, sino a prospettare un'autentica criticità, è quella, emersa a più riprese in tempi recenti e con istanze di rimarchevole interesse, di intesa *hub & spoke*, se si preferisce trasversale, in cui un soggetto collocato in un mercato sotto- o sovraordinato funge da 'navetta' per la trasmissione d'informazioni necessarie agli operatori attivi nell'altro mercato per organizzare un assetto collusivo:

¹ Tendenza più marcata laddove il rapporto registri il ruolo propulsivo del produttore, ovviamente interessato a far sì che gli sforzi di vendita del commerciante si concentrino sulla propria linea di prodotti. La verticalità può esprimersi, peraltro (e il fenomeno va assumendo contorni sempre più vistosi), anche a ruoli invertiti, quante volte, cioè, sia l'intermediario, in forma di GDO, grande distribuzione organizzata o, comunque, di grande catena di distribuzione al dettaglio, a esprimere un corposo *buyer power*, destinato a tradursi in termini di *leadership* dell'intermediario, col produttore risospinto ai margini della dipendenza economica. In questa diversa dimensione, tuttavia, la cooperazione contrattuale è meno significativa e articolata: transita, di norma, attraverso meri contratti di fornitura, spesso caratterizzati da elevato livello di instabilità ed esposti a forme di prevaricazione, *sub specie* di pratiche commerciali scorrette (UTP), che esprimono un vero e proprio fallimento di mercato, dovuto al convergere di prepotere negoziale a vocazione monopsonistica, da un lato, e di "fear factor", che inibisce la capacità di reazione del fornitore, dall'altro: pratiche cui si cerca, spesso goffamente, di porre argine a livello normativo: cfr., indicativamente, Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella

filiera agricola e alimentare [su cui v., a mo' di bilancio interlocutorio, la Relazione della Commissione del 23 aprile 2024, *Lo stato di attuazione del divieto di pratiche commerciali sleali ai fini del rafforzamento della posizione degli agricoltori e degli operatori nella filiera agroalimentare* {SWD(2024) 106 final}].

ipotesi, dunque, di cartello, rispetto al quale, però, l'accordo verticale non svolge funzione servente, ma può spingersi sino al punto d'incaricarsi di un ruolo pivotale.

Di là dalle prospettive testé cennate, il grosso del discorso è dato dai contratti di distribuzione e da quelli di fornitura, rispetto ai quali emerge una prima tassonomia di massima: quella imperniata sulla distinzione fra concorrenza *inter-brand* (che riguarda il confronto competitivo fra strutture verticali che operano con diversi punti vendita oppure si fronteggiano in negozi che presentano un'offerta multi-marca) e concorrenza *intra-brand* (che intercorre tra rivenditori dei prodotti di uno stesso produttore). Fin d'ora mette conto segnalare come sia opinione oggi prevalente (ancorché, per certi aspetti, controversa) quella secondo cui il versante verticale è, in linea di principio, meno pericoloso della cospirazione orizzontale e, in ogni caso, una vivace concorrenza *inter-brand* è in grado di mitigare il potere di mercato di un produttore che punti a comprimere l'autonomia dei suoi distributori.

1.1. Dal periodo formativo all'approccio economico

Non è stato sempre così, particolarmente in Europa. Sin dal caso *Grundig*², apparve chiaro che il conferimento al distributore di una protezione territoriale assoluta costituiva, agli occhi della Commissione, un 'peccato mortale', per il quale non si dava redenzione: non tanto per via del suo carattere anticompetitivo, ma perché la ricostruzione per via contrattuale delle barriere nazionali metteva a repentaglio l'obiettivo dell'integrazione dei mercati. Prese così consistenza un'applicazione dilatata del divieto *ex art.* 101(1), che si tradusse

in una marea montante di notificazioni intese a verificare l'esentabilità e nella necessità di ricorrere all'espedito delle esenzioni per categoria. L'approccio nei confronti dell'integrazione verticale da contratto assunse contorni assai ruvidi (e, per di più, sconsideratamente diseguali), proprio mentre il vento cominciava a cambiare negli U.S.A.

Nondimeno, e con toni di sdegno, rifiuto per ogni contaminazione economico-funzionalistica, si è per molto tempo preferito escludere che la "Chicago revolution", che andava maturando oltre Atlantico già alla fine degli anni Settanta, potesse revocare in dubbio la "mutivalued tradition" dell'*antitrust* comunitario, attento ad altre finalità, quali l'integrazione del mercato, la massimizzazione del numero dei concorrenti, la promozione della libertà d'ingresso nel mercato, la tutela delle imprese medio-piccole, la protezione dell'ambiente e, nemmeno a dirlo, la competitività internazionale. Peraltro, di là dall'infittirsi delle funzioni ascritte all'*enforcement* comunitario, il suo tratto fisionomico davvero autoctono e caratterizzante era rappresentato dalla declamata vocazione a privilegiare l'integrazione del mercato europeo. Agli occhi della Commissione, gli sforzi intesi a rimuovere le barriere nazionali, che si frapponivano al dispiegarsi delle quattro libertà, rischiavano di essere compromessi da condotte imprenditive miranti a richiudere i mercati nazionali; in mancanza di disciplina specifica, si era così profilata e ben presto radicata l'idea che le contropinte private al processo d'integrazione potessero essere arginate mercé l'impiego della disciplina *antitrust*. L'aspetto forse più sconcertante della vicenda fu rappresentato dal *patchwork* applicativo risultante dal contributo dei vari formanti. Spigolando in giro, si scopriva così che: le esclusive di vendita e di approvvigionamento fruivano di esenzione per categoria (tramite Reg. 67/67, prima, e i Reg. 1983

² Sentenza 13 luglio 1966, cause riunite C-56 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, in Racc., 166, 429.

e 1984/83, poi); la distribuzione selettiva qualitativa si collocava fuori dal divieto di intese restrittive; quella quantitativa incorreva nei fulmini della repressione giudiziale più arcigna; il *franchising* – notoriamente, il ‘favorito della regina’ – era stato redento dalla Corte di giustizia³ e poi officiato da apposito regolamento. A chi, a questo punto, avesse obiettato che i baffi del favorito sono alquanto posticci – che, fuor di metafora, i tratti distintivi del *franchising*, come delineati dal Reg. 4087/88, sono volatili quanto basta per rendere incomprensibile la pretesa di fondare, sull’*intuitus personae* asseritamene a base di quel rapporto, una così marcata disparità di trattamento rispetto ad altri tipi contrattuali con spiccatissime somiglianze –, si rispondeva con l’espedito di negare, con sufficienza, ogni confronto: l’*antitrust* comunitario era, semplicemente, *diverso*.

Ci volle del bello e del buono perché si toccasse con mano l’impossibilità di tenere insieme, in nome di un approccio risolutamente formalistico, un quadro di così marcata incoerenza. Le istanze intese a propiziare un approccio ispirato a un più coeso impianto economico cominciarono a far breccia intorno alla metà dell’ultimo decade del secolo scorso e si tradussero nel Reg. 2790/99⁴, che segnò una radicale soluzione di continuità rispetto al quadro previgente. D’un sol colpo, veniva azzerato (o quasi, come si vedrà più oltre) il capriccioso mosaico di etichette incerte e discipline disparate; e si riportava ad un unico denominatore (salve eccezioni limitate e transitorie, su tutte quella relativa

alla commercializzazione di autoveicoli) il complesso delle intese verticali, nel presupposto che la loro idoneità a produrre risultati anticompetitivi dipendesse in modo determinante dal potere di mercato delle parti coinvolte, in particolare del fornitore, la cui quota di mercato si assumeva rivelatrice del grado di concorrenza *inter-brand*. Sotto la soglia del 30%, il nuovo sistema apriva una “zona di sicurezza”, che – ove l’intesa non avesse contemplato un ristretto novero di clausole e condizioni vietate – innescava una presunzione di conformità, esentativa ai sensi dell’art. 101(3), dai rigori dell’art. 101 (1). Solo laddove fossero mancate, tali condizioni sarebbe stato necessario procedere alla valutazione, caso per caso, della (il)liceità dell’intesa.

I.2. La ‘nuova’ disciplina

Il Regolamento 2790/99 diede buona prova di sé. A partire dall’entrata in vigore della disciplina sulla modernizzazione dell’*antitrust* europeo (con l’abbandono della tecnica della notificazione preventiva), e dunque dal 2004, il contenzioso verticale attivato dalla Commissione si è grandemente contratto, mentre si sono infittite le iniziative ad opera delle autorità di concorrenza degli Stati membri, a conferma della dimensione normalmente locale/nazionale dei mercati interessati.

Alla scadenza del periodo di vigenza e in esito a un processo di revisione iniziato nel 2008 (e appuntatosi sulla crescita della grande distribuzione e di quella attuata via *internet*), si diede il là a un limitato *remake* della disciplina: realizzato dal Regolamento 330/2010⁵, che conservò, nella sostanza, il fortunato impianto di quello precedente. Altrettanto si può dire con riguardo all’ulteriore epifania della disciplina euro-unitaria, scandita ora, dopo

³ Corte giust., 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

⁴ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 336 del 29.12.1999, p. 21-25.

⁵ Regolamento 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010.

un processo di revisione iniziato già nel 2018, dal Reg. 720/2022⁶ (che annovera alcune novità, di cui si dirà in prosieguo, senza però modificare l'ispirazione di fondo del testo normativo). Come già in passato, per inciso, anche in questo caso il dato normativo è stato tempestivamente completato da una nuova versione degli *Orientamenti*⁷. Alle corte: disciplina più volte novellata, senza che ne fossero mai stravolte le linee portanti.

Con questa consapevolezza, nelle note che seguono, dopo aver riassunto brevemente i tratti che specificano l'ambito di applicazione del VBER (ovviamente, nella sua versione di nuovo conio), si darà conto della metodologia da adottare per asseverare la conformità degli accordi verticali alla disciplina attualmente in vigore.

Si darà poi atto delle modificazioni apportate al quadro regolamentare della distribuzione *online*, dove si registrano, come anticipato, le più significative novità rispetto a quanto statuito in precedenza. E si chiuderà con l'analisi della disciplina, cadetta e per certi versi anomala, in materia di distribuzione di autoveicoli.

II. Ambito di applicazione

Il VBER copre gli accordi verticali che intercorrono fra due (o più) imprese operanti a livelli diversi della catena produttiva o distributiva e riguardano le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni o servizi⁸. Restano, dunque, fuori

quadro, perché in realtà estranei al divieto di cui all'art. 101(1) TFUE, i contratti di agenzia 'puri', in cui l'agente prospetta il mercato per il preponente senza assumere rischi specifici riguardanti l'attività di commercializzazione di beni e servizi. Nondimeno, a detta della Commissione, per essere l'agente imprenditore autonomo, le clausole contrattuali concernenti il rapporto col preponente (esclusività, divieto di concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del contratto) possono incorrere nel divieto⁹. Laddove, poi, l'agente assuma rischi relativi alla fornitura, all'inadempimento dei clienti, alla responsabilità da prodotto difettoso etc., egli viene riguardato alla stregua di distributore indipendente, con tanto di sottoposizione del contratto di agenzia alla disciplina generale¹⁰.

Il regolamento copre le intese intercorrenti fra un'associazione di dettaglianti (nessuno dei quali vanti un fatturato superiore ai € 50 milioni¹¹) e i suoi membri, o tra un'associazione e il suo fornitore; e si applica, altresì, alle intese verticali contenenti previsioni relative alla concessione o licenza, in capo all'acquirente di un bene, di diritti di proprietà intellettuale necessari all'uso del bene stesso (indicazione normativa particolarmente importante per il caso di *franchising*).

È esclusa, invece, la possibilità di applicare l'esenzione per categoria agli accordi tra imprese concorrenti (anche solo potenziali), per i quali valgono piuttosto le regole previste per la collaborazione orizzontale, a meno che si tratti di ipotesi di c.d. *dual distribution*, ove, cioè, un produttore attivo anche come distributore stipula un accordo non reciproco con un distributore dello stesso

⁶ Regolamento 720/2022 della Commissione del 10 maggio 2022.

⁷ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali* ((2022/C 248/01), d'ora in avanti anche semplicemente *Orientamenti*, che rimpiazzano quelli editati dodici anni prima (2010/C 130/01), a loro volta sostitutivi delle *Linee direttrici sulle restrizioni verticali* adottate in esordio (2000/C 291/01).

⁸ Art. 1, n.1, lett. a), Reg. 720/2022.

⁹ *Orientamenti*, § 3.2 ss.

¹⁰ Cfr. Commissione 26 maggio 2004 (COMP/C-3/37.980), *Souris – Topps*, § 101.

¹¹ Salvo che i membri con fatturato al di sopra della soglia di tolleranza non superino, nel loro complesso, il 15% del fatturato collettivo di tutti i membri (*Orientamenti*, § 69).

prodotto o servizio: nel qual caso l'esenzione opera a tutto campo, coprendo anche gli scambi di informazioni direttamente connessi all'attuazione dell'accordo o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione di beni o servizi oggetto del contratto (quanto dire che la deroga non opera per quegli scambi di informazioni tra fornitore e acquirente che vanno al di là di quanto richiesto, con specifico riguardo al modello di distribuzione adottato dalle parti, per assicurare la viabilità e l'efficienza del rapporto verticale¹²). Questa logica viene riprodotta per gli accordi verticali relativi alla fornitura di servizi di intermediazione *online* in cui il fornitore assume altresì il ruolo ibrido di impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita dei beni o servizi oggetto dell'intermediazione.

È del pari esclusa l'applicabilità del regolamento ad accordi per i quali sia prevista l'applicazione di altro regolamento di esenzione per categoria (si pensi a quello relativo alla distribuzione di autoveicoli, di cui si tratterà più oltre).

III. L'intreccio delle presunzioni

L'architettura del regolamento si basa, a conti fatti, su un intreccio di presunzioni, che permettono sin dall'inizio di accertare se l'accordo verticale perseguito sia, o

non, contrastante con le regole comunitarie di concorrenza.

Il primo passaggio (art. 4) comporta la verifica dell'assenza di previsioni contrattuali che implicano presunzione di anticompetitività dell'intero accordo (con conseguente preclusione del beneficio dell'esenzione per categoria, circostanza che non comporta di per sé una valutazione irreversibilmente negativa ma lascia intendere la probabile inattuabilità dei presupposti da integrare ai fini dell'art. 101(3)). Si tratta delle c.d. *hardcore restrictions* (nell'avventurosa traduzione italiana, "restrizioni fondamentali")¹³, tradizionalmente identificate come restrizioni "per oggetto", che si assume risultino dannose per natura.

Prima, però, di volgersi al passaggio successivo, occorre aprire un inciso, per tener conto delle recenti rivisitazioni del tema¹⁴. L'ovvio riferimento, in ambito orizzontale, è sempre stato fornito dal cartello, ossia dall'accordo in forza del quale operatori che dovrebbero farsi concorrenza convergono di agire di conserva, comportandosi come un monopolista (collettivo). Oltre

¹³ Quella di restrizione grave (o *hardcore restriction*) è formula gergale (v. Corte giust. 13 ottobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Demo Cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649, § 32: "[...] né l'art. 101 TFUE, né il regolamento n. 2790/1999 fanno riferimento alla nozione di grave restrizione della concorrenza"), che si vuole stia per restrizione "per oggetto". Ma proprio quest'ultima assimilazione è oggi messa in discussione: v. Corte giust. Ue 29 giugno 2023, causa C-211/23, *Foro it.*, 2023, IV, 466, con nota di R. Pardolesi - F. Vessia, "Imposizione del prezzo di rivendita: Leegin atterra in Europa!".

¹⁴ Cfr., da ultimo, la già celebre trilogia sportiva di cui a Corte giust Ue, grande sezione, sentenza 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*; 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union des associations européennes de football (UEFA)*; 21 dicembre 2023, causa C-124/21 P, *International Skating Union c. Commissione europea*, tutte in *Foro it.*, 2024, I, 124.

¹² Gli scambi di informazione, esclusi dal *safe harbour* ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 5, saranno oggetto di una valutazione caso per caso ai sensi dell'art. 101 (non vi è una presunzione generale di incompatibilità) e, in quanto separabili dal resto dell'accordo, non ne condizioneranno la sorte ultima ove ritenuti illegittimi. Ai §§ 99 e 100 gli *Orientamenti* forniscono una lista (nemmeno a dirlo, non esaustiva) di esempi di scambi d'informazione funzionali alla *governance* del rapporto e un piccolo repertorio di pratiche informative gravemente esposte al rischio di incorrere nella repressione antimonopolistica.

Atlantico questa pratica è vietata *per se*, sul presupposto che la possibilità che l'intesa sottostante abbia qualità redimenti è tanto remota da poter essere trascurata, con ovvio vantaggio in termini di risparmio di costi amministrativi per l'applicazione della regola. In ambito europeo, invece, non si danno divieti *per se*: tutto quel che è proibito ai sensi dell'art. 101.1 potrebbe essere redento dall'esenzione prevista dal successivo comma 3, ove concorrano le quattro condizioni ivi previste. Sin qui la teoria, perché, all'atto pratico, il cartello non riesce mai a valersi dell'esenzione dal divieto, proprio in quanto considerato dannoso per natura. Si conclude, allora, che, quando sia identificata una restrizione per oggetto, non c'è più bisogno di imbarcarsi nella difficile analisi degli effetti: le autorità preposte all'enforcement della disciplina antimonopolistica potranno considerare adempiuto il proprio compito, mentre toccherà agli operatori inquisiti dimostrare che le loro pratiche hanno qualità redimenti. Sennonché, quando dal cartello si passi ad altre ipotesi di restrizione per oggetto – a più forte ragione in ambito verticale¹⁵ –, le granitiche certezze tendono a sgretolarsi. Non a caso, si vanno infittendo i moniti della Corte di giustizia intesi a mettere in chiaro che, per suffragare la caratterizzazione per oggetto, bisogna riguardare il contesto economico e giuridico in cui si inserisce il comportamento contestato, prendere in considerazione la natura dei prodotti o dei servizi coinvolti, nonché le condizioni reali che caratterizzano la struttura e il funzionamento del settore di mercato in questione, oltre che scrutinare gli obiettivi concorrenziali perseguiti per il suo tramite: il tutto al fine di dimostrare che detto comportamento “presenta un grado di dannosità per la

concorrenza sufficiente per poter ritenere che esso abbia per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza”. Alle strette: non ogni restrizione concernente l'altrui condotta vale come restrizione competitiva, si richiede di formulare una teoria del danno antitrust, adottando un'impostazione che si avvicina all'analisi per effetto, con la sola esclusione del controfattuale. E sarà appena il caso di aggiungere che il cambio di prospettiva, sul quale sarà dato tornare tra un momento in margine ai profili applicativi, riflette, in parte, l'emersione di una chiave di lettura resa più guardinga dall'adesione, ora decisamente in crescita in seno alla corte, di un “more analytical [verrebbe fatto di chiosare: economic] approach”, e, per altro verso, rende testimonianza della volontà di arginare slanci eccessivi delle autorità nazionali, che il processo di decentralizzazione ha reso anche troppo intraprendenti¹⁶.

Ma torniamo al solco principale. Per gli accordi verticali che superino il vaglio pregiudiziale su cennato si schiude la possibilità, ove ricorrano talune condizioni specifiche (tra cui, in particolare, quelle previste dall'art. 3), di fruire di una presunzione di compatibilità con le regole di concorrenza del trattato. L'impossibilità di attivare tale presunzione comporta l'onere di assoggettarsi ad una procedura di autovalutazione del carattere restrittivo dell'intesa.

III.1. Restrizioni fondamentali: il prezzo imposto

La lista delle restrizioni fondamentali, sei in tutto, è inaugurata dall'imposizione di prezzi, minimi o fissi, di rivendita (*resale price maintenance*, RPM) e di meccanismi

¹⁵ Per una tassonomia aggiornata, v. Ch. Bergqvist, “What to Consider by Object Restriction when It Comes to Verticals?”, *ssrn.com*, marzo 2023.

¹⁶ Per ulteriori considerazioni sull'ambiguità della ginnastica concettuale “oggetto/effetto”, v. riassuntivamente G. Monti, “The Object Identity”, <www.pymnts.com>, 29 gennaio 2024.

ideonei a sortire analogo effetto (es., previsione di un livello massimo di sconto praticabile), dal che deriva la piena legittimità di prezzi soltanto raccomandati o indicati come massimi, sempre che gli uni e gli altri non operino come schermo dietro il quale si cela una pratica di RPM. Le ragioni di tanta ostilità sono risalenti, quanto controverse. Il dibattito economico ha esplorato ogni sorta di interpretazione, dalle teorie che vi ravvisano uno strumento di supporto a collusioni orizzontali (fra produttori oppure fra rivenditori) a quelle che, al contrario, intravedono giustificazioni efficientistiche in chiave di lotta a comportamenti parassitari o di assicurazione di qualità del servizio distributivo, sino alle denunce della sua idoneità a determinare rigidità al rialzo dei prezzi correnti. Sta di fatto che il fronte sino a ieri compatto di condanna dell'imposizione del prezzo di rivendita (mentre è dato registrare un atteggiamento assai più permissivo nei confronti delle restrizioni verticali non attinenti al prezzo) è stato infranto dalla sentenza con cui la Corte suprema nordamericana ha smentito il precedente fissato, quasi un secolo prima, dal caso *Dr. Miles*, estendendo anche alla RPM la 'regola di ragione' applicata alle altre intese verticali¹⁷. Non sorprende, dunque, che gli Orientamenti abbiano assunto, col progredire delle versioni, un atteggiamento assai più 'morbido' di quello tenuto in passato. Da un lato, infatti, si ribadisce l'idea che un accordo di tal fatta non si presta a soddisfare le condizioni di esenzione di cui all'art. 101(3); dall'altro, si rimarca come alle imprese sia data facoltà di dimostrare, a livello di richiesta individuale di esenzione, incrementi di efficienza¹⁸. Più oltre¹⁹, vengono additate possibili giustificazioni

per l'adozione della pratica, quali: I) il contributo ch'essa può fornire, in fase di lancio di un prodotto nuovo, per indurre i distributori ad aumentare gli sforzi di vendita; II) l'opportunità di farvi ricorso, per un periodo limitato (da 2 a 6 settimane), per organizzare una campagna a vantaggio dei consumatori ad opera di un'organizzazione operante in *franchising*; III) l'argine ai guasti prodotti da pratiche di "prezzi civetta" adottati da un rivenditore; IV) il sostegno ch'essa può garantire alla fornitura di servizi di pre-vendita per prodotti di 'esperienza' o complessi²⁰.

L'apertura così dimostrata appariva significativa sul piano teorico, ma poco promettente per quanto attiene al suo risvolto pratico²¹, non foss'altro perché le efficienze evocate sono tutte di ordine qualitativo e, quindi, di problematica computazione a fronte dei pregiudizi quantitativi, in termini di prezzi più elevati, causati dalla RPM. Una recente pronunzia della Corte di giustizia potrebbe²², però, aver segnato una soluzione di continuità. Posti di fronte al dilem-

²⁰ E qui si ritrova traccia del "free-ride rationale" teorizzato, a suo tempo, da Lester J. Telser.

²¹ E v., infatti, il ritorno di fiamma della Commissione con le decisioni pubblicate in data 7 novembre 2018 nei casi AT. 40465, *Asus*, AT.40469, *Denon & Marantz*, AT.40181, *Philips*, e 40182, *Pioneer* (tutti casi di "algorithm-driven" RPM, ossia di impiego di sistemi algoritmici di controllo dei prezzi dei rivenditori, le cui sortite al ribasso, amplificate dagli effetti ritorsivi dei sistemi algoritmici di aggiustamento dei prezzi da parte dei rivali, tendono a determinare la loro erosione, con effetti di scompaginamento della rete: di qui, appunto, le reazioni dei produttori intese a influenzare, direttamente o indirettamente, il prezzo di rivendita). L'ultima condanna europea per imposizione del prezzo di rivendita risaliva, infatti, alla decisione nel caso *Yamaha*, COMP/37.975 del 16 luglio 2003. Va comunque rilevato che nei quadranti nazionali la repressione della RPM continua a figurare come priorità alta: v., emblematicamente, Bundeskartellamt B10-21/2, B10-21/21, B10-21/21, *Pfanner Schutzbekleidung*, 19 febbraio 2024.

²² Si tratta della già citata sent. 29 giugno 2023, causa C-211/23.

¹⁷ US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

¹⁸ *Orientamenti*, § 195.

¹⁹ *Orientamenti*, § 197.

ma se si debba presumere la dannosità dell'accordo tra il fornitore e i distributori avente come oggetto la fissazione (verticale) di prezzi minimi e di altre condizioni commerciali applicabili alla rivendita – se, dunque lo si possa condannare in via automatica, una volta accertata l'esistenza della restrizione “per oggetto”, oppure si debba accertare in concreto un danno alla concorrenza –, i giudici del Kirchberg ribadiscono, in prima battuta, l'orientamento secondo cui, «nel caso in cui venga dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo, non è necessario indagare i suoi effetti sulla concorrenza»; precisano, poi, che «la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto, da interpretare restrittivamente, può essere applicata solo ad alcuni tipi di coordinamento tra imprese che presentano un grado di dannosità per la concorrenza». Tuttavia, nel segno della fatica dell'ovvio, aggiungono che le restrizioni verticali appaiono tendenzialmente meno dannose (senza che ciò le sottragga al vaglio antimonopolistico), sì che il criterio fondamentale «per determinare se un accordo, sia esso orizzontale o verticale, comporti una restrizione della concorrenza “per oggetto” risiede ... nel rilievo che un simile accordo presenta, di per sé, un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza». Rimanendo nel solco della ritualità, la corte precisa che tale accertamento deve essere condotto sulla base del tenore delle disposizioni relative all'accordo, prestando attenzione agli obiettivi perseguiti, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca; inoltre, «nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione».

Business as usual, dunque? Siamo, cioè, alle prese con l'ennesima declamazione relativa alla portata anticompetitiva del prezzo imposto che non sia suppor-

tato da un'adeguata “efficiency defense”? Sino a concludere che l'enfasi, insistita nella pronuncia, sulla necessità di accertare il conseguente aumento del rischio di restrizione concorrenziale vale per altre voci della lista di proscrizione, ma non per situazioni egregie quali la RPM e l'esclusiva territoriale assoluta, le quali recano le stimate del pregiudizio ontologico all'assetto del mercato?

La risposta è, sorprendentemente, negativa²³.

Dopo aver osservato che: a) «spetta al giudice del rinvio verificare se tale accordo presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza» (§ 37), senza che: b) la circostanza che un accordo verticale di fissazione di prezzi minimi di rivendita rientri nella categoria delle “restrizioni fondamentali”, ai sensi dell'art. 4, lett. a), dei regolamenti 2790/1999 e 330/2010, e non possa dunque fruire dell'esenzione per categoria, valga a esonerare il giudice del rinvio dal procedere alla predetta valutazione (§ 38 s.); e ancora mettendo in chiaro che c) «le nozioni di restrizione fondamentale e di restrizione per oggetto non sono concettualmente intercambiabili e non coincidono necessariamente»(11), con la conseguenza che «[o]ccorre quindi procedere ad un esame, caso per caso, delle restrizioni escluse da detta esenzione, alla luce dell'art. 101 (1) TFUE» (§ 41); dopo aver collazionato tutti questi rilievi, dicevamo, con un sussulto che esce dal seminato storico, al § 42, la corte intima: «il giudice del rinvio non può esimersi dalla valutazione di cui al punto 37 della presente sentenza, per il motivo che un accordo verticale di fissazione di prezzi minimi di rivendita costituirebbe in ogni

²³ Per una valutazione molto più “abbottonata”, v., però, A. Giannaccari, “Il caso Super Bock: verso la rule of reason (euro-unitaria) degli accordi verticali di prezzo minimo?”, *MCR*, 2023, 301.

caso o si presume costituisca una siffatta restrizione per oggetto».

Alla luce di quanto statuito dalla corte cade, una volta per tutte, l'idea che la RPM sia virtualmente soggetta a un divieto *per se*; e frana buona parte di ciò che si è costruito in Europa sul versante della verticalità. Non basta più individuare l'imposizione diretta, o indiretta, del prezzo di rivendita per travolgere di nullità la pattuizione e attivare l'apparato repressivo dell'art. 101. Bisogna accertare, in aggiunta, una sufficiente dannosità della pratica, ossia fornire una "teoria del danno antitrust", se si preferisce rispondere in modo attendibile all'antico interrogativo di Lester Telser (13): perché mai dovrebbero i produttori preoccuparsi della salute economica dei membri della propria rete distributiva, impedendo loro di farsi del male con l'offerta di sconti disastrosi? E qui casca l'asino. Perché è vero che la commissione indica più d'una teoria del danno — per l'esattezza, sette —, ma quando si va a guardarle più da presso, si scopre che la loro trama è debolissima e incoata, per esser radicata su un sostrato concettuale evanescente.

Tirando le fila. Non si ha ragione di dubitare che la RPM possa essere utilizzata alla stregua di strumento atto a neutralizzare le tentazioni devianti dei membri di un cartello fra produttori o fra distributori, oppure per operatori che facciano capo a una situazione di dominanza collettiva: l'impossibilità di trasferire sul consumatore finale il prezzo "sfumato", minore di quello concepito a livello di *conspiracy*, impedisce al fedifrago di turno di sottrarsi alla regola anticompetitiva imposta dal gruppo²⁴. In simili frangenti, però, la condanna non si volge allo strumento, appunto la RPM, ma all'accordo ch'essa sottrae alle sollecitazioni centrifughe: il target, cioè, non è l'imposizione del

prezzo di rivendita, bensì il cartello che se ne serve per evitare il suo sfaldamento, o l'operatore dominante che per questa via s'ingegna di irregimentare gli altri soggetti attivi sul mercato. In ogni altro caso, la teoria del danno si fa impalpabile: primo, perché «many of the resale restrictions outlined above involve intrabrand competition where the availability of the products or services is limited by the manufacturer, wholesaler, or brand owner, making these the direct victim», laddove «in the absence of market power, it even appears unpalatable that the consumers would suffer»; e poi perché «there is a conflict between DG COMP's embracement of economic theory ... and extending the object concept to verticals as none of the available theories of harm is truly vertical», sì che deve darsi per scontato che «DG COMP is struggling to provide cover for its position»²⁵. Insomma, là dove non ci sia concretizzazione orizzontale, non si vede plausibile minaccia all'interesse dei consumatori; e non si riesce a vagheggiare una spiegazione della pratica che non miri a razionalizzare la distribuzione, nell'interesse comune di chi vi fa capo.

Per sottrarsi a un circuito argomentativo così cogente, non resta che spostare il livello dell'analisi e appuntare l'attenzione sul conflitto tra la libertà contrattuale e di iniziativa economica privata (libertà che porta con sé anche quella di organizzazione dell'impresa), per un verso, e il consumer welfare, criterio oggi contestatissimo ma ancora prevalente(18), secondo il quale il benessere supremo del consumatore risiede nella possibilità di comprare beni e servizi al minor costo possibile, scegliendo tra coloro che offrono sul mercato i beni desiderati al prezzo più economico: nel presupposto che la limitazione dell'autonomia commerciale

²⁴ *Orientamenti*, § 196, lett. a, b, c, f).

²⁵ Le citazioni nel testo sono tratte da Bergqvist, cit.

dei distributori, derivante dalla fissazione del prezzo di rivendita, sia comunque un *vulnus* al dispiegarsi del processo concorrenziale e finisca per danneggiare i consumatori, posto che, come argomentava più di un secolo fa la Corte suprema statunitense, il *price fixing* risultante da un regime efficace di RPM dà lo stesso risultato del cartello e, quindi, «can fare no better»²⁶. Il fatto è, però, che — a meno di voler validare l'idea, davvero poco credibile, che il mercato sia percorso da sollecitazioni irrazionali — l'imposizione dei prezzi di rivendita minimi da parte del produttore di un bene di consumo (come, nel caso di specie, acqua, birre, tè e altre bevande rinfrescanti) risponde all'esigenza del produttore di ripartire tra i propri distributori le spese per i servizi post-vendita rivolti alla generalità dei consumatori, di cui però nessun distributore si fa carico spontaneamente (si che la loro erogazione postula che siano resi inscindibili dall'acquisto dei beni stessi). Si pensi, giusto per esemplificare, ad un call center per eventuali reclami degli utenti o alla pubblicità: si tratta di servizi che devono necessariamente essere organizzati unitariamente da parte del produttore di un bene di consumo, perché esulano dall'area dei servizi offerti normalmente dai distributori. Ora, un rivenditore *free rider*, che proponga sul mercato ad un prezzo più basso i medesimi beni, evidentemente potrebbe sottrarsi al riparto di questi costi di produzione che (ineluttabilmente) l'impresa produttrice trasferisce sui propri distributori. In quest'ordine di idee si delinea l'esigenza di (organizzazione dell'impresa e di) integrazione dei distributori all'interno della rete creata dal produttore dei beni di consumo, tale da giustificare l'imposizione di prezzi minimi di rivendita, unitamente all'esigenza di

impedire situazioni di approfittamento da *free riding*.

E si deve tener conto di un'ulteriore esigenza, in termini di efficienza complessiva del sistema di distribuzione, innescata dalla circostanza (non infrequente) che il produttore a sua volta distribuisce direttamente i propri beni in una parte del territorio nazionale (ecco, allora, la già ricordata *dual distribution*), cosicché ha bisogno di imporre prezzi minimi di vendita ai suoi distributori su quella parte del territorio nazionale nella quale non opera. Ciò sempre al medesimo scopo di ripartire tra tutti i distributori un medesimo peso che rappresenta una quota parte dei costi e delle spese per i servizi post-vendita.

Pertanto, sia nella prospettiva della libertà contrattuale (l'imprenditore è libero di vendere e non vendere a chi vuole, e al prezzo che ritiene più congruo per la ottimale remunerazione dei fattori della produzione), sia in quella dell'efficiente organizzazione della impresa (l'imprenditore è libero di organizzare la propria rete di distribuzione diretta o indiretta come meglio crede per fornire servizi uniformi sul territorio nazionale a tutti gli acquirenti dei propri prodotti), la scelta di praticare la *resale price maintenance* si apre a interpretazioni assai lontane dalla prava volontà di praticare prezzi sovra-competitivi.

Alle corte. La RPM reifica una restrizione della concorrenza irrilevante sul piano del benessere del consumatore, anche se incide profondamente sulla libertà contrattuale e sulla libertà di organizzazione dell'impresa: al pari, peraltro, di tante pattuizioni recepite perché — come insegna l'analisi economica del diritto — prodromiche alla realizzazione di un programma inteso alla massimizzazione del valore congiunto. Come negare, perciò, che l'applicazione di una sanzione antitrust sia, in questo caso, irragionevole (ove non addirittura dannosa)?

²⁶ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911)

III.2. Compartimentazione del mercato

Altra *'black clause'* è quella riguardante le misure, dirette o indirette (es.: schemi d'incentivazione, pressioni etc.), miranti a limitare la libertà dell'acquirente di rivendere in determinate aree territoriali o a determinati clienti²⁷. Si tratta, anche in questo caso, di un'indicazione risalente ('compartimentazione del mercato'), che subisce – e qui stanno i motivi di maggiore interesse – eccezioni relative alle:

- I) restrizioni imposte alle 'vendite attive' in un territorio, o rispetto a una categoria di clienti, riservati a un altro compratore. Da notare come per vendita attiva, ora definita minuziosamente all'art. 1, §1, lett. l), s'intenda quella conclusa con clienti situati nell'area riservata, per es. attraverso l'invio di e-mail nell'ambito di una campagna pubblicitaria mirata ovvero mercé la gestione di un sito internet con un dominio di primo livello corrispondente a determinati territori; l'acquirente (mentre si considera "passiva" – lett. m della disposizione testé ricordata - la vendita perfezionata a seguito di richiesta spontanea di singoli clienti); mette conto specificare, ancora, che la disciplina attuale contempla la facoltà, per il fornitore, di richiedere ai propri acquirenti di trasferire a valle il divieto delle vendite attive;
- II) restrizioni della vendita a utilizzatori finali imposte dal fornitore a un acquirente operante all'ingrosso;

²⁷ Cfr., esemplificativamente, Commissione EU 25 marzo 2019, caso AT.40436, *Nike*, di condanna per restrizioni imposte a vendite transfrontaliere.

- III) restrizioni imposte dal fornitore ai membri di un sistema di distribuzione selettiva per quanto attiene alle vendite a distributori non autorizzati a operare nell'area che il fornitore ha riservato a tale sistema;
- IV) restrizioni, imposte ad acquirenti di componenti da destinare ad incorporazione, concernenti la rivendita a concorrenti del fornitore;
- V) restrizioni riguardanti gli accordi fra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente che incorpora tali pezzi nei propri prodotti. Tali pattuizioni non possono impedire o limitare la possibilità, per utenti finali, riparatori indipendenti e prestatori di servizi, di procurarsi pezzi di ricambio direttamente dal fabbricante dei pezzi di ricambio stessi (*original equipment manufacturer*).

Fa storia a sé (e sarà trattata più oltre) la pratica d'impedire all'acquirente l'uso efficace della rete.

III.3. Specificazioni relative ai sistemi di distribuzione

La disciplina più recente, facendosi carico delle riserve espresse da più parti rispetto alla rigidità dell'approccio previgente, ha inteso valorizzare il ruolo dei sistemi di distribuzione (esclusiva, selettiva), specificando le indicazioni di massima con riguardo ai singoli assetti. A partire dalla distribuzione esclusiva, che alla lett. h dell'art. 1, §1, viene definita come situazione in cui il fornitore (ritiene per sé o) assegna all'acquirente un'area territoriale o un gruppo di clienti, con tanto di divieto per altri compratori di promuovere vendite attive nel contesto riservato. Correggendo una bruttura che aveva contrassegnato l'era formativa dell'antitrust comunitario, si riconosce l'equivalenza

tra esclusiva singola e coesclusiva di gruppo (in passato soggetta, invece, a divieto radiale quanto irrazionale), fissando però, per convenienza esplicativa alquanto discutibile perché venata di paternalismo, un massimo di cinque componenti (nel presupposto che uno stuolo più folto farebbe venir meno i meccanismi d'incentivazione alimentati dall'esclusiva). Nell'ambito di questo *shared monopoly* non sono ammessi limiti alle vendite attive e passive dei soggetti coinvolti.

Nel sistema di distribuzione selettiva il fornitore s'impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati, mentre questi ultimi si obbligano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema. La definizione, abbastanza imperspicua, presuppone criteri di selezione qualitativa, basata su fattori di indole oggettiva, sì che chiunque disponga dei requisiti prefissati ha titolo a entrare, se vuole, nella rete distributiva del fornitore: così stabili, nel lontano 1977, la sentenza *Metro I*, precisando che una siffatta modalità organizzativa di un sistema di distribuzione selettiva non rientra nel divieto *ex art.* 101, § 1, se soddisfa tre condizioni: 1) la scelta dei rivenditori s'informa, come già detto, a criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio, 2) le caratteristiche del prodotto richiedono una simile rete di distribuzione, al fine di conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, e 3) i criteri definiti non vanno oltre il limite del necessario. Al fornitore, cui è consentito d'imporre che gli acquirenti ribaltino il medesimo obbligo sui loro clienti, diretti o anche indiretti²⁸, non è invece permesso di restringere i territori in cui i distributori possono vendere a utilizza-

tori finali; e altrettanto vale per le categorie di clienti. La presunzione d'incompatibilità scatta sia in presenza di vendite attive che passive. D'altro canto, i distributori devono essere lasciati liberi di vendere o acquistare i prodotti oggetto del contratto da altri distributori autorizzati facenti parte della medesima rete di distribuzione selettiva.

La possibilità di proteggere i sistemi di distribuzione esclusiva o selettiva è dischiusa anche al fornitore che non si avvalga di tali modalità organizzative. Infatti, anche per la distribuzione 'libera' il VBER copre con l'esenzione le clausole che dettano le restrizioni necessarie per il coordinamento con i suddetti sistemi di distribuzione esclusiva o selettiva, oltre a quelle, non caratterizzanti, già 'smarcate' con riguardo a ciascuno di essi²⁹.

III.4. Restrizioni escluse

Di là dalle restrizioni su indicate, che precludono l'esenzione per l'intero accordo, il regolamento, all'art. 5, considera altre quattro pattuizioni verticali incompatibili con l'art. 101(1): obblighi di non concorrenza per la vigenza del contratto, obblighi di non concorrenza dopo la cessazione del contratto, esclusione di marchi specifici all'interno di un sistema di distribuzione selettiva e obblighi diretti o indiretti che impediscano agli acquirenti di servizi di intermediazione *online* di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli attraverso servizi di intermediazione concorrenti. In quanto separabili dalla restante trama dell'accordo, le pattuizioni in parola non pregiudicano la possibilità di applicare a quest'ultima il regolamento di esenzione.

²⁹ Nulla, nel testo del VBER, sul franchising, il quale, in prospettiva di verticalità, non esibisce caratteristiche proprie, ma riprende e talora contamina quelle degli altri due sistemi. Nemmeno a dirlo, la disciplina applicabile sarà, di volta in volta, quella corrispondente alla tipologia prevalente.

²⁸ A differenza di quanto statuito per il divieto di vendite attive nei sistemi di distribuzione esclusiva.

Per i divieti di concorrenza – obbligo di acquisto dell'intero fabbisogno o di sua parte preponderante, 80%, dal fornitore o da impresa da questo designata – in pendenza di contratto è fissata una durata massima di un lustro. Tuttavia, l'esenzione resta praticabile laddove il rinnovo oltre i cinque anni richieda il consenso esplicito di entrambe le parti e non sussistano ostacoli alla facoltà, per l'acquirente, di porre termine all'obbligo allo scadere del quinquennio. Il limite dei cinque anni non trova applicazione quando beni o servizi sono venduti dall'acquirente in locali o terreni di proprietà o nella disponibilità del fornitore (l'obbligo di non concorrenza può, in questo caso, estendersi per la durata di occupazione del locale da parte dell'acquirente).

A contratto scaduto, non v'è spazio per divieti di concorrenza, a meno che essi non siano necessari per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente, siano limitati al locale in cui l'acquirente ha operato in vigenza di contratto e non si estendano oltre l'anno dalla cessazione del rapporto.

IV. Zone di sicurezza

Gli accordi verticali che non contengano le clausole dianzi indicate possano aspirare alla presunzione di compatibilità con la disciplina europea della concorrenza. A tal fine essi devono rientrare in una delle "zone di sicurezza" previste da tale disciplina.

IV.1. Accordi d'importanza minore

La prima è quella concessa agli accordi importanza minore. A tenore della Comunicazione del 2014³⁰, si presume che le

³⁰ Comunicazione della Commissione – Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1,

intese verticali *de minimis*, in cui nessuna delle parti detiene una quota di mercato eccedente il 15%, non determinino restrizioni apprezzabili per la concorrenza.

IV.2. Piccole e medie imprese

Senza rappresentare un '*safe harbour*' in senso tecnico, può riguardarsi come equipollente il trattamento riservato negli Orientamenti alle PMI³¹. Vi si legge, infatti, che le imprese medie o piccole, con (meno di 250 dipendenti e) un fatturato annuale inferiore ai 40 milioni di euro, non sono normalmente reputate idonee a influenzare in maniera sensibile gli scambi tra Stati membri, salvo precisare che, quand'anche gli accordi che le vedono impegnate rientrino nell'ambito di applicazione del divieto *ex art.* 101(1) TFUE, "la Commissione si asterrà in genere dall'avviare un procedimento per mancanza di un sufficiente interesse dell'Unione europea, purché tali imprese non occupino, congiuntamente o individualmente, una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato interno".

IV.3. Quote di mercato delle imprese coinvolte

La terza "zona di sicurezza" è quella più significativa e rappresenta la caratteristica saliente del regolamento. Come già accaduto con le versioni del 1999 e del 2010, la vigente presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza si fonda sulle quote di mercato degli operatori coinvolti.

L'impiego delle quote di mercato risponde all'idea, mutuata dalla teoria economica, secondo cui, in presenza di una significativa concorrenza *interbrand*, le restrizioni verticali possono generare

del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»: 2014/C 291/01).

³¹ Orientamenti, § 28.

guadagni in termini d'efficienza, consentendo un miglior coordinamento all'interno della catena produttiva e risolvendo problemi di *principal-agent*, senza cagionare rilevanti effetti anticoncorrenziali. In tale prospettiva, le quote di mercato sono adoperate quale *proxy* – non del tutto affidabile, ma comunque accettabile – del *market power* delle imprese interessate, al fine di distinguere gli accordi che, di norma, non presentano significativi rischi per la concorrenza da quelli che, invece, richiedono un più attento scrutinio.

Il Reg. 2790/99 postulava, come condizione di esercizio della presunzione, una quota di mercato (di norma in capo al fornitore) non eccedente la soglia del 30%. La disciplina successiva si caratterizza per un'importante novità: al tetto di mercato del fornitore deve coniugarsi quella, anch'essa inferiore al 30%, del compratore, riferita – si badi bene – al mercato in cui quest'ultimo acquista i prodotti o servizi contrattuali: doppia soglia da sempre auspicata dalla Commissione, che aveva però incontrato la diffusa opposizione degli addetti ai lavori, preoccupati dalla difficoltà del compito di valutazione sui due versanti. Ma già nel 2010 quella stessa proposta era riemersa, senza incontrare più alcuna resistenza. Il cambio di atteggiamento si deve, in parte, all'esperienza accumulata in ordine all'applicazione concreta delle zone di sicurezza, rivelatesi affidabili e non troppo complesse quanto a computazione, e più ancora all'emersione di crescenti preoccupazioni circa la consistenza crescente del *'buying power'* della grande distribuzione³². In altre parole: i rivenditori possono disporre di potere d'acquisto e di vendita, possono cioè attivare il primo nei riguardi di un fornitore in posizione di forza e il secondo nei confronti dei propri clienti a valle: nella più parte dei casi, si tratta di aspetti strettamente interconnessi,

perché l'ipermercato robusto sul versante delle vendite dispone anche di un cospicuo potere 'quasi-monopsonistico' perché si pone come punto di sbocco principale per merci e servizi dei produttori.

La maggiore attenzione riservata alla posizione del distributore ha suscitato non poche riserve; ma sembra in linea con una scelta di campo della Commissione, di cui sarà possibile cogliere, tra breve, ulteriori testimonianze.

IV.4. Inapplicabilità dell'esenzione per categoria e revoca del beneficio

Riassumendo. L'accordo verticale mondo di restrizioni gravi e innervato da operatori non troppo ingombranti appare normalmente inidoneo a pregiudicare il funzionamento del mercato e fruisce, pertanto, di una presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza che lo mette al riparo da contraccolpi. È vero, infatti, che l'art. 6 del regolamento facoltizza la Commissione a tornare sui suoi passi e a dichiarare l'inapplicabilità dell'esenzione per categoria a reti parallele di restrizioni verticali simili che coprono più del 50% del mercato rilevante; ma tale facoltà deve materializzarsi attraverso apposito regolamento, circostanza che appare alquanto remota. Molto più incisiva della disapplicazione appare la possibilità di revoca del beneficio connessa ad una decisione che constati violazione dell'art. 101 TFUE ad opera di un accordo verticale, considerato isolatamente o in combinazione con accordi simili attuati da fornitori o acquirenti concorrenti (c.d. effetti cumulativi)³³.

³³ Cfr. *Consideranda* n. 21 Reg. 720/22, nonché n. 18 per quanto attiene alla possibilità che la revoca sia disposta da un'Autorità nazionale di concorrenza, in conformità all'art. 29 Reg. 1/03.

³² V. *supra*, nt. 1.

V. Esenzione individuale

Le intese verticali che non riescano a far leva sull'intreccio di presunzioni di cui si è detto, perché una delle parti dispone di una quota di mercato superiore al 30% o perché l'accordo contiene restrizioni incompatibili con la disciplina europea della concorrenza, vanno sottoposte – in prima approssimazione a livello di *self-assessment* ad opera dell'impresa interessata – ad un'analisi completa, individuale, non meccanica, che ne stabilisca l'attitudine a fruire dell'esenzione ex art. 101(3). Quanto dire, insomma, che si naviga a vista, anche se non in un mare completamente sconosciuto. Gli Orientamenti provvedono, infatti, a scandire i principi di riferimento, a prospettare i possibili effetti positivi/negativi delle restrizioni verticali e a delineare il metodo di analisi.

V.1. I principi di riferimento

Per quanto attiene ai principi di riferimento, occorre chiarire subito che l'impossibilità di valersi dei meccanismi dianzi esaminati non sbocca nell'esito opposto: non comporta, cioè, alcuna presunzione contraria d'incompatibilità con la disciplina di cui all'art. 101(1) TFUE, che va viceversa saggiata, senza ipoteche pregiudiziali, sulla base di un esame caso per caso. Il principio testé enunciato soffre un'eccezione, con riguardo alle '*black clauses*' di cui si è detto in precedenza. Per esse vale, infatti, la presunzione d'incompatibilità, la quale non esclude la possibilità che, in concreto, sia dimostrata la funzionalità della restrizione ad un miglior assetto concorrenziale, ma comporta, per l'impresa che voglia perseguire questa traiettoria, un pesante fardello probatorio.

Sempre a livello d'inquadramento generale, gli orientamenti richiamano l'attenzione: *a)* sul ruolo cruciale del potere di mercato, spiegando che la probabilità

del prodursi di un apprezzabile effetto anticompetitivo è connessa all'esistenza, in capo ad almeno una delle parti, di un potere di mercato (comunque minore, quanto a consistenza, di quello richiesto per configurare la sussistenza di una posizione dominante) che l'accordo verticale contribuisce a creare, rafforzare o rendere sfruttabile; *b)* sulla maggiore pericolosità di intese afferenti a prodotti o servizi che recano segni distintivi; *c)* sul possibile impatto del cumulo di restrizioni, che potrebbero amplificare, ben oltre la semplice sommatoria lineare, gli effetti pregiudizievoli della singola pratica; *d)* sulla durata della restrizione, che si presume pesi maggiormente quanto più protratta nel tempo.

V.2. Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi

Fra i possibili effetti negativi delle intese verticali va annoverata, innanzi tutto, la *foreclosure*, ossia la possibilità che la restrizione verticale sia impiegata per impedire o rendere più problematico l'accesso al mercato dei rivali: se, per esempio, i distributori s'impegnano a interfacciarsi con un solo produttore, i loro punti di vendita restano preclusi ai concorrenti (c.d. *raising rival costs*). Va messa altresì nel conto la possibilità che la pratica riduca la concorrenza *inter-brand*, facilitando la collusione fra fornitori, o quella *intra-brand*, con allentamento della rivalità fra soggetti facenti capo allo stesso fornitore. Nemmeno a dirlo, la Commissione iscrive, fra i possibili effetti distorsivi, la creazione di ostacoli al dispiegarsi dell'integrazione del mercato.

Sul versante degli effetti positivi, gli Orientamenti fanno leva sulla possibilità di impiegare accordi verticali al fine di arginare guasti da parassitismo, *free ride* (l'esclusività del rapporto, per intendersi, vale ad evitare che il dettagliante speculi sugli investimenti promozionali del produttore per promuovere la commercializzazione di

prodotti di fornitori concorrenti) ovvero di propiziare l'apertura di nuovi mercati, dove l'impegno iniziale appare rischioso, salvo poi richiamare uno stuolo di operatori se e quando le cose volgono al meglio. Le restrizioni verticali possono altresì servire a salvaguardare la capacità di certificazione della qualità, a contenere le conseguenze delle imperfezioni nei mercati dei capitali, a gestire problemi di standardizzazione, a evitare aggravii da 'doppia marginalizzazione' (che si materializzano laddove il distributore, fruendo di potere di mercato locale, pratici un sovrapprezzo distorsivo vuoi per il fornitore che per l'acquirente finale). E non va pretermesso il contributo (ad es., delle clausole di non concorrenza o di quelle che impongono quantitativi di acquisto) ad arginare le tentazioni di *hold-up*, rinuncia all'investimento, del rivenditore nei confronti di un fornitore che abbia effettuato investimenti idiosincratici (o, a colpi di esclusiva, del fornitore nei confronti di un dettagliante, ad es. un *franchisee* alle prese con impegni su beni non riciclabili).

V.3. L'itinerario valutativo

Il metodo per la valutazione di compatibilità si articola su due passaggi cruciali. Va accertato, innanzi tutto, se la restrizione abbia rilevante impatto anti-competitivo e incorra, pertanto, nei rigori del divieto di cui all'art. 101(1) TFUE. Se così è, andrà allora verificata la sua idoneità a produrre efficienze e invocare giustificazioni obiettive che inneschino l'esenzione di cui all'art. 101 (3) TFUE.

Con riguardo al primo profilo, occorre tenere presente che le restrizioni verticali possono essere fra loro assai diverse e dare, quindi, luogo a effetti di tenore alquanto disomogeneo. Non a caso, gli Orientamenti dedicano largo spazio all'analisi di restrizioni specifiche, organizzata secondo una tassonomia ispirata all'equiva-

lenza degli effetti. Vengono così individuati i seguenti gruppi di intese:

a) Monomarchismo (traduzione decisamente infelice della locuzione 'single branding'), categoria che raggruppa gli accordi a tenore dei quali l'acquirente è costretto o indotto a concentrare gli ordini di un particolare tipo di prodotto presso un unico fornitore e in cui rientrano approvvigionamento esclusivo, obbligo di non concorrenza, imposizione di volumi minimi di acquisto (attuata, eventualmente, attraverso l'applicazione di prezzi non lineari, quali sistemi di sconti condizionati e listini composti di due parti, ossia commissione fissa e prezzo per unità).

b) Accordi di fornitura esclusiva, in ragione dei quali il fornitore si obbliga a vendere i prodotti contrattuali a un unico acquirente.

c) Obblighi di parità, talvolta denominati clausole della nazione più favorita o accordi di parità tra piattaforme, che impongono a un venditore di beni o servizi di offrirli a condizioni che non siano meno favorevoli rispetto a quelle offerte dal venditore a determinate altre parti o tramite determinati altri canali. Tali obblighi sono spesso imposti da fornitori di servizi di intermediazione online (ad esempio mercati online o servizi di confronto dei prezzi) agli acquirenti dei loro servizi di intermediazione. Ma compaiono anche nella vendita al dettaglio, riferendosi alle condizioni alle quali beni o servizi sono offerti agli utenti finali.

d) Pagamenti anticipati per l'accesso, ossia commissioni fisse che i fornitori pagano ai distributori, nell'ambito di una relazione verticale, all'inizio di un periodo di riferimento per assicurarsi l'accesso alla loro rete di distribuzione (e, dunque, commissioni per garantire la presenza del prodotto, «*pay-to-stay fees*» o pagamenti per avere accesso alle campagne promozionali del distributore) e per remunerare i servizi forniti ai fornitori dai dettaglianti.

e) Accordi di gestione per categoria, mediante i quali il distributore affida al fornitore (il cosiddetto «capitano di categoria») la commercializzazione di una categoria di prodotti, che possono comprendere, oltre ai prodotti del fornitore, anche i prodotti dei suoi concorrenti. Persino ovvio, allora, che il capitano di categoria possa influenzare il posizionamento e la promozione dei prodotti nel punto vendita, nonché la selezione dei prodotti per il punto vendita, sino a determinare la totale esclusione di altri operatori.

f) *Tie-in*, o vendita abbinata, che ricorre laddove il cliente interessato all'acquisto di un prodotto viene obbligato ad acquistare, dallo stesso fornitore o da un diverso operatore indicato dal primo, un altro prodotto.

Per ciascun gruppo di restrizioni (integrate da quelle rilevanti in rete, di cui si dirà più oltre) gli Orientamenti delineano possibili scenari di danno competitivo, facendo leva su fattori quali: la natura dell'intesa; la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e dei compratori dei prodotti contrattuali; le barriere all'ingresso; il grado di maturità del mercato; il livello del traffico commerciale; la natura del prodotto (e quanto altro possa tornare utile all'analisi). Il passo successivo consisterà, dunque, nel valutare la plausibilità dello scenario di danno competitivo in vista delle caratteristiche fattuali del mercato.

Supponiamo, per meglio intendere il processo su delineato, di avere riguardo ad un accordo di fornitura esclusiva. Al riguardo, gli orientamenti spiegano che il principale effetto di una tale restrizione consiste nella preclusione del mercato ad altri acquirenti. Perché tale *foreclosure* si riveli davvero significativa, occorre che l'acquirente disponga di una rilevante quota di mercato a valle (e non a monte, con buona pace della soglia introdotta dal Reg. 330/10 e ribadita dal VBER vigente),

tale da consentirgli d'imporre a controparte produttrice un'esclusiva che tagli fuori altri compratori. L'effetto preclusivo risulta tanto più incisivo quanto maggiori sono portata e durata dell'accordo. Contano altresì la consistenza dei concorrenti nel mercato a monte (posto che l'effetto negativo è più probabile nei confronti di rivali di dimensioni assai più ridotte), il contropotere negoziale dei fornitori, il livello della catena commerciale e la natura dei prodotti (preclusione meno probabile se il prodotto è intermedio e omogeneo). Dato questo quadro (che, peraltro, non considera il rischio di facilitazione di comportamenti collusivi e la riduzione della concorrenza *inter-brand*), una situazione caratterizzata dalla posizione marginale dell'acquirente nel mercato a valle e dalla breve durata dell'obbligo esclusivo dovrebbe indurre a propendere per la sostanziale irrilevanza della restrizione competitiva.

Ove, invece, sia stata monitorata una consistente incidenza negativa sull'assetto concorrenziale, bisognerà considerare la possibilità di integrare le quattro condizioni necessarie per valersi dell'esenzione di cui all'art. 101(3). Tocca alle imprese interessate dimostrare che la restrizione attiva efficienze sostanziali e spiegare perché essa sia indispensabile per apportare benefici ai consumatori senza eliminare la concorrenza. Anche su questo versante gli Orientamenti s'incaricano di indicare, per ciascuno dei gruppi di pattuizioni su ricordate, le possibili ricadute efficientistiche. Per tornare al nostro esempio di fornitura esclusiva, i vantaggi di efficienza vengono individuati nel contributo a risolvere problemi di *hold-up*, mentre poco credito riscuote la giustificazione fondata sul conseguimento di economie di scala a livello di distribuzione, anche in vista dell'opportunità di approdare allo stesso risultato ricorrendo alla meno penalizzante alternativa di un obbligo di fornitura minima.

Nell'impossibilità di spingersi più oltre, dato il carattere risolutamente fattuale dell'indagine da svolgere caso per caso, non sarà inutile ricordare come molte delle giustificazioni obiettive per le restrizioni verticali si fondino su prospettazioni comportamentali (incentivi all'investimento per l'acquirente, nel caso della fornitura esclusiva) piuttosto che su dati strutturali: quanto basta per rendere problematica la loro prova, a fronte del presumibile scetticismo delle autorità preposte all'enforcement antimonopolistico.

VI. Vendite online

Il contributo più significativo del pacchetto disciplinare varato nel 2022 è dato dal tentativo di porre ordine nell'ambito, ormai consolidato e in crescita costante, della distribuzione *online*. Apporto caratterizzato, nemmeno a dirlo, dall'identificazione, in seno al panorama complessivo delle piattaforme digitali, del sottoinsieme a se stante delle c.d. *market platforms*, dove – nell'ottica di una 're-intermediazione', che ha preso il posto del sogno di una rete capace di annullare la necessità del ricorso alle catene distributive verticali – convergono domanda e offerta, sì che chi le governa gestisce rapporti sia con gli utenti commerciali (P2B) che con i consumatori finali (P2C) e ha bisogno di implementare l'affidabilità dei primi per ottenere la fedeltà dei secondi (e così giustificare l'estrazione dei loro dati personali, da convogliare nel flusso elaborativo dei *Big Data*) Per meglio intendere le novità introdotte dal Regolamento 720/22 e dagli Orientamenti che lo contrappuntano è opportuno fare un passo indietro e ricostruire, in estrema sintesi, l'ambiente in cui è maturato il quadro disciplinare ora in vigore.

VI.1. Come eravamo

Il Reg. 330/10 (come già il suo predecessore, ma in un'epoca in cui il fenomeno era agli albori) nulla diceva sulle vendite *online*: ad esse doveva applicarsi, per conseguenza, la disciplina a valere per tutte le restrizioni verticali, segnatamente per quanto atteneva alle limitazioni di territorio e clientela, e a quelle di vendite attive e passive a utilizzatori finali nei sistemi di distribuzione selettiva. Sennonché, l'insufficienza delle scarse indicazioni disponibili per l'addietro³⁴ e l'animato dibattito accesi nell'imminenza del varo della disciplina indussero la Commissione a divisare, a livello di linee-guida, un'assai più dettagliata disciplina, che finiva, sotto certi profili, per correggere il tiro rispetto all'impostazione generale. La crescita esponenziale dell'*e-commerce* – qualcuno parlava di "movimenti tettonici" nel panorama della vendita al dettaglio, con commistioni e rovesciamenti di ruoli che facevano presagire la creazione di "nuovi format" – esacerbava le criticità conseguenti alla possibilità, per le imprese che gestivano reti di distribuzione selettiva, di imporre criteri di ammissione – uno per tutti, la previa gestione di un punto di vendita tradizionale – atti a tagliar fuori distributori operanti soltanto in rete ("pure

³⁴ Le linee-guida del Reg. 2790/99 consentivano, ai fornitori con quota di mercato inferiore al 30% che facessero ricorso alla distribuzione selettiva, di imporre anche ai rivenditori *online* vincoli qualitativi, compreso quello di associare a tale tipo di commercializzazione quella attuata attraverso un negozio fisico e finanche di escludere *in toto* il sistema di vendita in internet in presenza di una giustificazione oggettiva, quale la necessità di evitare che gli operatori *online* si avvantaggiassero parassitariamente degli investimenti e dell'assistenza post-vendita effettuati da chi gestisce un punto di vendita tradizionale. Al di fuori della distribuzione selettiva, la restrizione delle vendite passive (peraltro definite in modo assai incerto) veniva invece riguardata alla stregua di una forma di compartimentazione dei mercati.

internet players”). La linea di resistenza alle molte pressioni miranti alla piena liberalizzazione delle vendite *online* si fondeva sul pericolo, ventilato con particolare veemenza dai produttori di beni di marca (in particolare, articoli di lusso, cosmetici, prodotti di alta tecnologia etc.), che la commercializzazione in rete potesse sfruttare – e, alla fine, sterilizzare – gli sforzi promozionali, particolarmente importanti per queste tipologie di prodotti, ad opera del commercio tradizionale. I produttori – così correva l’argomento principe – che si avvalgono di sistemi di distribuzione esclusiva/selettiva dovrebbero poter controllare le vendite in internet con le stesse tecniche utilizzate per le reti fisiche di rivenditori (sino a poter escludere soggetti operanti sul solo versante del commercio elettronico); e proprio questa eventualità veniva denunciata come minaccia imminente dai protagonisti dell’*e-commerce*³⁵. Al termine di un primo, tormentato braccio di ferro emerse una linea di compromesso, di quelle che sembrano scontentare un po’ tutti. Si esprimeva un inequivoco *favor* per la commercializzazione *online*, in vista della sua capacità di raggiungere clienti altrimenti inaccessibili, e si metteva in chiaro come talune limitazioni all’uso di internet andassero trattate alla stregua di restrizioni alla (ri)vendita, evidentemente pros critte. Questa formulazione di massima aprì la via ad una serie di indicazioni assai minuziose (e controvertibili). Dissipando talune delle incertezze pregresse, gli Orientamenti

³⁵ Per inciso, si è fatta valere anche l’argomentazione contraria, a tenore della quale internet potrebbe mitigare i costi dell’informazione necessaria alla migliore commercializzazione dei prodotti, con massima opportunità di monitoraggio da parte del produttore (il che rispingerebbe i rilievi cennati nel testo sul solo versante degli articoli la cui vendita richiede un’esperienza sensoriale) e, in prospettiva aziendalistica, si è osservato che il *free riding* potrebbe funzionare all’incontrario, con i clienti impegnati nell’esplorazione del *web* prima di recarsi nei punti di vendita fisici.

allora elaborati iscrissero nel novero delle vendite passive la più parte delle modalità di commercializzazione in rete: la creazione/utilizzazione di un sito, il contatto attivato dal cliente, la sua richiesta di informazioni a venire, la scelta delle lingue utilizzate nel sito. La dicotomia ‘vendite attive/passive’ venne rafforzata, a favore delle seconde, mercé l’individuazione di restrizioni *hard-core*³⁶, che implicavano presunzione d’incompatibilità col divieto di cui all’art. 101(1).

La contropartita di quanti paventavano il pericolo di sciaccallaggio nei confronti dei negozi fisici, i soli reputati in grado di fornire i servizi post-vendita richiesti dai clienti e necessari per sostenere la commercializzazione dei prodotti interessati, venne materializzandosi in un contrapposto nucleo di determinazioni, a tenore delle quali al fornitore era lasciata aperta la possibilità di esigere il rispetto di standard qualitativi in relazione all’uso di siti internet per la rivendita dei suoi beni: profilo, questo, di particolare importanza nei sistemi di distribuzione selettiva. A mo’ di esempio, la Commissione additava la facoltà, per il fornitore, di subordinare l’ammissione di distributori alla propria rete alla disponibilità di punti di vendita “non virtuali”; o, ancora, di richiedere che l’uso, da parte dei propri distributori, di piattafor-

³⁶ Quattro, per la precisione, ossia:

- clausole che impediscono a clienti dislocati in un territorio (esclusivo) di visualizzare il sito dell’esclusivista di altro territorio o che prevedono il reinstradamento automatico dei clienti verso il sito del produttore o di altri distributori;
- accordo per interrompere le transazioni con i consumatori ove risulti dai dati della carta di credito che il loro indirizzo non si trova nel territorio (esclusivo) del distributore;
- limitazione dell’ammontare complessivo di vendite che possono essere realizzate online;
- accordo in forza del quale il distributore si obbliga a pagare un prezzo più elevato per i prodotti destinati ad essere rivenduti online.

me di terzi per la commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto fosse conforme alle indicazioni del fornitore stesso.

VI.2. Alla ricerca di un nuovo equilibrio

Le ragioni per un trattamento delle vendite *online* diverso da quello riservato alla distribuzione tradizionale non sono ovvie. Con ogni probabilità, esse attengono al profilo dell'integrazione del mercato e al pericolo, controintuitivo rispetto alla globalizzazione promossa da internet epperò non suscettibile di negazione pregiudiziale, che le opportunità offerte dalle nuove frontiere della tecnologia siano utilizzate per isolare i mercati³⁷.

Di scorcio, mette conto rilevare come, per la via indicata, il mondo dell'*e-commerce* vedesse precluse strategie che potevano viceversa essere legittimamente perseguite nell'ambito della distribuzione tradizionale. E già questa discriminazione destava molti interrogativi. Poca cosa, comunque, di fronte agli sconvolgimenti innescati dalla decisione *Pierre Fabre*³⁸, che su taluni punti – uno, in particolare: l'idea che i prodotti di lusso esprimano qualità che non si riducono alle loro caratteristiche materiali, ma si riconnettono altresì

alla loro “allure and prestigious image” agli occhi dei consumatori – è parsa sconfessare tanto i precedenti³⁹, quanto l'elaborazione della Commissione: al § 46 si leggeva, infatti, che la difesa reputazionale del prodotto non vale a giustificare la clausola con cui il produttore di cosmetici imponeva che le vendite fossero realizzate in uno spazio fisico definito con precisione, e alla presenza obbligatoria di un farmacista laureato, col risultato pratico di precludere qualsiasi forma di vendita in rete. Un vero macigno, che minacciava di ostruire ogni sviluppo⁴⁰.

Ed è proprio contro questo precedente (e le sue ingombranti ricadute, con particolare riguardo al problema della liceità, o non, del divieto imposto per il ricorso a piattaforme terze) che si sono appuntate prima le Conclusioni dell'Avv. gen. Wahl⁴¹ e poi la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Coty*⁴². La corte, dopo aver avventurosamente circoscritto la portata di *Pierre Fabre* alla singola clausola piuttosto che al sistema di distribuzione, riconosce al titolare di un marchio rinomato il potere di imporre al licenziatario *Vertriebsbindungen*

³⁹ Trib. I grado Comunità europee, 12 dicembre 1996, causa T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc v. Commission*, ECLI:EU:T:1996:190.

⁴⁰ La sentenza ha prodotto oscillazioni vistose. In Germania, il Bundeskartellamt si è mostrato inflessibile nel proscrivere le restrizioni selettive, cfr. Entscheidung 26.08.2015 - B 2-98/11 – *Asics*, e 27.06.2014 - B3-137/12, *Adidas*. Mentre OLG Frankfurt, 22.12.2015, -Az 11 U 84/14 (Deuter), ha smentito in senso permissivo la pronuncia sottostante (LG Frankfurt/Main, 18.06.2014 - Az. 2-03 O 158/13); v. altresì KG Berlin, 29.09.2013, Az. 2 U 8/09 (Kart). Acque agitate anche in Francia: in particolare, Trib. comm. Paris 23 janvier 2014, RG n° 11/000500, ha ritenuto che il sistema di distribuzione selettiva adottato da Coty France, che precludeva la distribuzione online, fosse compatibile con l'art. 101 (1), salvo essere poi platealmente smentito da App. Paris, 25 mai 2016, RG n° 14/03918.

⁴¹ ECLI:EU:C:2016:788.

⁴² Sentenza 6 dicembre 2017, causa C-230/16, EU:C:2017:941.

³⁷ Il *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, {SWD(2017) 154 final, e lo *Staff Working Document* di accompagnamento rivelano che, mentre più dell'80% dei produttori fa ricorso alla raccomandazione di prezzo (lecita se non connessa a incentivi economici o commerciali per indurre i dettaglianti ad adottarla o a minacce di misure deterrenti per chi non vi si attiene), il 38% di loro utilizza software di tracciamento dei prezzi (presumibilmente inteso, col supporto di tecniche di *geo-blocking*, ad individuare i soggetti “devianti”).

³⁸ Corte giust. 13 ottobre 2010, C-439/09, cit., su questione pregiudiziale sollevata da Cour d'appel de Paris, che si era pronunciata il 31 gennaio 2013, confermando l'originaria decisione (n. 08-D-25, in data 29 ottobre 2008) dell'allora Conseil de la concurrence, di condanna per l'accordo di distribuzione selettiva che impediva l'attivazione di siti per la vendita online.

intese a proteggere la “brand image”, purché proporzionate all’obiettivo perseguito (l’obbligo per il distributore autorizzato di agire in proprio in internet, senza fare ricorso all’Amazon di turno, garantisce che anche nell’ambito del commercio elettronico la distribuzione di quei particolari prodotti sia ricollegata ai soggetti selezionati, ai quali è demandato, appunto, il compito di preservarne la qualità e il prestigio da prodotto di lusso). Per certi versi, dunque, le restrizioni cui si affida la viabilità di un sistema di distribuzione selettiva – a maggior ragione in epoca di commercio digitale dilagante – sembravano avviate a superare il banco di prova della normativa *antitrust* europea.

Sennonché, il quadro appariva ancora instabile. Non solo per le incertezze riguardanti l’ampiezza della breccia praticata nell’approccio restrittivo (se, piuttosto che essere rigorosamente limitato ai prodotti di lusso, l’imposizione del divieto di agire tramite piattaforme terze si prestasse ad essere estesa a compasso allargato⁴³), ma per

le persistenti implicazioni dell’antica giurisprudenza in materia di distribuzione selettiva⁴⁴, che, se qualitativa, si sottrae *in toto* all’applicazione del divieto *ex art.* 101(1), mentre ricade nel divieto se di natura quantitativa, nel qual caso occorre verificare se sia dato valersi dell’esenzione per categoria⁴⁵. Non è un caso che la decisione resa dalla Commissione nel caso *Guess*⁴⁶ abbia indotto più d’un commentatore a parlare di oscillazione all’indietro del pendolo, non foss’altro perché si è ritenuto costituissero restrizione per oggetto, e perciò sostanzialmente irriducibile, il divieto imposto ai distributori di utilizzare in rete i marchi e segni distintivi di Guess, col risultato di renderli “irreperibili” e di tagliarli fuori dalla commercializzazione in rete⁴⁷.

Restava, in ogni caso, un senso d’incertezza, legata alla frammentarietà dei criteri d’individuazione dei limiti praticabili da parte di chi organizza una rete

cazione di *Coty*, il Kartellsenat del BGH, Urteil 12.12.2017, KVZ 41/17, nella decisione finale del già ricordato caso *Asics*.

⁴⁴ Corte giust. Ce 25 ottobre 19, causa C-26/6, *Metro SB Grossmarkt c. Commissione* (Metro I), in *Foro it.*, 1978, IV, 69 e 22 ottobre 1986, causa 75/84, *Metro SB-Großmärkte c. Commissione* (‘Metro II’), ECLI:EU:C:1986:399.

⁴⁵ In *Coty* la corte ha escluso che il divieto di ricorso a piattaforme terze integrasse gli estremi della restrizione grave perché, per un verso, esso non esclude ogni forma di commercializzazione *online*, data la perdurante possibilità, per il distributore, di operare con un proprio sito oppure tramite piattaforme non riferibili a terzi, e, per l’altro, i clienti della piattaforma di turno non integrano un gruppo identificabile ai sensi dell’art. 4 (b) in chiave di esclusione di una categoria di clienti.

⁴⁶ Caso 40428, in data 17 dicembre 2018 (in cui, come già in *Pioneer*, cit., emergono – tra l’altro – profili di *geo-blocking*).

⁴⁷ Ma è probabile che questa impressione andasse stemperata alla luce della constatazione che, di là dalla ricorrenza contestuale di altre pratiche asseritamente illecite (RPM, restrizioni territoriali), il divieto in questione, mirando a riservare il campo alla distribuzione diretta della casa-madre, finiva col rivelare ricadute decisamente orizzontali, di per sé sufficienti a giustificare la condanna.

⁴³ A dire della Commissione (*Competition Policy Brief 2018-01*), “the differentiation made by the Court of Justice in paragraph 32 of the *Coty* judgment between luxury goods (at issue in *Coty*) on the one hand and other products such as the cosmetic and body hygiene goods at issue in *Pierre Fabre* should in practice only be of limited relevance, as a clear delineation between one and the other will in many cases neither be possible, nor necessary as high-quality and high-technology products similarly qualify for selective distribution compliant with Article 101(1) TFEU as long as the *Metro*-criteria are fulfilled”. Cfr., altresì, OLG Frankfurt 12.07.2018 - 11 U 96/14 (Kart), giustappunto nel caso *Coty*, e OLG Hamburg 22.03.2018 - 3 U 250/16, dove i prodotti distribuiti erano integratori alimentari, bevande energetiche e articoli da bagno. Ma la reazione del Bundeskartellamt, come attestata da un messaggio su Twitter, era di tutt’altro tenore: “Brand manufacturers still have no carte blanche on platform bans” (posizione poi ampiamente ribadita in *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s next*, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=2); e altrettanto intransigente si era mostrato, ad appena una settimana di distanza dalla pubbli-

di distribuzione: dando per scontata l'illiceità del divieto totale, ancorché solo *de facto*, di operare (passivamente), non era chiaro sino a che punto l'imposizione di pratiche limitative di commercializzazione in rete, normalmente legate alla difesa di un qualche livello di qualità, possa ritenersi giustificata perché sostanzialmente rispondente ad esigenze di mercato o si presti, viceversa, ad essere qualificata come inaccettabile vincolo al dispiegarsi dell'afflato competitivo *online*. Emblematico, sotto questo profilo, l'esempio del divieto contrattuale di utilizzare siti di comparazione dei prezzi, divieto che non impedisce le vendite in rete (ma comporta una restrizione delle modalità pubblicitarie) e nemmeno isola un gruppo definito di clienti, e che tuttavia il *Bundeskartellamt*, invocando una specificità tedesca, metteva in seria discussione⁴⁸.

VI.3. Il nuovo assetto

Date le premesse che si sono passate in succinta rassegna, conviene ora scrutinare il nuovo assetto normativo.

Si comincia con le definizioni. I servizi di intermediazione online sono presentati come servizi della società dell'informazione che consentono alle imprese di offrire beni o servizi ad altre imprese o ai consumatori finali. Il fatto che la piattaforma offra anche altri servizi, o che possa acquistare e vendere direttamente beni e servizi, oltre a svolgere servizi di intermediazione, a volte anche nei confronti della medesima controparte, non osta alla qualificazione dell'impresa come fornitore di servizi di intermediazione online.

L'idea sottesa (per meglio dire, l'espediente concettuale a vocazione normalizza-

trice) è che l'impresa che fornisce servizi di intermediazione online vada considerata come fornitore (di tali servizi), mentre quella che utilizza deve essere inquadrata alla stregua di acquirente (dei servizi stessi), indipendentemente dal fatto che paghi o meno per la fruizione: il tutto al fine di agevolare il computo delle quote di mercato in vista dell'applicazione dell'esenzione (nell'ovvio presupposto che le restrizioni imposte dai fornitori di servizi di intermediazione online riguardo al prezzo, ai territori o ai clienti a cui possono essere venduti i beni o servizi oggetto delle transazioni agevolate, incluse le restrizioni alla pubblicità e alle vendite online, siano soggette all'art. 4 del regolamento sulle restrizioni hardcore: ciò che dovrebbe assicurare un forte deterrente all'ingerenza delle piattaforme di intermediazione sulle condizioni di commercializzazione dei beni o servizi oggetto delle transazioni che vengono agevolate attraverso la loro attività).

Senonché, accade di frequente che il fornitore di servizi online non si limiti a governare la piattaforma, ma acquisti e rivenda beni o servizi, svolgendo nei confronti di un'unica controparte una funzione ibrida, sino a operare in concorrenza con gli utilizzatori dei propri servizi: nel qual caso si configura un'ipotesi di *dual distribution* cui, per la presenza di dimensione competitiva *interbrand*, andranno valutati in prospettiva individuale i profili orizzonti a potenziale rilievo collusivo.

C'è, poi, il pacchetto dei divieti 'locali'. Le restrizioni specifiche partono, com'è ovvio, dal punto di equilibrio (come detto, solo apparente) raggiunto in passato: a tenore del quale le tecniche di protezione territoriale solitamente impiegate nei sistemi distributivi sono da ritenere legittime, purché resti fermo il divieto di restrizioni alle vendite passive. In effetti, il nuovo art. 4 VBER sembra porsi nel solco della tradizione (e di *Pierre Fabre*), inserendo nel

⁴⁸ A suo dire, i comparatori di prezzo, e in chiave più generale i mercati online, sarebbero "clearly more significant in Germany than in other Member States": così *Competition restraints* cit., p. 3?

novero delle hardore restrictions, alla lett. e), la “pratica di impedire l’uso efficace di internet da parte dell’acquirente”, e anzi equiparando alle limitazioni alle vendite online le restrizioni alla possibilità di fare ricorso alla pubblicità online e ai servizi digitali di comparazione dei prezzi. La formula impiegata, nella traduzione italiana, è infelice perché ambigua e, comunque, generica al limite dell’inconsistenza⁴⁹. Ma la direttiva sottesa appare inequivoca, mirando a togliere dal giro le limitazioni convenzionali intese a ridurre in modo significativo il ricorso alle vendite online o la possibilità per i consumatori di acquistare in rete i beni o i servizi ciò di cui abbisognano. Nel che, peraltro, è possibile cogliere (e si tratta di un’apertura rimarchevole) un persistente *favor* nei confronti della nuova forma distributiva, confermato dal fatto che le “altre restrizioni” (ossia quelle che non precludono in senso assoluto l’utilizzo della rete, anche a fini pubblicitari: e, così, i requisiti qualitativi relativi al negozio online, il divieto di utilizzare marketplace, l’obbligo di disporre di negozi e showroom non virtuali, l’obbligo per l’acquirente di vendere online una quantità minima⁵⁰ assoluta in valore o volume idonea a garantire il funzionamento efficiente del negozio non virtuale, i requisiti alla pubblicità online che non comportano la chiusura di un intero canale pubblicitario) fruiscono dell’esenzione.

Da notare, per inciso, che, alla luce della definizione di restrizioni alle vendite attive, di cui all’art. 1, lett. l), sono ritenute tali (e quindi disponibili con riguardo a sistemi di

distribuzione esclusiva o selettiva) anche le offerte di beni o servizi realizzate attraverso un sito internet con un dominio di primo livello corrispondente a determinati territori o in una o più lingue (eccezion fatta per l’inglese) diverse da quelle comunemente parlate nel territorio in cui sono stabiliti gli acquirenti, che in passato venivano riguardate come restrizioni gravi.

Un atteggiamento più flessibile si registra anche nei confronti del c.d. dual pricing (doppia tariffazione) per i prezzi all’ingrosso: ossia, l’applicazione di diversi prezzi all’ingrosso a seconda che il prodotto sia destinato alla vendita online o offline è praticabile, sempre che non si tratti di un modo surrettizio di ostacolare le vendite online (la differenza nei prezzi all’ingrosso dev’essere giustificata dai diversi investimenti e costi sostenuti dall’acquirente per le vendite in ciascun canale).

Infine, come già ricordato, nel nuovo regolamento gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio imposti dall’impresa che fornisce servizi di intermediazione online rispetto all’utilizzo dei servizi di altre piattaforme sono trattati come restrizioni escluse ai sensi dell’articolo 5, anch’esse da valutare caso per caso al di fuori del safe harbour⁵¹.

⁴⁹ V., riassuntivamente, i rilievi critici di P. Manzini, “Le restrizioni verticali della concorrenza nel nuovo VBER”, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, 555, 579 ss.

⁵⁰ Il quadro domestico di adattamento alla disciplina eurounitaria è ora completato dall’art. 7-*quinquies*, d.lgs. n. 68/22, su cui v. F. Ricci, “Le nuove disposizioni in materia di distribuzione automobilistica”, in *Nuove leggi civili commentate*, 2023, 329.

⁵¹ Negli *Orientamenti*, § 372 ss., si legge: «Nella maggior parte dei casi l’utilizzo di obblighi di parità nella vendita al dettaglio da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online è giustificato dalla necessità di affrontare un problema di sfruttamento senza contropartita [...]. I fattori pertinenti per la valutazione del rispetto delle condizioni di cui all’articolo 101, paragrafo 3, del trattato comprendono l’esame del fatto che gli investimenti effettuati dal fornitore di servizi di intermediazione online generino benefici oggettivi, vale a dire se essi comportano un valore aggiunto agli utenti finali, del fatto che i rischi di fenomeni di sfruttamento senza contropartita siano reali e considerevoli e del fatto che il tipo e la portata particolari dell’obbligo di parità siano indispensabili per conseguire i benefici oggettivi [...]. In generale gli obblighi di parità “ristretta” nella vendita al dettaglio hanno maggiori probabilità di soddisfare le condizioni dell’articolo 101, paragrafo 3, del trattato rispetto agli

VII. La distribuzione di autoveicoli

Il Reg. 461/10 (MBVER) – che sarebbe dovuto scadere il 31 maggio 2023, ma la cui validità è stata prorogata, dal Reg. 822/23, di un lustro, per consentire alla Commissione di “tenere conto di eventuali cambiamenti delle condizioni di mercato” – aveva segnato la fine del regime particolaristico per gli accordi primari (tra produttori e distributori) in materia di distribuzione di autoveicoli. La disciplina settoriale permane, invece, per quanto attiene alla distribuzione di pezzi di ricambio e alla prestazione di servizi di riparazione e di manutenzione (c.d. mercato secondario, o *aftermarket*).

VII.1. Un riaccorpamento sofferto

La disciplina introdotta nel 2010 dava corpo a un parziale movimento di ritorno, posto che quella previgente, ossia il Reg. 1400/02 sulle intese verticali stipulate nel settore automobilistico⁵², aveva rimosso il *favor* accordato ai costruttori di autoveicoli dai precedenti regolamenti d'esenzione (Reg. 123/85 e Reg. 1475/95),

obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme. L'approccio eurounitario, pur escludendo che le clausole di parità siano necessarie per assicurare l'operatività del servizio di online hotel booking e, in quanto “restrizioni ancillari”, si sottraggano all'applicazione del divieto [Corte giust. 19 settembre 2024, causa C- 264/23, *Booking.com e Booking.com (Deutschland)*, ECLI:EU:C:2024:764], risulta, in definitiva, più ‘morbido’ di quello adottato da alcuni sistemi nazionali, tra i quali, oltre alla Germania, figura anche l'Italia, dove, con l'art. 1, comma 166, della legge annuale di concorrenza n. 124 del 4 agosto 2017, è stato introdotto il divieto assoluto di clausole di parità di prezzo negli accordi tra piattaforme di prenotazione, Otas, e strutture alberghiere.

⁵² Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in GU L 203 dell'1.8.2002, p. 30-41.

sostituendolo con un trattamento notevolmente più severo e restrittivo di quello riservato alle imprese attive in altri ambiti merceologici. Tale scelta era stata giustificata da una serie di fattori, tra i quali: *a*) l'esigenza di adeguare la disciplina di settore alla nuova filosofia comunitaria in tema di intese verticali; *b*) l'evoluzione registrata, nel comparto automobilistico; e, soprattutto, *c*) la constatazione del mancato raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal precedente regolamento, che non aveva garantito ai consumatori gli effetti benefici derivanti dal processo d'integrazione comunitaria⁵³.

Sin dai suoi albori, peraltro, il Reg. 1400/02 era parso contraddire la deriva liberalizzatrice in campo distributivo, lasciando intravedere vere e proprie distonie sistemiche, rivelatrici di una sorta di vocazione a indirizzare lo sviluppo e le condizioni di concorrenza del settore. Nessuna

⁵³ Relazione sulla valutazione del Reg. 95/1475 sull'applicazione dell'art. 85(3) del Trattato a certe categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e relativo servizio di assistenza alla clientela [COM (2000), 743 definitivo]. Nell'ottica della Commissione, gli elevati differenziali di prezzo tra gli Stati membri, solo in parte giustificati da diversi livelli di tassazione, apparivano il frutto di un livello di concorrenza insufficiente e della compartimentazione del mercato interno, cui il previgente regime non aveva posto rimedio. I comportamenti illeciti attuati, negli anni precedenti la riforma del 2002, da alcuni costruttori – che avevano ostacolato le vendite transfrontaliere, in aperta violazione del dogma dell'integrazione dei mercati nazionali [Commissione 10 ottobre 2001, COMP/36.264, *Mercedes Benz*, parzialmente annullata da Trib. I grado 15 settembre 2005, T-325/01; Commissione 20 settembre 2000, COMP/36.653, *Opel Nederland/General Motor Nederland*; Commissione 28 gennaio 1998, IV/35.733, *Volkswagen*, decisione confermata da Trib. I grado 6 luglio 2000, T-62/98, salva la riduzione dell'importo della sanzione; la sentenza del Trib. I grado è stata confermata da Corte giust. 18 settembre 2003, C-338/00 ECLI:EU:C:2003:473] – avevano acuito la segmentazione del mercato comune, rafforzando la determinazione dell'esecutivo comunitario a rinnovare la disciplina di settore, per promuovere la convergenza dei prezzi nell'Unione.

sorpresa, dunque, che la Commissione si sia indotta a tornare sui suoi passi. In un rapporto valutativo del 2008⁵⁴, essa ha dovuto prendere atto: i) del deludente impatto del regolamento sulla concorrenza *intrabrand*, con tanto di mancato raggiungimento dell'obiettivo d'incoraggiare la diversificazione dei modelli di distribuzione; ii) dell'infruttuosità del tentativo di promuovere la commercializzazione di marche diverse nel medesimo salone d'esposizione, escludendo gli obblighi di non concorrenza dal beneficio dell'esenzione per categoria, al duplice fine di garantire l'accesso dei costruttori al mercato e accrescere l'indipendenza e l'autonomia dei rivenditori; c) degli esiti a tutto concedere modesti delle norme concernenti la tutela contrattuale del distributore/contraente debole. Il rapporto si concludeva col riconoscimento che le disposizioni devianti rispetto al solco della disciplina generale in materia di intese verticali risultavano "eccessivamente rigide, troppo complesse e/o ridondanti", sì che "un approccio più basato sugli effetti e flessibile avrebbe propiziato risultati migliori per i consumatori". Di qui l'auspicio per il riaccorpamento alla disciplina generale sulle intese verticali: che peraltro si è verificato, per quanto riguarda il mercato primario, solo dopo un triennio di transizione, durante il quale la Commissione ha avallato, sia pure a tempo determinato, un pacchetto

di previsioni che si erano dimostrate inefficaci, quando non "*cost inducive*" (si pensi all'implausibile *multi-branding* o ai "punti di vendita addizionali", inutilmente concepiti come mezzi per aprire nuovi mercati e promuovere la concorrenza *intrabrand*).

VII.2. Disciplina settoriale degli *aftermarkets*

Per gli accordi verticali inerenti la distribuzione di pezzi di ricambio e per la fornitura di servizi di riparazione e di manutenzione la nuova disciplina è entrata in vigore dal 1° giugno 2010, "in modo da continuare a garantire un'adeguata tutela della concorrenza sui mercati dei servizi di assistenza post-vendita per autoveicoli" (*considerando* n. 19). In questo settore, infatti, il Reg. 1400/02 aveva conseguito risultati più soddisfacenti, contribuendo a salvaguardare la capacità competitiva degli operatori non appartenenti alle reti ufficiali, mercé l'agevolazione dell'accesso alle informazioni tecniche, alle apparecchiature e ai pezzi di ricambio.

Il Reg. 461/10 ha inteso preservare e, per certi profili, completare il quadro previgente. Gli accordi verticali relativi ai mercati secondari fruiscono di esenzione se:

- I) non contengono una delle restrizioni fondamentali di cui all'art. 5 Reg. 461/10, ossia: a) restrizione delle vendite di ricambi da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a riparatori indipendenti che li usino per riparare o mantenere un autoveicolo; b) restrizione, concordata fra un fornitore di parti di ricambio (e relativa attrezzatura) e un fabbricante di autoveicoli, della possibilità, per il primo, di vendere tali beni o servizi a distributori o riparatori indipendenti o a utilizzatori finali; c) restrizione, concordata tra un

⁵⁴ Un'ulteriore valutazione è stata pubblicata con la *Relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento (UE) n. 461/2010 di esenzione per categoria nel settore automobilistico*, COM/2021/264 final. Vi si legge, a mo' di bilancio di sintesi: "Nel complesso, l'attuale regime MVBER si è dimostrato appropriato e adatto a diverse situazioni. La Commissione non ritiene quindi che siano necessarie modifiche rilevanti alle norme esistenti, ma osserva anche che alcune disposizioni possono richiedere un aggiornamento, in particolare per riflettere l'importanza che probabilmente assumerà l'accesso ai dati come fattore di concorrenza. È possibile, inoltre, che alcuni degli obiettivi specifici dell'attuale regime debbano essere riesaminati alla luce di questa valutazione".

fabbricante che usa componenti nell'assemblaggio degli autoveicoli e il fornitore di dette componenti, della possibilità, per quest'ultimo, di imprimere il proprio marchio o logo sulle parti fornite;

- II) si conformano all'art. 4 del Reg. 330/10 [e 720/22]. Con riguardo alle reti autorizzate di assistenza e riparazione, peraltro, il superamento della soglia del 30% è pressoché inevitabile, posto che, a parere della Commissione, l'*aftermarket* dell'assistenza è tendenzialmente monopolistico perché limitato ai veicoli di una singola marca. A conti fatti, ciò porta alla conclusione, al limite del paradosso, che gli accordi relativi non possono fruire di esenzione per categoria e devono assoggettarsi a procedura individuale⁵⁵.

Ai sensi dell'art. 6 Reg. 461/10 – e sulla falsariga dell'analogia contenuta nell'art. 6 del Reg. 330/10 [e 720/22] –, la Commissione si riserva di dichiarare l'inapplicabilità del regolamento stesso agli accordi verticali a base di reti parallele di restrizioni simili che coprano più del 50% del mercato rilevante.

ROBERTO PARDOLESI

Bibliografia

M. D'Ostuni – M. Beretta, *Il diritto della concorrenza in Italia*, I, Torino, 2024; A. Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, VIII ed., London, 2024; E.M. Fox - D. Gerard, *EU Competition Law: Cases, Text and Context*, II ed., Cheltenham e a., 2023; B. Rohrsen, *VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements*, Springer, 2023; R. Wish - D. Bailey, *Competition Law*, X ed., Oxford, 2021; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, II ed., Milano, 2018; F. Tuytschaever - F. Wijchmans, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, III ed., Oxford, 2018; R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham e a., 2017; I. Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition law*, Paris, 2017; A. Jones – N. Dunne -B. Sufrin, *EU Competition Law*, VIII ed., Oxford, 2023; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; D. Geradin - A. Layne-Farrar - N. Petit, *EC Competition Law and Economics*, Oxford, 2012; C. Garilli, "La disciplina antitrust delle intese verticali: un primo commento al nuovo regolamento di esenzione per categoria (VBER)", *Nuove leggi civili commentate*, 2024, 91; A.C. Witt - P. Chellet - V. Levy - E. Paroche -T. Mäger - R. Van Mastrigt - M. Cole - P.O. Neideck, "The Vertical Block Exemption Regulation", *Concurrences*, 2022, n. 4; G. Bruzzone, "Le intese verticali nella trasformazione digitale: le regole europee del 2022", *Mercato Concorrenza Regole*, 2022, 457; P. Gelato - S. Vergano, "Prime note a margine del Reg. UE 720/2022 e riflessi in materia di distribuzione selettiva", *Diritto industriale*, 2022, 90; P. Manzini, "Le restrizioniverticali della concorrenza nel nuovo VBER", *Diritto del commercio internazionale*, 2022, 555; M. Israel - J. MacLennan - J. Jeram, "Vertical restraints

⁵⁵ Cfr. Commissione 13 settembre 2007, COMP/E - 2-39.140 a 143, *Daimler_Chrysler, Fiat, Toyota, Opel*, nonché *Orientamenti*, cit., § 57.

in an online world: competition authorities get up their enforcement approach in the digital economy”, *Competition Law Journal*, 2019, 17; R.A. Winters, “*Pierre Fabre, Coty and Restrictions on Internet Sales: An Economist’s Perspective*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, 183; Ch. Sagers, “*Coty, Amazon, and the Future of Vertical Restraints: Evolving Distribution Norms on Both Atlantic Shores*”, ssrn, 2018; R. Pardolesi, “*Prodotti di lusso, distribuzione selettiva e piattaforme per l’e-commerce*”, *Foro italiano*, 2018, IV, 11; A. Lubberger, “*Wo steht der selktiver Vertrieb*”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2018, 57; L.K. Kumkar, “*Zur Zulässigkeit pauschaler Plattformverbote im internetvertrieb von Luxuswaren*”, *ibidem*, 119; T. Lambert, “*De la distribution qualitative au commerce électronique ou les tris âges de la distribution selective*”, *La Semaine Juridique*, éd. gen., 2018, 1876; E.Z. Zevgolis, “*Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: legal certainty versus economic theory?*”, *European Competition L. Rev.* 2013 (34), 25; V. H.S. E. Robertson, “*Online sales under the European Commission’s block exemption regulation on vertical agreements*” (part 1), *European Competition L. Rev.*, 2012 (33), 132, e (part 2), *ibid.*, 179; R. Subiotto - C. Dautricourt, “*The Reform of European Distribution Law*”, *World Competition*, 34 (1), 2011, 11; G. Faella, “*Adelante con juicio: limiti e occasioni perse della nuova esenzione per categoria delle intese verticali*”, *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 29; B. Caruso, “*Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l’analisi economica e le modifiche mancate*”, *Concorrenza e mercato*, 2011, 765; R. Sicca, “*Il nuovo regolamento generale di esenzione degli accordi verticali: elementi innovative e interessi in gioco*”, *Concorrenza e mercato*, 2011, 811; M. Brenning-Louko - A. Gurin - L. Peeperkorn - K. Viertiö, “*Vertical Agreements: New Competition*

Rules for the Next Decade”, *Competition Policy Newsletter*, 2010, (2), 14; S.M. Colino, “*Recent changes in the regulation of motor vehicle distribution in Europe – Questioning the logic of sector-specific rules for the car industry*”, *Competition L. Rev.*, 2010 (6), 203; G.M. Pelecanos, “*Europe’s Reform of the Regulatory Framework of Motor Vehicle Distribution*”, *CPI Antitrust J.*, April 2010 (1); I. Lianos, “*New Kids on the Block: Retailer-driven Vertical Practices and the New Regulation of Vertical Restraints in EU Competition Law*”, *The CPI Antitrust Journal*, June 2010 (2); M. Lao, “*Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues*”, *Antitrust Bulletin*, 55 (2), 2010, 473; G.T. Gundlach - J.P. Cannon - K. Manning, “*Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from Marketing Research and Practice*”, *ibidem*, 381; G. Bruzzone – A. Saja, “*Le regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche*”, *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 635; P. Marsden - P. Whelan, “*Selective distribution in the age of online retail*”, *European Competition L. Rev.*, 2010 (31), 26; B.E. Hawk, “*System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*”, *Common Market Law Review*, 32 (4), 1995, 973; L.G. Telser, “*Why should manufacturers want fair trade?*”, *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960, 86.

GLI ACCORDI ALGORITMICI (COLLUSIONE ALGORITMICA)

SOMMARIO: **I.** Introduzione. – **II.** Algoritmi (di prezzo), *big data* e intelligenza artificiale. – **III.** L'uso degli algoritmi di prezzo tra collusione tacita e pratica concordata. – **IV.** Le tipologie di intesa algoritmica. – 4.1. Gli algoritmi quali facilitatori della collusione. – 4.1.1. *Signalling algorithm*. – 4.1.2. *Monitoring algorithms*. – 4.1.3. Effetti concorrenziali conseguenti all'uso degli algoritmi di facilitazione della collusione. – 4.2. La collusione algoritmica tramite terze parti. – 4.2.1. Gli algoritmi operanti in scenari *hub and spoke*. – 4.2.2. Effetti concorrenziali conseguenti all'uso degli algoritmi operanti in scenari *hub and spoke*.

I. Introduzione

La digitalizzazione ha comportato una profonda trasformazione, su scala globale, dello svolgimento delle dinamiche economiche e sociali, con cui anche la disciplina della concorrenza ha dovuto confrontarsi; e lo ha fatto al fine di comprendere se, e in qual modo, il proprio strumentario teorico-normativo fosse in grado di far fronte alle teorie del danno attuate tramite l'uso delle tecnologie emergenti quali, per quanto qui interessa, gli algoritmi¹.

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide, COM(2021)713 def., p. 3 ove si precisa che: «Al momento la Commissione opera una revisione inedita per portata e ambizione degli strumenti della politica della concorrenza per garantire che continuino tutti (concentrazioni, antitrust e controllo degli aiuti di Stato) a rispondere allo scopo per cui esistono. Parallelamente la Commissione intende dotarsi

Gli algoritmi costituiscono l'infrastruttura tecnologica fondamentale dei servizi digitali di uso quotidiano e sono caratterizzati da una pluralità di applicazioni: dall'elaborazione di ricerche online all'offerta di raccomandazioni personalizzate per gli acquisti in base alle preferenze dei consumatori, dalla traduzione automatizzata di testi al filtraggio e moderazione dei contenuti generati dagli utenti sulle piattaforme di *social network*.

Non stupisce che, sotto il profilo concorrenziale, ad essi siano associate numerose esternalità positive, estese oltre i confini dei mercati digitali². Tuttavia, è stato

di nuovi strumenti volti a far fronte alle sfide emergenti nel mercato unico, come ad esempio i gatekeeper digitali o gli effetti distorsivi delle sovvenzioni estere. Questa revisione, associata a un'applicazione rigorosa e costante delle norme in materia di concorrenza, mira a consentire alle imprese dell'UE di guidare la duplice transizione e favorire la resilienza del mercato unico.». V. Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, COM(2023)6789 def. Inoltre, nel gennaio 2024 la Commissione europea ha pubblicato due inviti a presentare contributi sulla concorrenza rispettivamente nei mondi virtuali e sull'intelligenza artificiale, richiedendo informazioni ai principali operatori digitali; tali iniziative sono state concluse con l'adozione del "Competition Policy Brief - Competition in Generative AI and Virtual Worlds" nel settembre 2024. Negli USA, da un lato, sono in corso di approvazione due normative in materia di concorrenza nell'ambito digitale, ossia "American Innovation and Choice Online Act" (H.R. 3816 / S. 2992) e "The Open App Market Act" (H.R. 7030 / S. 2710), rispettivamente nell'ambito della pubblicità online e dei mercati delle App; dall'altro lato, è stato recentemente adottato il cd. *Preventing Algorithmic Collusion Act* (S.3686).

² M. COMUNALE - A. MANERA, *The Economic Impacts and the Regulation of AI: A Review of the Academic Literature and Policy Actions*, International Monetary Fund (IMF) Working Paper No. 2024/65.

messo in luce sul piano internazionale (OECD³, United Nations⁴ e WTO⁵), unionale (Commissione europea⁶) e, infine, nazionale (Autorità garanti della concorrenza sia di Stati membri dell'UE, quali Germania-Francia⁷ e Portogallo⁸, sia di paesi extra-UE, come USA⁹ e UK¹⁰) che il loro impiego potrebbe ingenerare dei rischi in termini di "collusione algoritmica".

Tale fattispecie è riconducibile alla categoria delle intese restrittive della con-

correnza. Pertanto, si configura sotto forma di concertazione – orizzontale o verticale – delle strategie di più imprese ed è volta, attraverso l'uso di algoritmi, all'alterazione illegittima delle dinamiche concorrenziali, in particolare sotto il profilo della fissazione di un prezzo sovra-competitivo di beni e servizi.

Prima di passare all'analisi delle ragioni sottese a detti rischi e delle singole fattispecie di collusioni algoritmiche, vale la pena soffermarsi sul funzionamento di tali algoritmi e sulle loro interazioni con altre tecnologie, ossia i *big data* e l'intelligenza artificiale.

II. Algoritmi (di prezzo), *big data* e intelligenza artificiale

Con "algoritmo" si intende, da un punto di vista generale, una procedura atta a risolvere un problema in un numero finito di passaggi. In tal senso, può intendersi quale algoritmo una semplice funzione matematica.

Quando, invece, riferito alla programmazione informatica, il termine algoritmo assume il significato di insieme di istruzioni, impartite sotto forma di codice di programmazione, attraverso cui un computer può risolvere un problema specifico, trasformando i dati digitali in un determinato risultato, anch'esso di natura digitale¹¹.

³ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Algorithmic Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 296, OECD Publishing, Paris, 2023; *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 206, OECD Publishing, Paris, 2017.

⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Global competition law and policy approaches to digital markets* (UNCTAD/DITC/CLP/2023/7), 2024, pp. 40 ss.

⁵ World Trade Organization (WTO), *Competition policy, trade and the global economy: existing WTO elements, commitments in regional trade agreements, current challenges and issues for reflection*, WTO Staff Working Papers ERSD-2018-12, p. 46.

⁶ European Commission - U.K. Competition and Markets Authority - U.S. Federal Trade Commission, *Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products*, 2024; European Union, *Algorithmic competition – Note by the European Union to the 140th OECD Competition Committee meeting on 14-16 June 2023*, DAF/COMP/WD(2023)17; *Algorithms and Collusion – Note from the European Union to the 127th OECD Competition committee on 21-23 June 2017*, DAF/COMP/WD(2017)12.

⁷ Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, 2019.

⁸ Autoridade da Concorrência, *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms - Issues Paper*, 2019, § 177 ss.

⁹ U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission ("FTC"), *Statement of Interest of the United States U.S. Department of Justice (Case No. 2:23-cv-01391-RSL)*.

¹⁰ U.K. Competition and Markets Authority, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 2021; *Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalised Pricing*, 2018.

¹¹ Ai sensi dell'art. 2, n. 24 Regolamento (UE) 2022/1925 ("Digital Market Act") si intende: «qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva». Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in GUUE L 265 del 12 ottobre 2022, p. 1.

Dalla definizione proposta possono trarsi due considerazioni di ordine metodologico.

In primo luogo, se gli algoritmi possono essere visti come metodi standardizzati per l'elaborazione dei dati digitali, ne deriva che l'esame del loro impatto concorrenziale è strettamente connesso tanto al tipo di dati digitali su cui essi si basano, quanto alla tecnologia impiegata per elaborarli¹². Gli algoritmi possono, dunque, essere compresi da un punto di vista *antitrust* solo in quanto parti interattive, ossia dinamiche, di insiemi più complessi, di cui fanno parte i cd. *big data*¹³, e

¹² U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms*, cit., pp. 14 ss.

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 21 gennaio 2015, Verso una florida economia basata sui dati, COM(2014)442 def., p. 5, definisce i *big data* quali: «grandi quantità di dati di tipo diverso prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti. La gestione di questi dataset ad elevata variabilità e in tempo reale impone il ricorso a nuovi strumenti e metodi, quali ad esempio potenti processori, software e algoritmi.»; v. anche, a livello unionale, Parlamento europeo, Risoluzione del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, 2016/2225(INI); European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014, p. 6; Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2 aprile 2013, WP 203, p. 35, secondo cui i *big data* si riferiscono a: «to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organisations, which are then extensively analysed using computer algorithms». Del tema dei *big data* e i relativi effetti concorrenziali si sono interessate le autorità garanti della concorrenza quali: Autoridade da concorrência, *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms*, cit.; Autorité de la Concurrence, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 2019; Japan Fair Trade Commission, *Competition Policy Research Center Report of Study Group on Data and Competition Policy*, 2017; Federal Trade Commission (FTC), *Big Data. A Tool for Inclusion or*

l'intelligenza artificiale ("IA")¹⁴.

L'espressione "*big data*" descrive un insieme di dati caratterizzato da un volume, una varietà ed una velocità – le cd. 3 "V" (*Volume, Variety, Velocity*)¹⁵ – tali da richiedere l'applicazione di metodi di elaborazione specifici per estrarne valore informativo. Si tratta del processo di *big data analytics*, incentrato sull'utilizzo degli algoritmi, i quali svolgono principalmente una funzione descrittiva o predittiva.

Gli algoritmi descrittivi sono progettati per analizzare i *big data* al fine di individuare schemi ricorrenti (cd. *pattern*).

Al contrario, gli algoritmi predittivi operano correlando i *big data* tra loro, con l'obiettivo di generare nuove informazioni, ossia risultati conoscitivi che, rispetto alla fase iniziale dell'analisi, potevano risultare difficilmente prevedibili o addirittura non ipotizzabili (cd. *correlation insights*).

Gli algoritmi si suddividono, inoltre, in base all'interazione con l'ambiente computazionale circostante. Gli algoritmi di tipo "statico" si caratterizzano per meccanismi di funzionamento predeterminati, che includono la selezione dei dati di input, il loro utilizzo e i risultati attesi; tali

Exclusion? Understanding the Issues, 2016; Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016; Monopolkommission, *Competition policy: The challenge of digital markets*, Special Report No. 68, 2015; U.K. Competition and Markets Authority, *The commercial use of consumer data. Report on the CMA's call for information*, 2015.

¹⁴ Commissione europea, *Artificial Intelligence: Economic Impact, Opportunities, Challenges, Implications for Policy*, Discussion Paper No. 210, 2024; *Living Guidelines on the Responsible Use of Generative AI in Research*, ERA Forum Stakeholders' document, 2024; Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM/2020/65 def.; Parlamento europeo, Risoluzione del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale, 2018/2088(INI);

¹⁵ OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 449.

caratteristiche possono essere modificate esclusivamente tramite interventi diretti sul codice sorgente. A questi si contrappongono gli algoritmi di tipo “dinamico” che, grazie all’impiego di tecniche di IA, sono in grado di adattare autonomamente il proprio comportamento in risposta agli stimoli esterni¹⁶.

L’intelligenza artificiale, favorita dai progressi nella capacità di calcolo, nell’archiviazione e nella velocità di trasmissione dei dati digitali, si è orientata verso la simulazione dei processi cognitivi umani più complessi. Si tratta, in particolare, di processi basati sull’induzione, che permettono a un computer di prendere decisioni in modo autonomo mediante tecniche di apprendimento automatico (*machine learning*) e di apprendimento profondo (*deep learning*).

Attraverso il *machine learning*, gli algoritmi possono eseguire operazioni complesse grazie a un processo di apprendimento autonomo e iterativo basato sull’elaborazione delle esperienze pregresse. Ad esempio, gli algoritmi di ricerca analizzano le interrogazioni (*query*) precedenti degli utenti, ottimizzando progressivamente la pertinenza dei risultati futuri.

Le tecniche algoritmiche di *deep learning* sfruttano reti neurali artificiali avanzate per processare grandi quantità di dati. Questo approccio permette di derivare conoscenze dettagliate su fenomeni complessi, come il riconoscimento di immagini, l’elaborazione del linguaggio naturale o la guida autonoma dei veicoli, emulando i processi cognitivi della mente umana¹⁷.

La seconda considerazione di ordine metodologico riguarda l’ampiezza del signi-

ficato attribuibile al termine algoritmo. Questo, come precisato, non si identifica con un software, un codice sorgente o un linguaggio di programmazione specifico, riferendosi piuttosto a una procedura computazionale standardizzata o sistematizzata. Ne deriva che, sebbene qualsiasi programma informatico possa, in linea di principio, essere basato su uno o più algoritmi, non tutti questi programmi, né i relativi algoritmi, generano necessariamente effetti di natura economica e, quindi, concorrenziale¹⁸.

Sul punto, come si avrà modo di osservare, l’analisi della giurisprudenza e dei provvedimenti adottati dalle Autorità garanti della concorrenza a livello nazionale evidenzia che gli algoritmi di determinazione dinamica dei prezzi sono considerati quelli maggiormente suscettibili di favorire fenomeni collusivi¹⁹.

Secondo la Commissione europea, con “tariffazione dinamica” (anche detta tariffazione in tempo reale) si intende la pratica di «*variare in modo altamente flessibile e rapido il prezzo di un prodotto in risposta alle esigenze del mercato*»²⁰. Ai sensi del combinato

¹⁸ Ne consegue che, nel caso l’utilizzo di un algoritmo non ostacoli una concorrenza effettiva, le norme *antitrust* non possano trovare applicazione, tali attività rilevando tutt’al più sotto i profili del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull’intelligenza artificiale), in GUUE L 2024/1689 del 12 luglio 2024; della normativa sulla protezione dei dati personali; della disciplina a tutela del consumatore; o, ancora, della *costituenda* regolamentazione settoriale.

¹⁹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in GUUE C259 del 21 luglio 2023, p. 1, § 65 ss.

²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione, Orientamenti sull’interpretazione e sull’applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo

¹⁶ Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, cit., pp. 9-13.

¹⁷ V. Commissione europea, *Artificial Intelligence: Economic Impact, Opportunities, Challenges, Implications for Policy*, cit., p. 7; OECD, *Summary of the Technology Foresight Forum 2016, The economic and social implications of Artificial Intelligence summary*, DSTI/CDEP(2016)17.

disposto degli artt. 6, par. 1, lett. d), e 7, par. 4, lett. c) Direttiva 2005/29/CE²¹, gli operatori economici hanno la possibilità di determinare liberamente il prezzo dei loro prodotti, a condizione che forniscano ai consumatori informazioni adeguate in merito al prezzo totale e al modo in cui esso è calcolato.

Gli algoritmi di determinazione dei prezzi (*"pricing algorithm"*) si collocano in questo contesto, essendo progettati per analizzare i dati di mercato e definire il prezzo di beni o servizi, seguendo una logica volta all'ottimizzazione dei profitti delle imprese che se ne serve²².

e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, in GUUE C526 del 29 dicembre 2021, p. 1, § 4.2.8.

²¹ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in GUCE L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22.

²² Gli algoritmi di *pricing* dinamico sono definiti dalla Commissione europea quali: «*software-based system that autonomously determines or adjusts prices (or price elements) on the basis of various dynamic input data such as demand, costs, rivals' prices and forecasts. Initially, algorithms were only used in specific sectors where pricing data were easily available, for instance airlines ticketing. With the development of the digital economy, pricing algorithms have been applied in many sectors and they have been refined and improved via the application of the latest technologies*»; V. European Union, *Algorithmic competition – Note by the European Union to the 140th OECD Competition Committee meeting on 14-16 June 2023*, cit., § 6. Anche il citato «*Preventing Algorithmic Collusion Act*» statunitense definisce, all'art. 2, i cd. «*Pricing algorithm*» quali: «*any computational process, including a computational process derived from machine learning or other artificial intelligence techniques, that processes data to recommend or set a price or commercial term that is in or affecting interstate or foreign commerce*».

A tal fine, i processi decisionali automatizzati possono integrare diverse categorie di dati: quelli storici, come gli ordini effettuati dai clienti e i costi di distribuzione sostenuti; quelli attuali, quali i prezzi praticati dai concorrenti, le offerte promozionali, le scorte disponibili o i costi delle materie prime; e, infine, quelli previsionali, generati attraverso modelli di IA, che simulano le future fluttuazioni della domanda e dell'offerta in un mercato specifico. Tali dati possono essere, altresì, classificati come «diretti», se raccolti direttamente dall'algoritmo (cd. *scraping*) o forniti da terze parti, oppure «indiretti», quando invece ricavati autonomamente dall'algoritmo attraverso l'elaborazione di altre informazioni²³.

Rispetto alle strategie di tariffazione tradizionali, i *pricing algorithm* offrono il vantaggio di eliminare i rischi di errore umano e di processare autonomamente ampi bacini di dati digitali relativi a svariati elementi in grado di influire sul prezzo del bene. Ciò consente alle imprese di rispondere quasi in tempo reale a strategie multiple e simultanee adottate dai concorrenti. Per tale ragione, gli algoritmi costituiscono il motore delle piattaforme online di comparazione dei prezzi e dei cosiddetti *marketplace*, trovando ampia applicazione, in particolare, nell'*e-commerce*²⁴.

Tuttavia, il loro impiego ha registrato una rapida diffusione anche in settori tradizionali, quali i servizi alberghieri²⁵ e il

²³ U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms*, cit., pp. 25 ss.; Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, cit., pp. 31 ss.

²⁴ European Commission, *Commission Staff Working Document accompanying Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, SWD(2017) 154 def., pp. 174 ss.

²⁵ In questo ambito, v. l'indagine conoscitiva avviata dall'Autorità garante della concorrenza del Regno Unito (U.K. Competition and Market Authority, Decisione 10 ottobre 2017, «*Online hotel booking*»), nonché l'istruttoria dell'Autorità Garante

trasporto aereo²⁶, grazie alle significative efficienze che sono in grado di generare anche in mercati tradizionali (“*brick-and-mortar*”)²⁷.

Tali strumenti, infatti, contribuiscono a migliorare l’allocazione delle risorse, prevenendo una domanda inevasa o un eccesso nell’offerta, nonché favorendo la rotazione delle scorte e la riduzione delle spese di stoccaggio.

Essi possono, inoltre, incrementare la trasparenza del mercato, agevolando i consumatori nel confronto dei prezzi di beni e servizi concorrenti, riducendo i costi di ricerca e permettendo decisioni più consapevoli ed economicamente vantaggiose²⁸.

Infine, la crescente diffusione di operatori specializzati nella fornitura di algoritmi specifici riduce le barriere all’ingresso nei mercati, offrendo alle piccole e medie imprese l’opportunità di adottare tali strumenti, anche a costi contenuti, incentivando l’innovazione e rafforzando la dinamica concorrenziale²⁹.

Stante detti effetti positivi degli algoritmi di prezzo sullo svolgimento delle dinamiche concorrenziali, è quindi necessario

della Concorrenza e del Mercato nei confronti di *Booking* (AGCM, Provvedimento 22 marzo 2024, caso A558, “*Booking*”).

²⁶ V. l’indagine conoscitiva avviata dalla AGCM nei confronti del mercato di trasporto aereo italiano. V. AGCM, Provvedimento 19 dicembre 2023 n. 31014, “*1863 - Prezzo biglietti aerei da e per la Sicilia nel periodo natalizio*”.

²⁷ European Union, *Algorithmic competition – Note by the European Union to the 140th OECD Competition Committee meeting on 14-16 June 2023*, cit., § 8; Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, cit., pp. 23 ss; U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms*, cit., § 4.1 ss.

²⁸ European Commission, *Commission Staff Working Document accompanying Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, cit., pp. 147 ss.; OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 18.

²⁹ U.K. Competition and Markets Authority, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, cit., p. 5.

indagare le ragioni per cui alla loro diffusione siano associati rischi di creazione di equilibri pro-collusivi³⁰.

III. L’uso di algoritmi di determinazione del prezzo tra collusione tacita e pratica concordata

Come noto, dal punto di vista del diritto dell’UE, l’art. 101 TFUE vieta le **intese** (v. IL CONCETTO D’INTESA) tra imprese atte a restringere o distorcere la concorrenza nel mercato interno³¹.

Da un punto di vista formale, l’art. 101 non fornisce una definizione esaustiva della nozione di intesa, limitandosi a elencare le tre forme principali in cui essa si concretizza: l’accordo, la decisione di associazione d’imprese, la pratica concordata.

Da un punto di vista sostanziale, tutte e tre le forme di intesa presentano un minimo comune denominatore, ossia una forma di coordinamento tra due o più imprese quantomeno consapevole (cd. “*meeting of minds*” o “*concurrence of wills*”), in conflitto con il principio secondo cui ciascun soggetto economico deve determinare autonomamente il proprio operato sul mercato³².

³⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni - Garante per la Protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, 2020, p. 83; Autoridade da Concorrência, *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms*, cit., § 3.4; U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms*, cit., § 5.1 ss.

³¹ C. giust. Ue 21 febbraio 1973, causa C-6/72, “*Continental Can*”, ECLI:EU:C:1973:22, punto 26; C. giust. Ue 13 febbraio 1979, causa C-85/76, “*Hoffmann-La Roche*”, ECLI:EU:C:1979:36, punto 91.

³² C. giust. Ue 26 ottobre 2000, causa T-41/96, “*Bayer*”, ECLI:EU:T:2000:242, punto 69; C. giust. Ue 14 luglio 1981, “*Bayerische Vereinsbank AG*”, causa 172/80, ECLI:EU:C:1981:178, punti

Per comprendere la *ratio* di tale principio e come determinati algoritmi possano interferire con la sua corretta applicazione pare utile fare riferimento alla disciplina economica, che distingue tra collusione esplicita e tacita³³.

La collusione esplicita si riferisce a coordinamenti anticoncorrenziali che vengono avviati e mantenuti tramite accordi espliciti, siano essi scritti o orali. Diversamente, la collusione tacita è il risultato di politiche di massimizzazione dei profitti attuate da ciascuna impresa in base ad un contegno economico razionale e indipendente rispetto ai propri concorrenti.

Le norme sugli accordi anticoncorrenziali non vietano tali condotte di mercato individuali, anche qualora conducano ad un effetto equivalente a quello risultante da un accordo esplicito³⁴.

Questa scelta di politica antitrust si giustifica per due ragioni principali. La prima è il rischio che vietare la collusione tacita impedisca agli operatori di adattare razionalmente le proprie strategie commerciali ai prezzi dei concorrenti o ad altre condizioni di mercato, come domanda e costi, limitando così la concorrenza stessa e comprimendo i diritti sanciti dagli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³⁵. La

seconda è il ruolo tradizionale del diritto antitrust quale normativa "anti-cartello", ossia diretta a reprimere le forme di collusione esplicita, considerate più dannose per il funzionamento del mercato.

Tuttavia, tra la collusione esplicita, vietata, e quella tacita, consentita, si inserisce una categoria intermedia di condotte. Si tratta delle cosiddette pratiche concordate, che includono strategie collusive attuate dalle imprese in assenza di un accordo esplicito bensì mediante un coordinamento consapevole e finalizzato a limitare i rischi propri della competizione economica³⁶.

Sia la collusione esplicita che la pratica concordata sono fattispecie piuttosto rare, nonostante la prospettiva di maggiori profitti.

Oltre all'effetto deterrente derivante dal divieto di accordi anticoncorrenziali e dalle relative sanzioni, il coordinamento tra imprese presenta complessità di natura "relazionale" tra le stesse imprese o, in alternativa, derivanti da specifici fattori di mercato, che possono comprometterne sia la formazione che la stabilità.

Anche qualora le imprese colluse fossero in grado di individuare un punto di equilibrio collusivo, nondimeno sarebbe necessario che le stesse coordinassero le proprie condotte per attuare la strategia collusiva³⁷. In particolare, il mantenimento dell'intesa potrebbe richiedere frequenti aggiustamenti o rinegoziazioni dei termini dell'accordo, imponendo alle imprese coinvolte l'adozione di strumenti volti a favorire le interazioni e lo scambio

interests and their interdependence with respect to price and output decisions».

³⁶C. giust. Ue 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, "Dole Fresh Fruit Europe", ECLI:EU:C:2015:184, punto 126.

³⁷Bundeskartellamt - Autorité de la Concurrence, *Competition Law and Data*, cit., p. 16; U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalised Pricing*, cit., § 7.29 ss.

13-14; C. giust. Ue 16 dicembre 1975, "Suiker Unie", cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, ECLI:EU:C:1975:174, punti 173-174.

³³OECD, *Algorithmic Competition*, cit., § 3.1.

³⁴C. giust. Ue 26 gennaio 2017, causa C-609/13 P, "Duravit", ECLI:EU:C:2017:46, punto 72.

³⁵C. giust. Ue 20 gennaio 1994, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 e 129/85, "A. Ahlström Osakeyhtiö", ECLI:EU:C:1993:120, punto 71; C. giust. Ue "Suiker Unie", cit., punto 174. Sotto tale profilo, v. U.S. Supreme Court, "Brooke Grp. Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.", 509 U.S. 209, 1993, in cui la Corte Suprema americana ha definito la collusione tacita come un fenomeno «*not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supra-competitive level by recognizing their shared economic*

di informazioni. Un progetto collusivo efficace richiederebbe, altresì, l'implementazione di un sistema di monitoraggio delle potenziali deviazioni dagli obiettivi concordati, accompagnato da meccanismi di ritorsione, quali il ritorno al prezzo competitivo o l'interruzione dei rapporti contrattuali, per sanzionare tali deviazioni, quando rilevate. Se le deviazioni non fossero identificabili e sanzionabili in modo tempestivo, le imprese coinvolte sarebbero incentivate a realizzare condotte opportunistiche di massimizzazione dei propri profitti.

Gli algoritmi di prezzo possono contribuire a risolvere dette criticità.

I meccanismi di comunicazione algoritmica, se criptati, potrebbero occultare le interazioni, rendendo più ardua l'individuazione dell'intesa da parte delle Autorità competenti³⁸.

Inoltre, le tecniche di raccolta massiva dei dati nonché i controlli automatizzati e in tempo reale agevolano il monitoraggio delle reciproche strategie, riducendone i relativi costi.

Infine, gli algoritmi potrebbero applicare automaticamente e in tempo reale misure sanzionatorie verso le imprese che si discostino dai termini pattuiti.

In relazione ai fattori di mercato, la scienza economica e la prassi delle Autorità garanti della concorrenza hanno identificato una serie di elementi strutturali e dinamici potenzialmente idonei a compromettere

la stabilità della collusione³⁹. Tra questi rientrano: il numero elevato di operatori presenti nel mercato, l'entità delle barriere all'ingresso, la frequenza delle interazioni strategiche tra concorrenti, il grado di trasparenza tra le imprese, l'asimmetria informativa nei confronti dei consumatori, il limitato livello di innovazione e l'elevata omogeneità e sostituibilità dei prodotti⁴⁰.

Ad esempio, in mercati caratterizzati da elevata dinamicità e innovazione, dove vengono scambiati beni non fungibili e prevalgono strategie imprenditoriali eterogenee, la realizzazione di pratiche collusive potrebbe risultare particolarmente complessa a causa dell'opacità del mercato.

Gli algoritmi possono influire sui suddetti fattori e semplificare l'implementazione e la conservazione della collusione stessa.

Se l'elevato numero di imprese attive in un determinato mercato può contribuire a ridurre il rischio che si verifichino intese restrittive della concorrenza, l'utilizzo di

³⁹ Decisione della Commissione del 17 febbraio 1992, C92/157, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, § da 35 a 52.

⁴⁰ Relativamente alla capacità degli algoritmi di tenere da conto delle variabili del mercato, può citarsi il caso *Lufthansa* avviato dal Bundeskartellamt che, seppur rientrante nell'alveo dell'abuso di posizione dominante, ha riguardato l'adeguamento degli algoritmi di prezzo alle condizioni di mercato. L'indagine preliminare dell'autorità tedesca ha vagliato l'imposizione della compagnia aerea di prezzi eccessivi ed iniqui con riferimento ai propri biglietti aerei. A tal proposito, il gruppo Lufthansa gestiva un sistema di prenotazione completamente automatizzato e basato su algoritmi. A seguito dell'insolvenza della concorrente Air Berlin, i prezzi dei biglietti offerti dal gruppo Lufthansa erano aumentati, su alcune rotte, del 30%. Il Bundeskartellamt, sebbene avesse escluso che la condotta di Lufthansa costituisse un'illegittima imposizione di un prezzo eccessivo ed iniquo ai sensi dell'art. 102, lett. a) TFUE, ha avviato un'attività di monitoraggio sull'uso degli algoritmi di prezzo esaminando, in particolare, gli effetti sulla determinazione algoritmica del prezzo causati dall'insolvenza di un concorrente o da simili alterazioni della struttura del mercato. Bundeskartellamt, Provvedimento 29 Agosto 2018, B9-175/17, "*Price increase does not justify initiation of abuse proceeding*".

³⁸ V. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni - Garante per la Protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 113, in cui viene messo in evidenza la difficoltà di individuare, in presenza di algoritmi sofisticati in quanto fondati sul *machine learning*, il cd. «ingrediente decisivo per una violazione dell'art. 101 TFUE», ossia lo «scambio di volontà» tra concorrenti finalizzato a concordare e coordinare una determinata pratica commerciale. Sul tema degli algoritmi "black box" v. U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalised Pricing*, cit., § 9.1 ss.

algoritmi, soprattutto se dotati di IA, sono in grado di elaborare una soluzione vantaggiosa per tutti i soggetti coinvolti, in grado di adattarsi alle condizioni di mercato. Queste caratteristiche tendono a favorire la stabilità di accordi collusivi anche in mercati molto frammentati.

Inoltre, l'elaborazione automatizzata di grandi volumi di dati (*big data*) può incrementare la trasparenza del mercato sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda. Sul fronte dell'offerta, una maggiore trasparenza favorisce l'emergere di prezzi pro-collusivi e facilita il monitoraggio delle condotte delle imprese partecipanti. Sul fronte della domanda, la trasparenza può disincentivare i comportamenti opportunistici da parte delle imprese deviate, esponendole a potenziali danni reputazionali. I consumatori, infatti, potrebbero associare tali deviazioni a una minore affidabilità o qualità dei prodotti, in virtù della facilità di confronto con le politiche commerciali delle altre imprese aderenti al coordinamento collusivo⁴¹.

Infine, gli algoritmi possono incidere significativamente sulla strategia collusiva anche in relazione alla differenziazione dei prodotti. In mercati caratterizzati da un'elevata eterogeneità dei beni, con prodotti non sostituibili e politiche di prezzo diversificate, l'individuazione e la sanzionabilità di deviazioni unilaterali risultano più complesse.

Grazie alla loro capacità di elaborare ampi volumi di dati, gli algoritmi possono distinguere con maggiore precisione tra

scostamenti intenzionali dalla strategia collusiva e aggiustamenti legati a variazioni di mercato che non richiederebbero interventi sanzionatori⁴². Inoltre, la rapidità di reazione agli scostamenti consente di ridurre sensibilmente gli incentivi a condotte opportunistiche, rafforzando così la stabilità dell'accordo collusivo⁴³.

Sulla base delle suddette considerazioni, secondo la Commissione europea, la collusione algoritmica relativa a elementi essenziali della concorrenza «*costituisce tipicamente un cartello e quindi una restrizione della concorrenza per oggetto, indipendentemente dalle condizioni di mercato*»⁴⁴.

Nello specifico, la Commissione ha individuato due principi fondamentali relativi all'interpretazione delle intese perpetrate tramite algoritmi di fissazione dei prezzi⁴⁵.

Innanzitutto, le pratiche di determinazioni dei prezzi considerate illegali nell'ambito offline, sono con elevata probabilità ritenute tali anche qualora attuate in contesti online.

Inoltre, le imprese che diano attuazione a pratiche anticoncorrenziali non possono sottrarsi alla responsabilità giuridica invocando l'autonomia degli algoritmi nella fissazione del prezzo sovra-competitivo. Di conseguenza, l'impresa potrebbe essere ritenuta responsabile per le condotte attuate dai propri algoritmi, indipendentemente dal grado di automazione delle decisioni da questi assunte.

⁴² European Commission, *Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, cit., § 608.

⁴³ Ad esempio, il 6 maggio 2010 si è verificato il cd. "Flash crash", ossia il malfunzionamento di un algoritmo utilizzato nell'ambito del mercato finanziario statunitense che ha causato una intensa e rapida fluttuazione di diversi titoli azionari. V. OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 25.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, in GUUE C259 del 21 luglio 2023, p. 1, cit., § 397.

⁴⁵ Idem, § 379.

⁴¹ OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 21 ove si specifica che due importanti caratteristiche strutturali del mercato sono la "market transparency" e la "frequency of interaction", le quali possono rendere le imprese "more prone to collusion". Secondo l'OECD, infatti, «*algorithms are very likely to enhance these two factors for collusion, posing therefore a threat to competition*». Sul punto v. anche Bundeskartellamt - Autorité de la Concurrence, *Competition Law and Data*, cit., p. 14.

Sulla base di tali principi, possono individuarsi tre differenti tipologie di collusioni algoritmiche, ove gli algoritmi operano rispettivamente quali facilitatori della collusione, quali strumento di intermediazione messo a disposizione da un terzo e, infine, quali artefici del disegno collusivo⁴⁶. Relativamente a quest'ultima tipologia, gli algoritmi, attraverso i processi di *machine learning* e di *deep learning*, sarebbero in grado di sviluppare autonomamente strategie collusive di prezzi, senza alcun intervento esterno⁴⁷. Tuttavia, trattandosi, ad oggi, di una fattispecie afferente al mero piano teorico, non sarà oggetto della seguente trattazione.

IV. Le fattispecie di collusione algoritmica

IV.1. Gli algoritmi quali facilitatori della collusione

IV.1.1. *Signalling algorithm*

L'algoritmo di determinazione del prezzo può, anzitutto, atteggiarsi a strumento di facilitazione di un accordo collusivo concluso attraverso pratiche di tipo tradizionale.

In tale scenario, l'algoritmo può essere impiegato, ad esempio, per segnalare intenzioni collusive, tramite annunci unilaterali⁴⁸. Se, come osservato, le comunicazioni

esplicitate tra imprese comportano maggiori rischi di essere rilevate e pertanto sanzionate, nondimeno, anche la segnalazione tramite condotte unilaterali non è priva di costi⁴⁹. Ogniqualvolta un'impresa aumentasse i prezzi per manifestare un'intenzione collusiva, e la maggioranza dei concorrenti non percepisse il segnale o scegliesse deliberatamente di non dargli seguito, l'impresa segnalante rischierebbe di subire una perdita di quote di mercato e di profitti. L'incertezza in questione tende, quindi, a disincentivare la segnalazione di una iniziativa collusiva, in favore di strategie attendiste di avvisi da altri operatori⁵⁰. Inoltre, i consumatori potrebbero approfittare della strategia unilaterale prima che i concorrenti riescano ad adottare uno schema collusivo, rendendo quest'ultima manovra meno conveniente. È questo il caso di un segnale collusivo attuato attraverso una marcata riduzione del prezzo di un prodotto che, se intercettato diffusamente dai consumatori allettati dalla convenienza dell'acquisto prima che i concorrenti lo recepiscono quale messaggio pro-collusivo, esporrebbe l'intera strategia al probabile fallimento.

Gli algoritmi possono attenuare o persino eliminare integralmente i costi associati alla segnalazione, consentendo alle imprese di intraprendere azioni iterative quasi istantanee, non percepibili dai consumatori e,

contenzioso antitrust statunitense *Re High Fructose Corn Syrup*, se un'impresa decide di aumentare i prezzi confidando che i suoi concorrenti facciano altrettanto (la cosiddetta "segnalazione") e tale aspettativa si concretizza, il comportamento dell'impresa segnalante può configurarsi come una proposta di contratto unilaterale, che i concorrenti accettano replicando l'aumento dei prezzi, cfr. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, "Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation Appeal of A & W Bottling Inc. et al.", 295 F3d 651, 2002, p. 2.

⁴⁹ Commissione europea, in GUUE C259 del 21 luglio 2023, p. 1, cit., § 396; OECD, *Big data: Bringing competition policy to the digital era*, cit., p. 22.

⁵⁰ V. Decisione della Commissione del 7 luglio 2016, Caso AT.39850, "Container Shipping", § 37 ss.

⁴⁶ Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, cit., pp. 26 ss.; European Union, *Algorithmic competition – Note by the European Union to the 140th OECD Competition Committee meeting*, cit., p. 13 ss.; U.K. Competition and Market Authority, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, cit., pp. 29 ss.

⁴⁷ OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 8.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, in GUUE C259 del 21 luglio 2023, p. 1, cit., § 397. Come osservato dal giudice Posner nel contesto del

allo stesso, decifrabili dai concorrenti. Ad esempio, le imprese possono predisporre variazioni di prezzo istantanee in periodi di scarsa domanda, prive di effetti sulle vendite, ma che gli algoritmi dei rivali possono interpretare quali segnali collusivi a cui potersi adeguare.

Emblematico, in tal senso, è il caso dell'ntesa instaurata nel settore delle tariffe aeree "Airline Tariff Publishing Company (ATPCO)" negli anni '90⁵¹.

La vicenda ha riguardato le principali compagnie aeree statunitensi le quali sono state accusate dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti (DoJ) di utilizzare una banca dati elettronica contenente informazioni dettagliate sulle tariffe aeree per effettuare ripetuti annunci e rapide variazioni di prezzo, al fine di consentire la collusione. Il DoJ ha rilevato che le compagnie aeree inviavano quotidianamente informazioni sulle proprie tariffe alla ATPCO, il centro di controllo che raccoglieva tutti i dati ricevuti e li condivideva in tempo reale con le agenzie di viaggio, i consumatori e, soprattutto, le compagnie aeree stesse.

Secondo il DoJ, le società coinvolte annunciavano con largo anticipo, tramite i propri "computer reservation system", la data di emissione del primo biglietto e il relativo prezzo. A tali annunci seguivano gli adattamenti di prezzo da parte dei concorrenti, cosicché nel giorno prestabilito tutte le imprese parte della concertazione erano in grado di aumentare contemporaneamente le proprie tariffe.

L'accusa formulata dal DoJ verteva, quindi, sull'esistenza di un meccanismo di scambio rapido di dati per monitorare le tariffe e reagire rapidamente alle variazioni di prezzo che consentiva alle compagnie di colludere, senza comunicazioni

esplicite. Il caso in analisi, sebbene sia stato concluso con un accordo transattivo tra il DoJ e le compagnie aeree interessate, ha dimostrato l'efficacia di un primordiale algoritmo non solo nell'istituire un cartello, bensì anche nel suo mantenimento.

IV.1.2. *Monitoring algorithm*

Il ruolo degli algoritmi quali facilitatori della collusione si sostanzia anche nel monitoraggio delle azioni dei concorrenti. Le forme di controllo possono estendersi dalla raccolta di informazioni sulle strategie commerciali dei concorrenti fino allo *screening* dei dati disponibili per rintracciare eventuali deviazioni e per programmare ritorsioni immediate⁵².

In tale ambito, rientrano i provvedimenti adottati dalla Commissione europea in materia di pratiche anticoncorrenziali nel commercio elettronico. La Commissione, infatti, ha osservato che i produttori di elettronica di consumo Asus⁵³, Denon & Marantz⁵⁴, Philips⁵⁵ e Pioneer⁵⁶ avevano imposto prezzi di rivendita fissi o minimi per i prodotti elettronici di largo consumo come elettrodomestici da cucina, *notebook* e prodotti *hi-fi*, limitando la capacità dei loro rivenditori *online* di fissare la propria

⁵² Le imprese che partecipano ad una collusione dovrebbe aggregare i dati di tutti i concorrenti in un formato facile da usare e aggiornabile regolarmente. Questa pratica è già comune per i siti *web* di comparazione dei prezzi, che ricevono i dati direttamente dalle attività commerciali *online* oppure tramite il *web scraping*, un processo automatizzato per estrarre i dati dai siti internet, utilizzando applicazioni software quali i cd. *bot*. Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 31.

⁵³ Decisione della Commissione del 24 luglio 2018, Caso AT. 40465, "Asus", § 26 ss.

⁵⁴ Decisione della Commissione del 24 luglio 2018, Caso AT. 40469, "Denon & Marantz", § 95.

⁵⁵ Decisione della Commissione del 24 luglio 2018, Caso AT. 40181, "Philips", § 64.

⁵⁶ Decisione della Commissione del 24 luglio 2018, Caso AT. 40182, "Pioneer", § 134 ss.

⁵¹ US District Court for the District of Columbia, "United States v. Airline Tariff Publ'g Co.", 836 F. Supp. 9, 12 (D.D.C. 1993).

strategia di vendita al dettaglio. Nello specifico, detta strategia era stata attuata attraverso l'uso di un "*internal software monitoring tool*", ossia algoritmi di monitoraggio attraverso cui le imprese coinvolte potevano controllare costantemente l'andamento dei prezzi dei suddetti prodotti nella rete della grande distribuzione e, se del caso, intervenire rapidamente in caso di una loro diminuzione.

Gli algoritmi sono stati, quindi, utilizzati per rilevare le deviazioni dal prezzo raccomandato dai produttori. Inoltre, la maggiore frequenza della raccolta dei dati da parte dell'algoritmo ha consentito una ritorsione più pervasiva da parte dei produttori nei confronti dei dettaglianti che non si conformavano ai prezzi raccomandati⁵⁷.

Queste condotte, in ultima analisi, hanno limitato gli incentivi dei rivenditori a discostarsi da tali prezzi – ritenuti quindi imposti e non solo raccomandati – in violazione dell'art. 4, lett. a) del regolamento 330/2010⁵⁸, allora vigente.

Inoltre, il caso in oggetto ha messo in mostra che gli effetti del coordinamento su un prezzo minimo di rivendita nei confronti dei rivenditori collusi possono diffondersi ad altri rivenditori non coinvolti nell'accordo, qualora quest'ultimi utilizzino, a loro volta, algoritmi che

fondino la propria strategia di prezzo su quella determinata dai primi.

Difatti, a livello orizzontale, l'uso degli algoritmi di determinazione dei prezzi era molto diffuso nel settore, al punto che gli interventi verticali, seppur limitati ai rivenditori online disallineati dal prezzo minimo imposto, avevano avuto un impatto più ampio sui prezzi online nel loro complesso.

Queste strategie collusive, secondo la Commissione europea, hanno limitato l'effettiva concorrenza sui prezzi tra i rivenditori, con un effetto immediato sui consumatori e, pertanto, sono stati ritenuti illegittimi ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Si inserisce in questo ambito anche il provvedimento adottato, nel 2019, dall'Autorità della concorrenza del Regno Unito ("CMA") nei confronti della società Casio UK⁵⁹.

Secondo tale Autorità, nel periodo dal 2016 al 2019, Casio UK ha attuato, con i propri rivenditori, una strategia collusiva volta all'implementazione della propria politica di prezzo nell'ambito del mercato dei pianoforti e delle tastiere digitali. Tale condotta è stata perseguita tramite l'uso del software "*Price2Spy*" che ha consentito al produttore il monitoraggio costante dei prezzi di rivendita, a cui seguiva l'intervento ritorsivo verso i distributori risultati difforni dalla strategia commerciale loro non solo raccomandata, bensì imposta.

Secondo quanto rilevato dall'Autorità inglese, con l'introduzione di *Price2Spy* Casio UK ha progressivamente consolidato le proprie tecniche di monitoraggio e applicazione della politica di prezzo, utilizzando sistemi sempre più sofisticati, automatizzati e reattivi, con l'effetto di

⁵⁷ European Commission, *Commission Staff Working Document accompanying Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, cit., § 577.

⁵⁸ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in GUUE L 102 del 23 aprile 2010, p. 1. A tal proposito, la Commissione europea ha precisato che: «[g]li strumenti diretti o indiretti per fissare i prezzi possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare i distributori che praticano riduzioni, come l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi», Commissione europea, Orientamenti sulle restrizioni verticali, in GUUE C130 del 19 maggio 2010, p.1, § 48.

⁵⁹ U.K. Competition and Markets Authority, Decisione 1° Agosto 2019, Caso 50565-2, "*Online resale price maintenance in the digital piano and digital keyboard sector*".

limitare la variabilità dei prezzi di rivendita sul mercato⁶⁰.

IV.1.3. Effetti concorrenziali conseguenti all'uso degli algoritmi di facilitazione della collusione

In linea di principio, le fattispecie di segnalazione e monitoraggio esaminate non sembrano sollevare alcuna specifica difficoltà interpretativa o applicativa dal punto di vista del diritto della concorrenza, posto che l'accordo o la pratica concordata sono preesistenti rispetto all'implementazione dell'algoritmo⁶¹.

In questi casi, l'oggetto principale dell'indagine è la collusione illegittima tra le parti, che "precede" – cronologicamente e logicamente – l'analisi relativa all'uso e al ruolo dell'algoritmo.

È questo accordo preesistente che deve essere valutato e provato ai sensi dell'art. 101 del TFUE per individuare l'infrazione, senza che sia necessario concentrarsi sull'effettivo funzionamento dell'algoritmo.

Tuttavia, anche qualora la violazione sia riscontrabile a prescindere dall'analisi diretta dell'algoritmo, la sua sottoposizione ad uno scrutinio specifico, per esempio nell'agevolazione od occultamento della collusione, può rivelarsi utile per almeno due ragioni.

Innanzitutto, una siffatta analisi può servire a valutare gli effetti di mercato generati dalla collusione. Si è, infatti, osservato che gli algoritmi possono comportare externalità positive nei confronti del mercato o in termini di *consumer welfare*. Pertanto, qualora le imprese coinvolte siano in grado di dimostrare gli incrementi di efficienza

associati alle condotte oggetto di scrutinio antitrust, l'Autorità competente dovrà tenerne conto, in base all'art. 101, par. 3 del TFUE, per valutare se tali vantaggi possono controbilanciare i possibili effetti negativi sulla concorrenza.

A tal proposito può riportarsi il provvedimento adottato dal *Conseil de la concurrence* del Lussemburgo relativamente all'accordo messo in atto da Webtaxi S.à.r.l. per fissare le tariffe dei servizi di prenotazione dei taxi tramite una App, alla quale erano collegati i taxi sia di Webtaxi, sia delle aziende concorrenti, a fronte del pagamento di un canone mensile⁶².

Nello specifico, Webtaxi utilizzava un algoritmo per determinare la tariffa che, fondata su variabili predeterminate (prezzo al chilometro, prelievo, lunghezza del viaggio, condizioni del traffico), era fissa, non negoziabile e vincolante (per il cliente e l'autista)⁶³.

Secondo l'Autorità, l'accordo in questione, sebbene ricadesse nel perimetro del divieto di intese stabilito ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale, poteva godere di un'esenzione individuale per via degli incrementi di efficienza (riduzione delle corse a vuoto, dei tempi di attesa) e dei benefici per i consumatori (riduzione dei prezzi a seguito dell'applicazione dell'algoritmo), non ottenibili in altro modo⁶⁴.

Inoltre, l'esame dell'algoritmo può rilevare a fini probatori. Da un lato, l'algoritmo può ridurre o persino eliminare la necessità di interazioni dirette e reiterate tra le imprese per sostenere pratiche collusive. Dall'altro lato, le autorità garanti della concorrenza fondano solitamente le proprie indagini su tali interazioni o reazioni per accertare l'esistenza e la durata della collusione.

⁶⁰ Idem, § 3.97.

⁶¹ European Union, *Algorithmic competition – Note by the European Union*, cit., § 20 ss.; Monopolkommission, *Algorithm and collusion*, cit., § 185 ss.; OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 29.

⁶² Conseil de la concurrence, Decisione del 7 giugno 2018, caso 2018-FO-01, "Webtaxi".

⁶³ Idem, § 5.2.3.

⁶⁴ Idem, § 7.2.1.

In questo contesto, una comprensione tecnica più approfondita dell'algoritmo e delle sue modalità operative potrebbe risultare determinante nel delineare con maggiore precisione il quadro di una potenziale infrazione.

A tal proposito, nel caso “Trod e GBE”⁶⁵, la CMA ha sanzionato dette imprese per aver implementato un cartello orizzontale volto alla fissazione dei prezzi di poster e cornici dalle stesse commercializzati sulla piattaforma *Amazon Marketplace*, al fine di evitare una competizione al ribasso. Infatti, tra il 2011 e il 2015, poiché l'esecuzione dell'accordo collusivo incontrava alcuni ostacoli, dette imprese hanno adottato un sistema basato su due algoritmi di *repricing*, sviluppati da diversi fornitori, che riducevano i prezzi dei prodotti concorrenti di una determinata percentuale, escludendo automaticamente da tale riduzione i prodotti elencati in un'apposita lista⁶⁶.

Secondo l'Autorità, i software controversi, utilizzati generalmente per agevolare la concorrenza tra venditori online mediante l'adeguamento automatico dei prezzi in risposta a quelli dei concorrenti, sono stati invece configurati per limitare la concorrenza sui prezzi tra le parti e attuare il cartello.

La CMA ha considerato che l'accordo integrasse un'infrazione per oggetto, fondando la propria decisione soprattutto su prove estranee al contesto algoritmico, quale la corrispondenza scambiata tra le parti via e-mail. Tuttavia, le caratteristiche dell'algoritmo si sono rivelate significative per determinare la gravità dell'infrazione nella fase di quantificazione della sanzione. La CMA ha infatti preso in considerazione il ricorso

all'algoritmo di *repricing* automatizzato per infliggere, alle imprese coinvolte, una sanzione più elevata⁶⁷.

IV.2. La collusione algoritmica tramite terze parti

IV.2.1. Gli algoritmi operanti in scenari cd. *hub and spoke*

La collusione attraverso soggetti terzi non rappresenta una novità nel contesto del diritto della concorrenza dell'UE. Sia la Commissione europea⁶⁸ sia la Corte di giustizia⁶⁹ hanno riconosciuto esplicitamente il ruolo di una terza parte nella realizzazione o nel mantenimento di una collusione. Tale condizione può manifestarsi, ad esempio, quando un'impresa promuove attivamente un cartello o omette di segnalare alle autorità competenti comportamenti anticoncorrenziali, contribuendo così a perpetuare l'infrazione in atto.

Nel contesto algoritmico, questa dinamica è spesso riconducibile al cosiddetto scenario “hub and spoke”. In tale configurazione, più concorrenti (*spokes*), senza interagire direttamente tra di loro, realizzano un'intesa collusiva attraverso il ruolo di intermediario ricoperto da un soggetto terzo (*hub*)⁷⁰. In particolare, questa fattispecie può declinarsi in due modalità. Da un lato, l'hub può sviluppare un unico

⁶⁷ Idem, § 6.23.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione in GUUE C259 del 21 luglio 2023, cit., § 55.

⁶⁹ C. giust. Ue 7 febbraio 2013, causa C-68/12, “*Slovenská sporiteľna*” ECLI:EU:C:2013:71; C. giust. Ue 8 luglio 2008, causa T-99/04, “*AC Treuhand*”, ECLI:EU:T:2008:256.

⁷⁰ OECD, *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*, 3-4 December 2019, DAF/COMP(2019)14, p. 5; Autorité de la concurrence - Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, cit., p. 14; U.K. Competition and Markets Authority, *Pricing algorithms*, cit., § 5.35.

⁶⁵ U.K. Competition and Markets Authority, Decisione 30 settembre 2016, caso 50225, “*Online Sales of Posters and Frames decision of 12 August 2016*”. Il caso in questione è stato, altresì, oggetto dell'intervento dell'Autorità statunitense, *United States v. David Topkins* 30 Aprile 2015, (3:15-cr-00201).

⁶⁶ Idem, § 3.62 ss.

algoritmo condiviso, utilizzato dagli *spokes* per uniformare le proprie strategie commerciali. Dall'altro lato, gli *spokes* possono adottare algoritmi diversi, che tuttavia, essendo basati su un codice sorgente comune o su un medesimo set di dati, rispettivamente implementato o elaborato da un medesimo soggetto terzo, conducono ugualmente a un coordinamento collusivo⁷¹.

Questa tipologia di intesa può svilupparsi sia in forma orizzontale, come nel caso in cui la decisione collusiva sia stata assunta da un gruppo di *spoke* concorrenti, sia in forma verticale, qualora l'impresa che costituisce l'*hub* sia integrata verticalmente alle imprese concorrenti coinvolte⁷².

Esemplare, nella prima direzione, è il caso *Eturas UAB and Others*⁷³, caratterizzato dall'uso, da parte di trenta agenzie di viaggio lituane, del sistema di prenotazione online denominato "E-TURAS", sviluppato dall'omonima società. Secondo la ricostruzione operata dall'Autorità garante della concorrenza lituana, la società *Eturas* aveva suggerito una restrizione sulle tariffe di sconto che le agenzie di viaggio avrebbero dovuto offrire ai loro clienti. L'avviso di tale restrizione non era stato veicolato tramite comunicazioni ordinarie, bensì attraverso un apposito software incorpora-

to nel sistema di prenotazione E-TURAS, che lo rendeva conoscibile solo tramite un portale online protetto da *password*. L'Autorità in questione ha, dunque, stabilito che la condotta delle agenzie di viaggio che avevano impiegato il sistema di prenotazione E-TURAS e applicato la relativa tariffa di sconto, senza aver espresso esplicitamente obiezioni in proposito, integrasse un'illegittima concertazione dei prezzi.

Secondo l'autorità, ciò implicava che le imprese coinvolte, presumendo che gli altri utenti del sistema avrebbero rispettato il massimale suggerito dall'*hub*, avessero manifestato indirettamente, attraverso un consenso implicito o tacito, una volontà comune di uniformare il proprio comportamento sul mercato rilevante.

Sulla stessa scorta si pone il provvedimento adottato dal cd. *Office of Gas and Electricity Markets* ("Ofgem"), l'ente britannico di regolamentazione del settore energetico con una competenza concorrente all'Autorità *antitrust* nazionale in tale contesto⁷⁴. L'Ofgem ha, infatti, avviato un procedimento nei confronti di due fornitori di energia, "*Economy Energy*" ed "*E (Gas and Electricity) Ltd*" per aver posto in essere, tramite la terza parte "*Dyball Associates*", un accordo anticoncorrenziale volto alla ripartizione della rispettiva clientela in relazione alla fornitura di gas ed elettricità, in Gran Bretagna. Nello specifico, in conformità dell'accordo collusivo, i due fornitori hanno utilizzato il software messo loro a disposizione da Dyball per condividere le proprie liste dei clienti e bloccare automaticamente l'acquisizione reciproca dei clienti ricompresi in dette liste⁷⁵. Nel caso di specie, l'Autorità ha accertato che Dyball ha partecipato direttamente e consapevolmente

⁷¹ Sul punto l'OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, cit., p. 28, riporta varie verifiche empiriche sull'utilità economica di tali strategie.

⁷² Questo scenario può diventare particolarmente rilevante in relazione alle piattaforme che fungono da piattaforme di transazione per due o più gruppi di utenti e determinano anche i prezzi di queste transazioni. Un esempio attuale è il modello di business di *Uber*, oggetto di recente del caso *United States District Court – Southern District of New York, Meyer v. Kalanick*, No. 1:2015cv09796, Doc. 37, Opinion on Motion to Dismiss. Per un'analisi approfondita del caso e delle sue possibili implicazioni a livello *antitrust*, v. Monopolkommission, *Algorithm and collusion*, cit., § 191-194.

⁷³ Competition Council of the Republic of Lithuania, Decisione 6 luglio 2012, caso nr. 2S-9, "*ETURAS*".

⁷⁴ Office of Gas and Electricity Markets, Decisione 26 luglio 2019, "*Economy Energy, E (Gas and Electricity) and Dyball*".

⁷⁵ Idem, § 5.113 ss.

all'infrazione, in qualità di facilitatore, e ha pertanto sanzionato le tre società coinvolte al pagamento di una sanzione pecuniaria⁷⁶.

Relativamente, invece, allo scenario della collusione verticale, può richiamarsi il caso trattato dall'Autorità spagnola "*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*" che, nel 2019, ha condotto alla sanzione dei principali produttori di tabacco, Philip Morris, Altadis, JT International Iberia, per aver attuato uno scambio di informazioni strategiche grazie all'attività di intermediazione del comune distributore Logista⁷⁷.

Tale distributore, infatti, ha implementato una piattaforma per la condivisione delle informazioni relative alla rete di punti vendita al dettaglio (cd. dati di *sell-in*)⁷⁸. La condivisione in questione, infatti, ha consentito ai produttori di conoscere con precisione, su base giornaliera, l'andamento dei dati di acquisto relativi ad ogni marca e categoria di prodotti, anche con riferimento alle variazioni delle scorte e agli scostamenti di prezzo intervenuti in seguito al lancio di nuovi prodotti. Al fine di consultare detti dati, i produttori di sigarette potevano accedere a un'applicazione informatica fornita da Logista.

Tali pratiche hanno avuto un duplice effetto. Da un lato, hanno consolidato la posizione di Logista come distributore all'ingrosso dominante, con una quota di mercato pari al 99% dal 2008, scoraggiando l'ingresso e l'espansione di concorrenti. Dall'altro lato, hanno ulteriormente ridotto l'incertezza già limitata del mercato delle sigarette, aumentando artificialmente la trasparenza e favorendo così la stabilità delle quote di mercato detenute dai produttori nel settore di riferimento⁷⁹. Per tali motivi, l'Autorità ha ritenuto che la con-

dotta integrasse un'infrazione unica e continuata della normativa nazionale *antitrust* e dell'art. 101 del TFUE, consistente nello scambio di informazioni sensibili relative alle vendite di sigarette dal 2008 fino almeno al 2017. Le imprese responsabili Philip Morris Spain, Altadis, JT International Iberia e Logista sono state quindi condannate al pagamento della sanzione pecuniaria di 57,71 milioni di euro.

IV.2.2. Effetti concorrenziali conseguenti all'uso degli algoritmi operanti in scenari *hub and spoke*

L'analisi dei suddetti casi pone l'accento sul concetto di "consapevolezza" degli *spoke* coinvolti nella condotta collusiva e sulla responsabilità dell'*hub*.

Relativamente al primo aspetto, possono distinguersi due diverse ipotesi, in cui i concorrenti sono rispettivamente consapevoli, o meno, di utilizzare la stessa soluzione algoritmica o algoritmi che, benché differenti, sono tra di loro coordinati.

A tal proposito, la Corte di giustizia, nella causa *VM Remonts*⁸⁰, ha già avuto modo di precisare che un'impresa possa essere ritenuta responsabile di una pratica concordata a causa della condotta anticoncorrenziale di un soggetto terzo dalla stessa ingaggiato, al ricorrere di una tra le seguenti condizioni: (i) il terzo ha agito sotto la direzione o il controllo dell'impresa interessata, condizioni deducibili dall'esistenza di vincoli organizzativi, economici e giuridici specifici, al pari delle relazioni tra le società madri e le loro controllate⁸¹; (ii) l'impresa, seppur consapevole degli obiettivi anticoncorrenziali perseguiti dai suoi concorrenti e dal terzo, ha contribuito al

⁷⁶ Idem, § 8.1.

⁷⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Decisione 10 marzo 2021, S/DC/0607/17, "*Tabacos*".

⁷⁸ Idem, p. 24.

⁷⁹ Idem, pp. 53 ss.

⁸⁰ C. giust. Ue 21 luglio 2016, causa C-542/14, "*VM Remonts*", ECLI:EU:C:2016:578, punti 27 ss.

⁸¹ C. giust. Ue 24 giugno 2015, cause riunite C-293/13 P e C-294/13 P, "*Fresh Del Monte Produce*", ECLI:EU:C:2015:416, punti 75 e 76.

disegno collusivo con il proprio comportamento⁸²; (iii) l'impresa poteva ragionevolmente prevedere gli atti anticoncorrenziali dei suoi concorrenti e del terzo e, tuttavia, ne ha accettato il relativo rischio⁸³.

Nel citato caso *Eturas*, la Corte di giustizia – adita dalla Corte Suprema Amministrativa della Lituania ai sensi dell'art. 267 TFUE – ha precisato che la partecipazione ad una concertazione non possa essere dedotta dalla mera esistenza di una restrizione tecnica attuata in un sistema informatico, dovendo la stessa fondarsi su ulteriori “indizi oggettivi e concordanti”, in grado di dimostrare almeno un tacito accordo all'azione anticoncorrenziale⁸⁴.

Possono ricondursi a detti ulteriori indizi gli accordi contrattuali stipulati tra uno *spoke* e l'*hub*. Ad esempio, l'accordo potrebbe porre un divieto esplicito di utilizzo, da parte dell'*hub*, dei dati forniti dallo *spoke* per scopi diversi da quelli pattuiti, tra cui la divulgazione ad altre imprese; oppure, l'accordo potrebbe prevedere un patto di non concorrenza che limiti la possibilità per il terzo di fornire servizi di consulenza o di sviluppo di software contestualmente all'impresa contraente e ai suoi concorrenti.

⁸² C. giust. Ue 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, “*Anic Partecipazioni*”, ECLI:EU:C:1999:356, punto 87.

⁸³ C. giust. Ue 7 gennaio 2004, cause riunite C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 P, “*Aalborg Portland e a.*”, ECLI:EU:C:2004:6, punti 82 ss.

⁸⁴ C. giust. Ue 21 gennaio 2016, causa C-74/14, “*Eturas UAB*”, ECLI:EU:C:2016:42, punto 45. La Corte Suprema Amministrativa della Lituania ha parzialmente accolto l'appello delle imprese, riducendo le sanzioni inflitte dall'Autorità garante nei confronti tanto delle agenzie di viaggio che erano a conoscenza della restrizione imposta e vi si erano opposte, quanto di quelle per le quali l'Autorità stessa non aveva raccolto prove sufficienti per sostenere che fossero a conoscenza della restrizione imposta nel sistema E-TURAS. V. Corte Suprema Amministrativa della Lituania, causa No A-97-858/2016, *Online booking system*.

Tali elementi, quindi, possono influenzare l'esame sulla prevedibilità, o meno, della condotta attuata dal terzo e, quindi, la consapevolezza dell'impresa stessa.

Anche il modo in cui i dati vengono utilizzati dall'algoritmo può svolgere un ruolo dirimente per siffatto esame. Se, ad esempio, l'algoritmo del terzo si limitasse a facilitare lo scambio di informazioni tra concorrenti, tale condotta potrebbe essere trattata alla stregua di qualsiasi altro scambio di informazioni (offline) tra concorrenti. A tal proposito, anche la condivisione algoritmica di dati pubblici (o di informazioni facilmente accessibili tramite software di *scraping*) può comportare una restrizione della concorrenza, se le modalità dello scambio consentono alle imprese di venire a conoscenza di tali informazioni in modo più semplice, rapido e diretto⁸⁵. Pertanto, potrebbe essere sufficiente che il software fornito dal terzo faciliti la raccolta, l'elaborazione e la valutazione di informazioni disponibili al pubblico per costituire uno scambio di informazioni anticoncorrenziale.

Tuttavia, anche il caso in cui le informazioni non venissero scambiate direttamente tra i concorrenti, bensì esclusivamente utilizzate quali input per la determinazione dei prezzi algoritmici, potrebbe ingenerare problematiche dal punto di vista *antitrust*⁸⁶. Il tipo di dati e le specifiche condizioni di mercato svolgono un ruolo particolare a questo proposito. Infatti, se l'algoritmo si basasse su dati sensibili (relativi, ad esempio, a prezzi, sconti, costi di produzione, quantità di merce venduta, ecc.), attuali e specifici dei concorrenti, ciò potrebbe causare un

⁸⁵ C. giust. Ue 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T- 204/98 e T-207/98, “*Tate & Lyle et al.*”, ECLI:EU:T:2001:185, punto 60; C. giust. Ue 14 marzo 13, causa T-587/08, “*Fresh Del Monte Produce*”, ECLI:EU:T:2013:129, punto 369.

⁸⁶ Bundeskartellamt - Autorité de la concurrence, *Algorithms and Competition*, cit., pp. 33-34.

allineamento dei risultati loro forniti, con conseguente coordinamento delle strategie commerciali.

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità dell'*hub*, con la citata sentenza *AC-Treuhand*, la Corte di giustizia ha già avuto modo di precisare che i facilitatori di un cartello possono essere ritenuti responsabili indipendentemente dal fatto che operino nello stesso mercato in cui si è verificato il comportamento anticoncorrenziale⁸⁷. Inoltre, secondo la Corte, un soggetto terzo che trasmetta informazioni sensibili di natura commerciale può essere ritenuto corresponsabile della violazione se il suo comportamento è volto a contribuire al raggiungimento degli obiettivi anticoncorrenziali delle imprese coinvolte. A tal proposito, la responsabilità del terzo può sussistere nel caso in cui fosse consapevole delle pratiche adottate dalle imprese o fosse in grado di prevederle ragionevolmente, accettandone i rischi⁸⁸.

MARCO GUIDI

Bibliografia

HANSPACH – GALLI, «Collusion by Pricing Algorithms in Competition Law and Economics», in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Centre for a Digital Society - Working Paper No. 6*, 2024; BLOCKX, «Artificially Intelligent Collusion Caught Under EU Competition Law», in *Algorithms, Collusion and Competition Law*, (a cura di) S. Van Uystel, S. Mehra, Y. Uemura, Cheltenham, 2023, p. 55; COGLIANESE - LAI, «Antitrust by Algorithm», in *Stanford Computational Antitrust*, 2022, p. 1; CALZOLARI, «The Misleading Consequences of Comparing Algorithmic and Tacit

Collusion: Tackling Algorithmic Concerted Practices Under Art. 101 TFEU», in *European Papers*, 2021, p. 1193; TULLIO, «Dynamic pricing e tutela della concorrenza», in *Corporate Governance*, 2020, p. 415; CALVANO - CALZOLARI - DENICOLÒ - PASTORELLO, «Artificial intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion», in *American Economic Review*, 2020, p. 3267; STUCKE, «Pricing algorithms & collusion», in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, 2019, p. 1113; GAL, «Algorithms as Illegal Agreements», in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, p. 67; THOMAS, «Harmful Signals: Cartel Prohibition and Oligopoly Theory in the Age of Machine Learning», in *Journal of Competition Law & Economics*, 2019, p. 159; HARRINGTON, «Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Agents», in *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, pp. 331; SCHWALBE, «Algorithms, Machine Learning, and Collusion», in *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, p. 568; COLOMBO, «Virtual Competition: Human Liability Vis-a-Vis Artificial Intelligence's Anticompetitive Behaviours», in *European Competition & Regulatory Law Review*, 2018, p. 11; CALZOLARI, «La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE», in *Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 219; HARRINGTON, «Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Agents», in *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, pp. 331; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; EZRACHI - STUCKE, «Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures», in *OECD Roundtable on Algorithms and Collusion*, 2017; NUNZIANTE, «Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali», in *Law and Media Working Paper Series n. 6*, 2017, p. 1; DI PORTO,

⁸⁷ C. giust. Ue «*AC Treuhand*», cit., punto 36.

⁸⁸ Idem, punti 37 ss.

«La rivoluzione dei big data», in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 5; M. STUCKE – A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; MEHRA, «Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms», in *Minnesota Law*

Review, 2016, p. 1322; STUCKE - EZRACHI, «Artificial intelligence and collusion: when computers inhibit competition», in *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267*, 2015, p. 1.

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Posizione dominante. – II.1. Definizione. – II.2. Accertamento della posizione dominante. – II.3. Posizione dominante collettiva. – **III.** Parte sostanziale del mercato comune. – **IV.** Nozione di abuso. – **V.** Giustificazioni oggettive ed efficienza. – **VI.** Tipologie di abuso. – VI.1. Rifiuto di contrarre e restrizioni all'accesso. – VI.2. *Margin squeeze*. – VI.3. Prezzi predatori. – VI.4. Rapporti di esclusiva e sconti condizionati. – VI.5. Pratiche leganti. – VI.6. *Self-preferencing*. – VI.7. Abusi di sfruttamento: prezzi e condizioni non equi. – VI.8. La discriminazione. – VI.9. Altre tipologie di abuso.

I. Introduzione

Nelle regole di concorrenza del TFUE, la disciplina del comportamento unilaterale di impresa è costituita dal divieto di abuso di posizione dominante. L'art. 102 TFUE dispone che «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». La prescrizione è accompagnata da un elenco esemplificativo di comportamenti che possono costituire pratiche abusive: *a)* imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque; *b)* limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; *c)* applicare nei rapporti commerciali

con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale; *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.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE richiede la verifica di tre condizioni: la posizione dominante (che non è vietata in quanto tale), una condotta abusiva, il pregiudizio al commercio tra Stati membri.

L'art. 3 l. 287/1990 che disciplina l'abuso di posizione dominante «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» segue sostanzialmente la stessa formulazione, salvo che per l'irrelevanza, nel caso del diritto nazionale, del requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri.

La nozione di pregiudizio al commercio, rilevante anche per l'applicazione dell'art. 101, è stata interpretata in modo ampio dalla giurisprudenza. In particolare, in *Commercial Solvents* la Corte di giustizia ha indicato che comportano un pregiudizio al commercio anche le condotte che pregiudicano il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato comune¹. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la condotta determini o sia idonea a determinare l'esclusione di un concorrente dal mercato europeo o dal mercato

¹ C. giust. Ue, 6 marzo 1974, cause riunite C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation c. Commissione - "Commercial Solvents"*, EU:C:1974:18, punti 31 e 32.

di uno Stato membro. Nelle Linee direttrici della Commissione europea sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato² sono indicate alcune modalità attraverso le quali può verificarsi il pregiudizio al commercio in relazione alle diverse tipologie di condotta abusiva dell'impresa in posizione dominante.

II. Posizione dominante

II.1. Definizione

La verifica della posizione dominante è un presupposto necessario per l'applicazione della disciplina dell'abuso.

Nella sentenza *United Brands* la Corte di giustizia ha definito la posizione dominante come «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi dei consumatori»³.

Nel linguaggio economico, questa nozione viene abitualmente tradotta in termini di potere di mercato, ossia di capacità dell'impresa di applicare in maniera profittevole prezzi superiori (o condizioni qualitative inferiori) a quelli che prevarrebbero in situazione di concorrenza: una posizione dominante è una situazione di sostanziale e durevole potere di mercato.

Nella sentenza *Hoffmann - La Roche* la Corte di giustizia ha chiarito che la posizione dominante non coincide con il monopolio: essa può sussistere infatti anche in presenza di una qualche forma di concorrenza residua⁴.

II.2. Accertamento della posizione dominante

Affinché vi sia una posizione dominante occorre che i vincoli derivanti dall'esistenza di concorrenti, attuali e potenziali, e dalla forza negoziale dei clienti siano insufficienti a disciplinare i comportamenti dell'impresa, in modo da escludere un significativo e durevole potere di mercato.

Tipicamente, l'accertamento della posizione dominante richiede una preliminare definizione del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico e geografico in cui le imprese sono in concorrenza tra loro. Il mercato del prodotto e geografico può essere visto come il più piccolo gruppo di prodotti e la più piccola area geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, una consistente restrizione della concorrenza in funzione dell'oggetto o dell'effetto della pratica considerata⁵.

In particolare, la definizione del mercato è funzionale a tenere conto del vincolo esercitato sull'impresa dalla possibilità per gli acquirenti di rivolgersi ad altri fornitori per soddisfare le loro esigenze (sostituibilità dal lato della domanda).

⁴ C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann - La Roche & Co. AG c. Commissione* - "Hoffmann - La Roche", EU:C:1979:36, punto 39.

⁵ App. Milano 18 gennaio 2006, in *Massima redazionale*, 2006; C. giust. Ue, 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione* - "Continental Can", EU:C:1973:22, punto 32; C. giust. Ue, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) e a. - "Generics UK"*, EU:C:2020:52, punti 127-128.

² Comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. C-101, 27 aprile 2004.

³ C. giust. Ue, 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione* - "United Brands", EU:C:1978:22, punto 65.

Nella definizione del mercato rilevante occorre tenere conto di una pluralità di fattori tra cui la funzione d'uso, le caratteristiche e i prezzi dei prodotti, le preferenze dei clienti, la loro disponibilità a spostarsi, il grado di deperibilità del prodotto e i costi di trasporto in relazione al prezzo. Nel mercato rilevante sono incluse anche le imprese che a fronte di una piccola ma significativa e durevole variazione dei prezzi del prodotto sarebbero in grado e troverebbero conveniente convertire rapidamente alla produzione di quest'ultimo parte della propria capacità produttiva (sostituibilità dal lato dell'offerta). Errori nell'individuazione del mercato rilevante possono portare a una scorretta valutazione delle pressioni concorrenziali a cui è sottoposta l'impresa. Dopo la sentenza *Continental Can* del 1973⁶, in cui la Corte di giustizia aveva contestato l'inadeguata definizione del mercato rilevante, nel 2018 con la sentenza *Servier* il Tribunale ha nuovamente annullato una decisione della Commissione di accertamento di una violazione dell'art. 102 per una serie di carenze nell'analisi del mercato rilevante (identificato in quel caso come limitato alla sola molecola del *perindopril*)⁷. La Comunicazione sui principi e la metodologia utilizzati dalla Commissione europea per l'individuazione e l'analisi del mercato rilevante nell'ambito dei procedimenti antitrust, inclusi i casi di abuso di posizione dominante, è stata aggiornata nel 2024 alla luce della prassi applicativa e della giurisprudenza⁸.

⁶ C. giust. Ue, 21 febbraio 1973, "Continental Can", punti 32-37.

⁷ Trib. Ue, 12 dicembre 2018, causa T-691/14, *Servier SAS, Servier Laboratories Ltd. e Les Laboratoires Servier SAS c. Commissione* – "Servier", EU:T:2018:922, punti 1587-1592. Cfr. anche C. giust. Ue, 30 gennaio 2020, "Generics UK", cit., punto 140.

⁸ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, in G.U.U.E. C-1645, 22 febbraio 2024.

Una volta individuato il mercato rilevante, occorre per prima cosa analizzare se la disciplina derivante dalla concorrenza effettiva sia sufficiente a escludere la sussistenza della posizione dominante. Rileva, a questo fine, l'analisi della posizione di mercato dell'impresa rispetto a quella dei suoi concorrenti⁹.

Più elevata è la quota di mercato dell'impresa in relazione a quella dei concorrenti, maggiori sono le probabilità che essa possa esercitare un significativo potere di mercato. Nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, a fronte di quote di mercato tra il 72% e l'87%, la Corte di giustizia ha sostanzialmente invertito l'onere della prova riguardo alla sussistenza della posizione dominante: «benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante»¹⁰. Nella sentenza *Akzo*, la Corte di giustizia ha ritenuto che una quota di mercato del 50% costituisca un serio indizio della sussistenza di una posizione dominante¹¹.

⁹ C. giust. Ue, 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione* – "Michelin I", EU:C:1983:313, punti 29-52.

¹⁰ C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffman - La Roche", cit., punto 41; cfr. anche il caso *Tetra Pak*, dove la quota di mercato era intorno al 90%: C. giust. Ue, 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione* – "Tetra Pak II", EU:C:1996:436.

¹¹ C. giust. Ue, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione* – "Akzo", EU:C:1991:286, punto 60; cfr. anche Trib. Ue, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione* – "France Télécom", EU:T:2007:22, punti 99-100; Trib. Ue, 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay SA c. Commissione* – "Solvay", EU:T:2009:519, punti 277-279; Trib. Ue, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione* – "AstraZeneca", EU:T:2010:266, punti 242-254.

Oggi la dottrina economica riconosce che la quota di mercato, per quanto elevata, non costituisce mai l'unico indicatore di cui tenere conto nel valutare la sussistenza della posizione dominante. Anche in presenza di una quota di mercato superiore al 50% è possibile provare che non sussiste una posizione dominante mostrando che sussistono vincoli concorrenziali sufficienti a impedire l'esercizio di un significativo potere di mercato da parte dell'impresa.

Affinché vi sia una posizione dominante, occorre che la quota di mercato sia stabile, e non solo temporanea¹². Il rilievo della quota di mercato come segnale di dominanza può essere scarso, ad esempio, nel mercato di un prodotto innovativo. La quota di mercato non fornisce, inoltre, informazioni rilevanti sul potere di mercato nei cosiddetti *bidding markets* in cui le imprese competono tra loro per l'intera quota di mercato all'inizio del periodo. Una significativa riduzione della quota di mercato dell'impresa in pochi anni, a fronte dell'aumento delle quote di mercato dei concorrenti, può essere un indicatore dell'assenza di una posizione dominante¹³.

Quote di mercato relativamente ridotte possono essere considerate un indicatore utile a escludere una posizione dominante o almeno a ritenerla improbabile. Né la Commissione né tantomeno la giurisprudenza, comunque, associano a specifiche soglie una presunzione assoluta di assenza di posizione dominante. In linea teorica, anche una quota del 40% o inferiore potrebbe essere accompagnata da un significativo potere di mercato in presenza di particolari ostacoli alla capacità dei concorrenti, inclusi i concorrenti potenziali, di espandersi e disciplinare in

modo efficace il comportamento dell'impresa in posizione dominante.

Se un'impresa non ha la quota di mercato più elevata all'interno di un determinato mercato rilevante, si può escludere che essa disponga individualmente di una posizione dominante in tale mercato¹⁴.

Anche qualora l'impresa detenga una quota di mercato elevata, l'esercizio di un significativo e durevole potere di mercato può essere precluso dalla concorrenza potenziale. Occorre valutare, a tal fine, se vi sia una realistica possibilità di un ingresso sul mercato di nuovi concorrenti (o dell'espansione di imprese già operanti) che sia sufficientemente tempestivo e su scala tale da disciplinare l'impresa. L'efficacia della concorrenza potenziale come fattore disciplinante dei comportamenti d'impresa può risultare ridotta se vi sono barriere di natura regolamentare, tecnica o economica (associate ad esempio alla necessità di sopportare costi irrecuperabili per operare nel mercato) tali da impedire o ritardare l'ingresso o lo sviluppo dei concorrenti¹⁵. Fattori quali la disponibilità di marchi affermati o di diritti di proprietà intellettuale, una struttura produttiva verticalmente integrata che includa ad esempio anche una rete distributiva, il controllo di un'infrastruttura essenziale, l'ampiezza della gamma di prodotti offerti o l'esistenza di effetti di rete non conferiscono di per sé una posizione dominante, ma possono contribuire alla sua esistenza nella misura in cui determinino significativi ostacoli all'entrata o all'espansione dei concorrenti.

Il potere negoziale degli acquirenti può costituire in taluni casi un fattore rilevante nell'analisi della posizione dominante. Occorre verificare se l'importanza

¹⁴ App. Milano, 16 gennaio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 583.

¹⁵ C. giust. Ue, 14 febbraio 1978, "United Brands", cit., punto 122; Trib. Ue, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione* – "Van den Bergh Foods", EU:T:2003:281.

¹² C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41.

¹³ App. Roma 28 febbraio 2000, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, vol. 9, p. 902.

commerciale dei clienti dell'impresa, la loro capacità di passare a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi nel mercato e di integrarsi a livello verticale o anche solo di minacciare in modo credibile di agire in tal senso siano sufficienti a disciplinare i comportamenti di mercato dell'impresa in modo da escludere una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella maggior parte dei casi di abuso la posizione dominante è dal lato dell'offerta, ossia riguarda il fornitore di un prodotto; può esservi tuttavia una posizione dominante anche dal lato della domanda, ossia in capo all'acquirente di un prodotto. Questa possibilità è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 102 TFUE, che indica tra i comportamenti abusivi vietati l'imposizione di prezzi "d'acquisto" non equi. Per accertare che vi sia una posizione dominante dal lato della domanda occorre identificare il mercato rilevante dal lato degli acquisti (quali siano i possibili sbocchi per un dato prodotto e quindi quale sia la più piccola area merceologica e geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, un abuso da parte di un acquirente); bisogna quindi valutare le condizioni di concorrenza effettiva e potenziale su questo mercato, nonché il possibile effetto disciplinante derivante dalla forza negoziale dei fornitori.

Un'impresa può detenere una posizione dominante solo in alcuni dei mercati in cui opera; può inoltre essere dominante come fornitore ma non come acquirente, o viceversa.

L'abuso può riguardare anche un mercato diverso da quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante; affinché si configuri un comportamento vietato bisogna però che vi sia un nesso tra la posizione dominante e il presunto comportamento anticoncorrenziale. Ciò può avvenire ad esempio se un'impresa dominante in un

dato mercato geografico pone in essere in altri mercati geografici comportamenti volti a ostacolare l'esportazione del prodotto nel mercato in cui è dominante, per preservare la propria posizione in tale mercato. In *British Gypsum*, è stato considerato un abuso da parte dell'impresa assicurare in un mercato contiguo a quello in cui detiene la posizione dominante un trattamento preferenziale ai clienti che si impegnano a restarle fedeli nel mercato in cui è dominante, così da proteggere la propria posizione in quel mercato¹⁶. A partire da *Tetrapak II*, la Corte di giustizia ha chiarito che in circostanze particolari è possibile anche un abuso in un mercato del prodotto diverso da quello in cui è detenuta la posizione dominante, volto a restringere la concorrenza nel mercato non dominato. Nel caso di specie, che riguardava presunte pratiche leganti e prezzi predatori, si è ritenuto che le circostanze eccezionali fossero presenti perché Tetra Pak aveva comunque una posizione di preminenza anche nel mercato non dominato, questo era contiguo al mercato dominato e la maggior parte dei clienti di Tetra Pak acquistava prodotti in entrambi i mercati¹⁷.

La giurisprudenza ha sottolineato che la posizione dominante deve essere valutata autonomamente nei singoli casi: l'accertamento di una posizione dominante

¹⁶ C. giust. Ue, 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd c. Commissione*, EU:C:1995:101.

¹⁷ C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punti 27-31; cfr. anche C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB* - "TeliaSonera", EU:C:2011:83, punti 85-89; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a. - "SEN"*, EU:C:2022:379, punto 76; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company* - "Superleague", EU:C:2023:1011, punto 129; C. giust. Ue, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google e Alphabet/ Commissione (Google Shopping)* - "Google Shopping", EU:C:2024:726, punto 165.

in un caso specifico non può essere automaticamente utilizzato per l'applicazione della normativa in un caso successivo¹⁸. Questo approccio si applica anche nei mercati liberalizzati, caratterizzati in precedenza da una situazione di monopolio a norma di legge: la sussistenza della posizione dominante dell'ex monopolista va valutata alla luce delle nuove condizioni del mercato¹⁹.

Un'impresa può essere considerata in posizione dominante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'abuso in corrispondenza a vari livelli di potere di mercato, sino al limite estremo di una permanente situazione di monopolio. Nel caso *Compagnie Maritimes Belges*, relativo ai comportamenti di prezzo di una conferenza marittima con una quota di mercato superiore al 90%, la Corte di giustizia ha accettato la qualificazione di pratica abusiva in relazione all'applicazione selettiva di prezzi bassi ma comunque superiori ai costi, che in genere non sarebbe considerata un abuso²⁰. Più in generale, nei casi in cui l'impresa gode di una posizione dominante che si avvicina al monopolio (cd. superdominanza) la giurisprudenza ha in alcuni casi mostrato disponibilità ad accettare un'analisi troncata dei possibili effetti anticoncorrenziali del comportamento dell'impresa, senza pregiudicare la possibilità per quest'ultima di mostrare l'assenza di tali effetti²¹. In pronunce successive la Corte ha chiarito che in generale il grado di potere di mercato dell'impresa

dominante è rilevante per la valutazione degli effetti della condotta, piuttosto che ai fini della qualificazione di un determinato comportamento come abusivo²².

II.3. Posizione dominante collettiva

Oltre che all'abuso da parte di una singola impresa, l'art. 102 fa riferimento all'abuso da parte di «più imprese» di una posizione dominante. Nella sentenza *Vetro piano*, il Tribunale ha chiarito che la nozione di posizione dominante collettiva è distinta da quella di accordo o pratica concordata ai sensi dell'art. 101, e deve essere dimostrata autonomamente²³. In particolare, per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che «due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che per tale motivo esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato»²⁴. I giudici europei hanno per la prima volta ritenuto sufficientemente provata la sussistenza di una posizione dominante collettiva nel caso della conferenza marittima *Cewal*, in quanto oltre agli accordi tra le compagnie marittime costitutivi della conferenza *Cewal* (esentati ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE), esistevano tra le compagnie legami tali da fare adottare loro una linea d'azione comune sul mercato. La conferenza operava in concreto come una singola impresa e prendeva decisioni unilaterali in autonomia rispetto alle imprese aderenti²⁵. Nella pronuncia che

¹⁸ Trib. Ue, 22 marzo 2000, cause riunite T-125 e 127/97, *The Coca-Cola Company e Coca-Cola Enterprises Inc. c. Commissione*, EU:T:2000:84, punti 81-82.

¹⁹ Trib. Milano 5 dicembre 2005, in *Dir. ind.*, 2006, vol. 5, p. 447.

²⁰ C. giust. Ue, 16 marzo 2000, cause riunite C-395-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA e a. c. Commissione* - "Compagnie Maritimes Belges", EU:C:2000:132.

²¹ C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

²² C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 78-82; C. giust. Ue, 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra e a. / Commissione* - "Tomra", EU:C:2012:22, punto 39.

²³ Trib. Ue, 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77-78/89, *Società italiana vetro SpA e a. c. Commissione* - "Vetro piano", EU:T:1992:38, punto 360.

²⁴ *Ibidem*, punto 358.

²⁵ Trib. Ue, 8 ottobre 1996, cause riunite T-24-25-26, 28/93, *Compagnie maritimes belges transports SA e Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S*,

ha respinto il ricorso contro la decisione del Tribunale, la Corte di giustizia ha confermato che la posizione dominante collettiva richiede che le imprese si presentino sul mercato come un singolo soggetto; l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile; l'accertamento della posizione dominante potrebbe infatti «risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi»²⁶. Sia nel controllo delle concentrazioni²⁷, sia con riferimento all'abuso di posizione dominante²⁸, la giurisprudenza ha indicato che, in assenza di legami strutturali, per dimostrare una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che vi sono le condizioni di un oligopolio collusivo: *a)* il mercato deve essere sufficientemente trasparente da consentire alle imprese di monitorare eventuali comportamenti devianti; *b)* il sistema deve essere reso stabile da una credibile minaccia di punizioni in caso di deviazione; *c)* fattori esterni, tra cui in particolare la reazione dei concorrenti attuali o potenziali e degli acquirenti non devono essere in grado di pregiudicare i risultati dell'equilibrio collusivo.

III. Parte sostanziale del mercato comune

L'art. 102 TFUE si applica quando la posizione dominante riguarda il mercato comune o una sua parte rilevante. La *ratio*

sembra quella di escludere dall'ambito di applicazione le ipotesi in cui il mercato interessato può essere considerato «di importanza minore» dal punto di vista dell'interesse dell'Unione.

Nella sentenza *Suiker Unie* la Corte di Giustizia ha indicato che, nel compiere tale valutazione, è necessario «prendere in considerazione, fra l'altro, la struttura e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti»²⁹. Non si tratta quindi di considerare solo le dimensioni geografiche e della popolazione coinvolta, ma anche il rilievo del mercato dal punto di vista della produzione e del consumo. La giurisprudenza ha ritenuto che anche mercati corrispondenti a una parte del territorio di uno Stato membro potessero costituire «una parte rilevante» del mercato comune³⁰; persino singoli porti o aeroporti possono essere considerati tali quando hanno un particolare rilievo commerciale³¹. Può costituire una parte rilevante del mercato comune anche una pluralità di piccoli mercati locali distinti, contigui³² o non contigui³³.

²⁹ C. giust. Ue, 16 dicembre 1975, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione – "Suiker Unie"*, EU:C:1975:174, punto 371.

³⁰ C. giust. Ue, 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, EU:C:2001:577, punto 38.

³¹ C. giust. Ue, 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto Genova c. Siderrurgica Gabrielli SpA*, EU:C:1991:464, punto 15; C. giust. Ue, 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, EU:C:2001:189.

³² C. giust. Ue, 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, EU:C:1994:368, punto 17.

³³ C. giust. Ue, 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées – "Bodson"*, EU:C:1988:225.

Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione, EU:T:1996:139, punto 67.

²⁶ C. giust. Ue, 16 marzo 2000, "Compagnie Maritime Belge", cit., punto 45.

²⁷ Trib. Ue, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione – "Airtours"*, EU:T:2002:146, punto 62.

²⁸ Trib. Ue, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, EU:T:2005:22, punto 111.

IV. Nozione di abuso

Il presupposto logico della disciplina contenuta nell'art. 102 TFUE è che la posizione dominante genera una "speciale responsabilità" dell'impresa per il corretto funzionamento del mercato³⁴; è per questo motivo che determinati comportamenti sono vietati se posti in essere da imprese dominanti e sono considerati leciti se posti in essere da imprese che non sono tali. La nozione di "speciale responsabilità" non aiuta però, in quanto tale, a distinguere i comportamenti legittimi dagli abusi.

La giurisprudenza ha presto indicato che il divieto dell'abuso di posizione dominante non riguarda soltanto i comportamenti con cui l'impresa sfrutta il proprio potere di mercato nei confronti delle controparti commerciali (cd. abusi di sfruttamento), ma anche i comportamenti nei confronti dei concorrenti (cd. abusi escludenti). In particolare, nella sentenza *Continental Can* la Corte di giustizia ha indicato che l'art. 102 «non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva»³⁵. Di fatto, i casi di applicazione dell'art. 102 TFUE da parte della Commissione europea hanno riguardato prevalentemente abusi a carattere escludente.

Un'altra caratteristica della disciplina che è stata chiara fin dall'inizio è il carattere oggettivo del concetto di abuso³⁶. La dimensione soggettiva, e in particolare il carattere intenzionale o meno, della condotta non rileva di per sé per la qualificazione della condotta come abuso, anche se

tale circostanza di fatto può essere tenuta in considerazione come indizio della natura e degli obiettivi perseguiti dalla strategia dell'impresa dominante, nonché rilevare in una fase successiva ai fini della determinazione della sanzione³⁷.

Nei primi quarant'anni di applicazione della disposizione del Trattato i casi di abuso di posizione dominante esaminati dalla Commissione europea e le pronunce in materia della Corte di giustizia, anche in via pregiudiziale, non sono stati particolarmente numerosi, mentre a partire dagli anni 2000 si è registrata un'intensificazione, anche in relazione ai casi relativi al contesto digitale.

I criteri applicativi dell'art. 102, anche in ragione della formulazione della norma che non specifica cosa si intenda per abuso, hanno generato un ampio dibattito. Del resto, il tema della disciplina della condotta unilaterale delle imprese è uno dei più delicati del diritto della concorrenza, in tutti gli ordinamenti³⁸.

Nella disciplina dell'abuso di sfruttamento, in particolare, il rischio è quello di una deriva verso una generalizzata regolazione dei mercati. Nella disciplina dei comportamenti escludenti, invece, la difficoltà è distinguere tra i comportamenti (anche aggressivi) dell'impresa dominante che fanno parte del normale processo concorrenziale e i comportamenti volti ad escludere i concorrenti in modo abusivo, che sono oggetto del divieto.

³⁷ C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punti 61-64; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations* – "Unilever", EU:C:2023:33, punto 45.

³⁸ Cfr. ad es. OCSE, *Guidance to Business on Monopolisation and Abuse of Dominance*, OECD Policy Roundtable, 2007; ICN, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power and State-Created Monopolies*, 2007. Cfr. anche P. AKMAN - O. BROOK - K. STYLIANOU (eds.), *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Cheltenham, 2023.

³⁴ C. giust. Ue, 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 57.

³⁵ C. giust. Ue, 21 febbraio 1973, "Continental Can", cit. punto 26.

³⁶ C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91; C. giust. Ue, 3 luglio 1991, "Akzo", punto 69.

Con riferimento agli abusi escludenti, la giurisprudenza riconosce che all'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, e ha da tempo tradotto il problema in termini di condotte che deviano dalla "concorrenza normale" (o "concorrenza nel merito"). Nella sentenza *Hoffman-La Roche*, la Corte ha indicato che la nozione di abuso riguarda "il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"³⁹. Nella giurisprudenza recente viene ribadito che l'art. 102, attraverso il divieto di comportamenti escludenti, mira a sanzionare le pratiche che danneggiano indirettamente i consumatori pregiudicando una struttura di concorrenza effettiva⁴⁰.

Il compito, quindi, è anzitutto quello di accertare quali condotte escludenti dell'impresa dominante non costituiscano "concorrenza normale" o "concorrenza nel merito". Tra il 2004 e il 2005 la Commissione europea aveva promosso la discussione sulle modalità applicative

della disciplina dell'abuso, anche per fare fronte alle accuse spesso rivolte all'approccio europeo di mirare alla protezione dei concorrenti, invece che del processo concorrenziale, e alle critiche incentrate sull'eccessivo formalismo dei criteri di valutazione. Un'altra questione oggetto di analisi era come assicurare che tipologie aventi il medesimo impatto sul mercato ricevessero lo stesso trattamento nell'applicazione delle regole di concorrenza⁴¹.

Dopo ampie consultazioni, nel 2008 sono stati adottati gli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti». In tale documento, la Commissione europea ha sottolineato la necessità di impedire che le imprese dominanti «ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti *in modo anticoncorrenziale* con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori»⁴². In questo contesto, nel prospettare le proprie priorità di intervento, la Commissione ha elaborato una nozione di abuso escludente basata su due elementi: la preclusione (la condotta ostacola o impedisce l'effettivo accesso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati) e l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile. La condotta ha un impatto anticoncorrenziale quando, precludendo il mercato ai concorrenti, consente all'impresa di aumentare i

³⁹ C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91; cfr. anche C. giust. Ue, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione* - "Deutsche Telekom", EU:C:2010:603, punto 177; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 43; C. giust. Ue, 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, EU:C:2021:238, punto 41; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punto 68; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit., punto 125; C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punto 88.

⁴⁰ C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punti 44 e 68; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 36.

⁴¹ DG Concorrenza, *Discussion Paper on the Application of Article 82*, 2005.

⁴² Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009, paragrafo 19.

prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti. Secondo questo approccio, nell'applicazione dell'art. 102 occorre concentrare l'attenzione sulla condotta escludente dell'impresa dominante che può essere associata a una credibile teoria del danno concorrenziale che da essa può derivare.

Gli Orientamenti del 2008 non sono vincolanti per i giudici europei e per i giudici nazionali⁴³. Inoltre, trattandosi espressamente di un documento volto a individuare le priorità di intervento, la Commissione in alcuni casi ha dichiarato di non essere vincolata a seguire il percorso strutturato di valutazione indicato negli Orientamenti per le singole tipologie di condotta⁴⁴. Gli Orientamenti hanno comunque rappresentato, come sottolineato nel parere dell'Avvocato Generale Mazak nel caso *Telia Sonera*, «una base utile di riferimento»⁴⁵.

Nel 2023 la Commissione europea ha effettuato una revisione puntuale di alcune sezioni degli Orientamenti del 2008⁴⁶, sottolineando da un lato che l'obiettivo degli Orientamenti non era quello di fornire un'interpretazione della nozione di abuso, ma unicamente un'identificazione delle priorità della Commissione nella scelta dei casi da perseguire⁴⁷, dall'altro che le priorità della Commissione sono

cambiate nel tempo, anche alla luce degli sviluppi della giurisprudenza e dell'evoluzione dei mercati. In tale contesto la Commissione ha comunque riconosciuto che la giurisprudenza dell'Unione ha confermato un approccio all'art. 102 basato sugli effetti, ossia sulla valutazione della capacità di una determinata condotta di pregiudicare la concorrenza attraverso l'analisi delle dinamiche di mercato⁴⁸. In seguito alla revisione, negli Orientamenti (paragrafo 19) è stato specificato che la nozione di preclusione anticoncorrenziale riguarda la situazione in cui «la condotta dell'impresa dominante ha un impatto pregiudizievole sulla struttura concorrenziale⁴⁹, consentendo così all'impresa dominante di influire negativamente, a proprio vantaggio e a detrimento dei consumatori, sui vari parametri della concorrenza, quali il prezzo, la produzione, l'innovazione, la varietà o la qualità di beni o servizi»⁵⁰.

Il 31 luglio 2024 la Commissione ha adottato un progetto di comunicazione contenente «Linee guida sull'applicazione dell'articolo 102 del TFUE agli abusi escludenti delle imprese dominanti», che illustra i principi per valutare se la condotta di un'impresa dominante costituisca un abuso escludente ai sensi dell'art. 102 alla luce della giurisprudenza delle Corti dell'Unione. La proposta di comunicazione, pubblicata sul sito della Commissione, è stata sottoposta a consultazione pubblica e ha generato un acceso dibattito⁵¹. L'obiettivo delle Linee guida (che sostituirebbero gli Orientamenti ed avrebbero una portata più

⁴³ C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet* – «Post-Danmark II», punto 52.

⁴⁴ Cfr. Dec. Comm., 13 maggio 2009, COMP 37.990, «Intel», punto 916; Trib. Ue, 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel Corp. c. Commissione*, - «Intel», EU:T:2014:547, punti 154-159.

⁴⁵ Conclusioni dell'avv. Gen. Mazak nella causa C-52/09, «Telia Sonera», nota 21.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione - Modifiche agli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-116, 31 marzo 2023.

⁴⁷ C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, punto 52.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione - Modifiche agli Orientamenti, cit. in nota 46, paragrafi 5 e 7.

⁴⁹ C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, «Unilever», cit, punto 36.

⁵⁰ Trib. Ue, 14 settembre 2022, causa T-604/19, *Google e Alphabet/Commissione* – «Google Android», EU:T:2022:541, punto 281.

⁵¹ https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en.

ampia, andando oltre la mera individuazione delle priorità) è fornire indicazioni ai giudici nazionali e alle autorità di concorrenza degli Stati membri nell'applicazione dell'art. 102, senza pregiudicare le prerogative delle Corti dell'Unione per quanto attiene all'interpretazione del Trattato.

Tornando alla prassi decisionale e alla giurisprudenza delle Corti dell'Unione, nelle decisioni degli ultimi vent'anni la Commissione ha di norma dedicato particolare attenzione all'impatto, attuale o potenziale, delle condotte dell'impresa dominante sul mercato⁵². La necessità di basare le decisioni in applicazione dell'art. 102 su una solida teoria del danno concorrenziale, adeguatamente supportata dai fatti, è peraltro ripetutamente ricordata dalla giurisprudenza⁵³.

La Corte di giustizia, dal canto suo, nelle pronunce successive al 2009, quando sono stati pubblicati gli Orientamenti, ha chiarito alcune questioni cruciali riguardo alla valutazione della condotta escludente delle imprese dominanti. In particolare, la Corte ha ribadito che l'obiettivo dell'applicazione dell'art. 102 TFUE non è la tutela dei concorrenti, ma la protezione del processo concorrenziale: concorrenti meno efficienti e quindi meno attraenti per i consumatori dal punto di vista, inter alia, dei prezzi, della scelta, della qualità e dell'innovazione possono essere esclusi dal mercato come risultato del processo concorrenziale⁵⁴.

A questo approccio è connesso il criterio o standard del "concorrente altrettanto efficiente". Dato che l'obiettivo dell'art. 102 non è la tutela dei concorrenti meno efficienti, ma quella del processo concorrenziale, per valutare se una condotta configuri un abuso escludente occorre in generale valutare la capacità che avrebbe un ipotetico concorrente altrettanto efficiente di riprodurre il comportamento dell'impresa dominante e, quindi, se la condotta sia suscettibile o meno di estromettere dal mercato o dai mercati interessati concorrenti altrettanto efficienti o di impedire il loro sviluppo su tali mercati. In proposito la Corte ha osservato come "la rilevanza dell'impossibilità, materiale o razionale, per un ipotetico concorrente altrettanto efficiente ma non in posizione dominante, di imitare la pratica in questione, al fine di stabilire se quest'ultima si basi su mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti, emerge dalla giurisprudenza relativa alle pratiche sia tariffarie sia non tariffarie"⁵⁵.

I giudici europei hanno inoltre in più occasioni riconosciuto che per accertare se, tenuto conto del livello dei costi, determinati comportamenti di prezzo dell'impresa dominante (condotte aggressive di prezzo, compressione dei margini) siano abusivi, è appropriato valutare l'idoneità delle condotte ad escludere dal mercato un'impresa «almeno altrettanto efficiente» rispetto all'impresa dominante facendo riferimento alle condizioni di costo

⁵² Dec. Comm., 24 marzo 2004, 2007/53/CE, COMP 37.792, "Microsoft", in G.U.U.E. L 32, 6 febbraio 2007, confermata in appello in Trib. Ue, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione* - "Microsoft", EU:T:2007:289; Dec. Comm., 13 maggio 2009, "Intel", cit.

⁵³ Trib. Ue, 14 settembre 2022, "Google Android", punti 800-802; Trib. Ue, 15 giugno 2022, causa T-235/18, *Qualcomm/Commissione* - "Qualcomm (premi di esclusiva)", EU:T:2022:358, punti 424-425, 505-509, 511-512.

⁵⁴ C. giust. Ue, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet* - "Post Danmark

I", EU:C:2012:172, punti 21-22; C. giust. Ue, 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Commissione* - "Intel I", EU:C:2017:632, punti 133-134; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit, punti 45 e 73; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 37; C. giust., Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit., punti 126-127; C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punto 164; C. giust., Ue, 24 ottobre 2024, causa C-240/22 P, *Commissione/Intel Corporation* - "Intel II", EU:C:2024:915, punti 175-177.

⁵⁵ C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punto 79; C. giust. Ue, 24 ottobre 2024, "Intel II", cit., punto 177.

dell'impresa dominante (cosiddetto "test del concorrente altrettanto efficiente"⁵⁶).

Al tempo stesso, la Corte ha chiarito che in alcune circostanze può costituire un abuso di posizione dominante anche la condotta suscettibile di determinare l'uscita dal mercato o la marginalizzazione di concorrenti che, in termini di struttura dei costi, non sono ancora altrettanto efficienti rispetto all'impresa dominante, ad esempio in ragione della presenza di rilevanti economie di scala⁵⁷.

Per quanto riguarda il rapporto tra i criteri di valutazione delle diverse fattispecie, la Corte ha ribadito nella giurisprudenza recente che per le diverse tipologie di condotta sono ammessi diversi criteri di valutazione. Ad esempio, la Corte ha ritenuto che per dimostrare che una condotta di compressione dei margini (*margin squeeze*) è abusiva non è necessario verificare l'esistenza di tutti i presupposti richiesti per qualificare come abusivo un rifiuto di contrarre⁵⁸. Similmente, per la valutazione del carattere abusivo della creazione di ostacoli all'accesso a una determinata risorsa, può essere rilevante verificare se tale risorsa sia o meno originariamente stata destinata prevalentemente all'utilizzo da

parte dell'impresa dominante⁵⁹. In generale, la dimostrazione del carattere abusivo della condotta, che può richiedere il ricorso a modelli di analisi differenti in funzione della tipologia di comportamento considerato in un determinato caso, deve tuttavia essere sempre compiuta valutando tutte le pertinenti circostanze fattuali concernenti sia il comportamento stesso, sia il mercato o i mercati di cui trattasi o il funzionamento della concorrenza su detto o su detti mercati ed essere volta ad attestare la capacità del comportamento di produrre effetti preclusivi⁶⁰.

La Corte di giustizia ha sottolineato in *Intel I* e ribadito in pronunce successive che la valutazione del carattere abusivo della condotta deve precedere la considerazione di eventuali giustificazioni oggettive e di efficienza la quale, comportando l'inversione dell'onere della prova, costituisce una fase distinta dell'analisi⁶¹.

L'onere probatorio circa la sussistenza dell'abuso, in base alle regole generali, è in capo al soggetto che asserisce l'infrazione dell'art. 102⁶². Normalmente, quindi, per qualificare una condotta come abusiva occorre che l'autorità di concorrenza (o il *claimant* nel private enforcement) provi adeguatamente la capacità della condotta stessa di produrre effetti anticoncorrenziali, attuali o potenziali.

⁵⁶ C. giust. Ue, 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit., punti 177 e 199; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 39-40; C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punti 25 e 38; Trib. Ue, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España SA c. Commissione - "Telefónica"*, EU:T:2012:172, punti 189-191; C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit., punto 136.

⁵⁷ C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark*, EU:C:2015:651, punti 59-60. Cfr. anche C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 57; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit. punto 131.

⁵⁸ C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 54-58; cfr. anche Trib. Ue, 29 marzo 2012, "Telefónica", cit., punti 178-181; C. giust. Ue, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom/Commissione - "Slovak Telekom"*, EU:C:2021:239, punti 50-54.

⁵⁹ C. giust. Ue, 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Lietuvos geležinkėlių AB - "Lietuvos"*, EU:C:2023:12, punto 79.

⁶⁰ C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit. punto 72; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit. punti 40 e 42; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit., punto 130; C. giust. Ue, 24 ottobre 2024, "Intel II", cit., punto 179.

⁶¹ C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit., punto 140; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punto 86; C. giust. Ue, 19 gennaio 2024, "Unilever", cit. punto 49.

⁶² Articolo 2, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

Per specifiche tipologie di condotte che, quando poste in essere da imprese dominanti, hanno un elevato potenziale di produrre effetti escludenti (ad esempio, i rapporti di esclusiva o gli sconti fedeltà), la giurisprudenza accetta una valutazione *prima facie* di illiceità, ma se nell'ambito del procedimento l'impresa dominante adduce idonei elementi di prova per cui nel caso specifico la condotta non è in grado di produrre effetti escludenti⁶³; a questo punto, l'autorità di concorrenza deve tenerne conto, verificando quindi puntualmente la capacità della condotta di produrre effetti anticoncorrenziali.

Diversa è l'ipotesi di condotte considerate "per loro natura" suscettibili di restringere la concorrenza qualificabili come *naked restrictions*, a cui la Commissione ha fatto riferimento in particolare nel caso *Intel*: si trattava, in quel caso, di pagamenti da parte dell'impresa dominante condizionati all'adozione di specifiche azioni volte a ritardare o comunque ostacolare la commercializzazione dei prodotti di un concorrente, per i quali gli argomenti presentati dalle parti per contestare il carattere abusivo della condotta sono stati tutti respinti dal Tribunale e non sono stati oggetto di successivo ricorso alla Corte di giustizia⁶⁴.

⁶³ C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit. punti 138-139; Trib. Ue, 15 giugno 2022, "Qualcomm (premi di esclusiva)", punto 354; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punti 47-48; C. giust. Ue, 24 ottobre 2024, "Intel II", cit., punto 180.

⁶⁴ Trib. Ue, 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel/Commissione*, EU:T:2014:547, punti 198-220; Trib. Ue, 26 gennaio 2022, causa T-286/09 RENV, *Intel Corporation/Commissione*, EU:T:2022:19, punti 86-96; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit. 185.

V. Giustificazioni oggettive ed efficienza

L'art. 102 TFUE, a differenza dell'art. 101 TFUE, non indica specifiche condizioni in presenza delle quali una condotta restrittiva della concorrenza è comunque compatibile con il Trattato (cd. eccezione legale). La giurisprudenza delle Corti dell'Unione ha però da tempo affermato il principio per cui il comportamento restrittivo della concorrenza dell'impresa dominante può non essere ritenuto abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE se si fonda su giustificazioni oggettive e le restrizioni della concorrenza sono necessarie e proporzionate⁶⁵.

In alcune recenti sentenze la Corte di Giustizia ha mostrato disponibilità a tenere conto nell'applicazione dell'art. 102 anche di giustificazioni in termini di incrementi di efficienza idonei a compensare l'impatto anticoncorrenziale sui consumatori⁶⁶.

Mentre l'onere di provare la posizione dominante e il carattere anticoncorrenziale della condotta spetta al soggetto che

⁶⁵ C. giust. Ue, 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicitè Benelux (IPB)* - "Télémarketing", EU:C:1985:394, punto 27; C. giust. Ue, 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione* - "British Airways", EU:C:2007:166, punti 69 e 86; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit., punto 76; C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punto 41; C. giust. Ue, 30 gennaio 2020, "Generics UK", cit., punto 165; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punti 84 e 103; C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit., punti 201-202.

⁶⁶ C. giust. Ue, 15 marzo 2007, "British Airways", cit., punto 86; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "Teliasonera", cit., punto 76; C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punti 40-43; C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, "Post Danmark II", cit., punti 47-49; C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit. punto 140; C. giust. Ue, 30 gennaio 2020, "Generics UK", cit., punti 165-166; C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punti 46-48 e 86; C. giust. Ue, "Superleague", cit., punti 202 e 204.

denuncia l'abuso, l'onere di provare che la condotta è giustificata per motivi oggettivi o di efficienza ricade sull'impresa dominante. Anche per questo motivo, la valutazione delle eventuali giustificazioni oggettive e di efficienza costituisce una fase distinta dell'analisi, che va effettuata solo dopo avere accertato l'intrinseca capacità della condotta di restringere la concorrenza⁶⁷.

VI. Tipologie di abuso

VI.1. Rifiuto di contrarre e restrizioni all'accesso

A differenza dell'impresa operante in condizione di monopolio legale che, in base all'art. 2597 c.c., a fronte di una richiesta di prestazioni ha l'obbligo di contrarre assicurando la parità di trattamento, l'impresa in posizione dominante in linea di principio è libera, come le altre imprese, di scegliere con chi contrarre e di porre fine a rapporti commerciali esistenti. Queste scelte fanno parte della normale strategia economica di un'impresa che può tenere in questo modo conto dei diversi fattori che rendono più o meno conveniente avere rapporti commerciali con un determinato soggetto.

Il rifiuto di contrarre da parte dell'impresa dominante può però configurare un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE quando determina un impatto negativo sulla concorrenza. Ciò può accadere in particolare quando l'impresa dominante è verticalmente integrata e dispone di un fattore della produzione (bene o servizio) l'accesso al quale è funzionale ad operare in un mercato in cui anch'essa opera⁶⁸.

⁶⁷ C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit., punto 140.

⁶⁸ C. giust. Ue, 6 marzo 1974, "Commercial Solvents", cit., punto 25; C. giust. Ue, 3 ottobre 1985, "Télémarketing", punti 25-27.

In alcuni casi è stato considerato abusivo anche il rifiuto di contrarre da parte di un'impresa dominante non verticalmente integrata. Nel caso *United Brands*, ad esempio, è stata considerata abusiva l'interruzione delle relazioni commerciali con un distributore che costituiva una ritorsione alla commercializzazione da parte di tale distributore dei prodotti di un'impresa concorrente.

Il rifiuto può riguardare ad esempio: l'accesso a un'infrastruttura fisica (porti, aeroporti, reti)⁶⁹; a pezzi di ricambio o pezzi accessori⁷⁰; a un servizio di distribuzione o a un sistema di prenotazione; a un'informazione proprietaria o a un diritto di proprietà intellettuale.

Può costituire un abuso non solo l'interruzione di un rapporto commerciale già esistente, ma anche il rifiuto di rifornire un soggetto con cui non vi sono ancora relazioni commerciali.

Per il rifiuto di contrarre, in base ai criteri sviluppati da una giurisprudenza consolidata a partire dal caso *Bronner*, affinché il rifiuto di concedere l'accesso a un bene o servizio sia abusivo occorre che il bene o il servizio in questione sia indispensabile per operare nel mercato in cui l'impresa richiedente è concorrente dell'impresa dominante. Non vi è abuso, quindi, se il bene, l'infrastruttura o il servizio può essere duplicato con costi e tempi ragionevoli o se vi sono comunque modalità alternative, attuali o potenziali, di operare sul mercato interessato⁷¹. In alcune pronunce la Corte

⁶⁹ Dec. Comm., 21 dicembre 1993, 94/19/CE, COMP IV/34.689, "Sea Containers c. Stena Sealink", in G.U.C.E. L 15, 18 gennaio 1994, p. 8.

⁷⁰ C. giust. Ue, 31 maggio 1979, causa C-22/78, *Hugin Kasaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione*, EU:C:1979:138; C. giust. Ue, 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione* - "Hilti", EU:C:1994:77.

⁷¹ C. giust. Ue, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co.*

di giustizia ha inoltre indicato che l'impresa a cui fare riferimento nel valutare se sia possibile realizzare modalità alternative di accesso al mercato è un'impresa della stessa dimensione dell'*incumbent*⁷². Non è necessario che nel mercato a monte, rispetto al quale viene chiesto l'accesso, siano già state effettuate transazioni⁷³.

Un secondo requisito che, in base a tale giurisprudenza, deve essere soddisfatto affinché il rifiuto di contrarre sia abusivo è che esso determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva dal mercato⁷⁴. L'oggetto della tutela, infatti, non è il singolo concorrente, ma la concorrenza, a vantaggio dei consumatori.

Infine, il rifiuto di contrarre non è considerato abusivo se ha una giustificazione oggettiva (ad esempio, assenza di capacità disponibile, mancanza di solvibilità della controparte)⁷⁵.

Nel caso in cui l'oggetto della controversia sia l'accesso a un diritto di proprietà intellettuale o a un'informazione proprietaria, la Corte di giustizia ha posto un ulte-

riore requisito perché il rifiuto di contrarre possa essere considerato abusivo: occorre che esso pregiudichi l'offerta di un nuovo prodotto per il quale vi è una potenziale domanda da parte dei consumatori⁷⁶. Nel caso *Microsoft*, il Tribunale ha considerato sufficiente, in luogo di questo criterio, dimostrare che il rifiuto di contrarre ostacola lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori⁷⁷.

In linea generale va tenuto presente che un obbligo generalizzato dell'impresa a contrarre potrebbe avere effetti negativi sui suoi incentivi a innovare e investire e indurre comportamenti di *free-riding* da parte dei concorrenti, volti a sfruttare opportunisticamente gli investimenti effettuati dall'operatore dominante⁷⁸. I requisiti individuati dalla giurisprudenza possono essere visti come funzionali a limitare l'obbligo a contrarre a circostanze eccezionali, in cui dal comportamento dell'impresa deriva chiaramente un pregiudizio per la concorrenza e quindi per i consumatori.

La circostanza che la regolazione settoriale già imponga un obbligo di accesso non solo non esclude la possibilità di applicare l'art. 102 alla condotta dell'impresa dominante che rifiuta o limita l'accesso, ma è rilevante ai fini della valutazione⁷⁹.

Più in generale, può costituire un abuso di posizione dominante anche l'applicazione di condizioni che, pur formalmente non precludendo l'accesso, lo ostacolano in modo significativo (c.d. *constructive refusal to deal*).

KG e Mediaprint Anzeigen-gesellschaft mbH & Co. KG. - "Oscar Bronner", EU:C:1998:569, punti 41-47; C. giust. Ue, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*. - "IMS", EU:C:2004:257, punto 28; Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit., punti 369-436. Cfr. anche C. giust. Ue, 6 aprile 1995, causa C-241/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione* - "Magill", EU:C:1995:98, punto 52.

⁷² C. giust. Ue, 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit., punto 46; C. giust. Ue, 29 aprile 2004, "IMS", cit., punto 28.

⁷³ C. giust. Ue, 29 aprile 2004, "IMS", cit., punto 44.

⁷⁴ C. giust. Ue, 3 ottobre 1985, "Télémarketing", cit. punto 27; C. giust. Ue, 6 aprile 1995, "Magill", cit., punto 56; C. giust. Ue, 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit., punto 38; C. giust. Ue, 29 aprile 2004, "IMS", cit., punti 40-47; Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit., punti 479-620.

⁷⁵ C. giust. Ue, 6 aprile 1995, "Magill", cit., punto 55; C. giust. Ue, 29 aprile 2004, "IMS", cit., punti 51-52; Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit., 688-712.

⁷⁶ C. giust. Ue, 6 aprile 1995, "Magill", cit., punto 54; C. giust. Ue, 29 aprile 2004, "IMS", cit., punti 38 e 48-49.

⁷⁷ Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit., punti 643 e 647-649.

⁷⁸ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit., § 74.

⁷⁹ C. giust. Ue, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, EU:C:2010:603, punto 224.

Di recente, la Corte di giustizia ha chiarito la propria giurisprudenza in materia di rifiuto di contrarre indicando che in condizioni diverse dal caso *Bronner*, in cui l'impresa rifiutava di concedere l'accesso a un input sviluppato esclusivamente o prevalentemente per la propria attività e di cui era proprietaria, restrizioni all'accesso poste dall'impresa dominante possono essere qualificate come abusive senza la necessità di verificare il requisito di indispensabilità dell'input. Questo approccio è stato sviluppato in particolare nelle sentenze *Slovak Telekom* e *Deutsche Telekom* del 2021 in cui la Corte ha confermato la decisione della Commissione relativa all'accertamento di un abuso nel mercato slovacco dei servizi di accesso a internet a banda larga in presenza di un obbligo di accesso alla rete previsto dalla regolazione settoriale⁸⁰. Anche nel diverso caso riguardante la rimozione di un tratto di binari da parte dell'impresa verticalmente integrata che gestisce la rete ferroviaria in Lituania la Corte, osservando che si trattava di un abuso distinto rispetto all'ipotesi del rifiuto di contrarre esaminata nel caso *Bronner*, ha ritenuto non necessaria l'applicazione dei relativi requisiti per la qualificazione della condotta come abusiva⁸¹. La giurisprudenza ha comunque ribadito che nelle ipotesi di restrizione dell'accesso occorre, in ogni caso, applicare i criteri generali volti ad accertare la capacità di compromettere la concorrenza effettiva, sulla base di una chiara teoria del danno concorrenziale, che tenga conto anche dell'importanza dell'accesso all'input per competere sul mercato. Una inadeguata dimostrazione del diniego di accesso all'infrastruttura,

inoltre, può pregiudicare la legittimità della decisione di accertamento dell'abuso⁸².

VI.2. *Margin squeeze*

Un'ulteriore tipologia di abuso a carattere escludente consiste nella cosiddetta compressione dei margini di rivendita (*margin squeeze*). Si tratta dell'ipotesi in cui un'impresa verticalmente integrata, che detiene una posizione dominante nel mercato di un input a monte e opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dell'input a un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso da non lasciare all'impresa concorrente attiva solo nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare a operare profittevolmente⁸³.

Sin dai primi casi, nella valutazione della presunta impossibilità di continuare a operare sul mercato la giurisprudenza ha preso a riferimento, come benchmark, un'impresa "altrettanto efficiente" rispetto all'impresa dominante: i costi da considerare per valutare la profittabilità della permanenza sul mercato sono quindi, in via prioritaria, quelli dell'impresa dominante⁸⁴.

La Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Telia Sonera*, pur confermando la necessità di dimostrare l'impatto restrittivo della concorrenza del *margin squeeze*, ha ritenuto che si tratti di un abuso autonomo rispetto a quello consistente nel rifiuto di contrarre. Per verificare la

⁸² Cfr. Trib. Ue, 25 ottobre 2023, causa T-136/19, *Bulgarian Energy Holding c. Commissione*, punti 1106-1111.

⁸³ Trib. Ue, 30 novembre 2000, causa T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA c. Commissione* - "Industrie des poudres sphériques", EU:T:2000:278.

⁸⁴ Trib. Ue, 30 novembre 2000, "Industrie des poudres sphériques", cit.; Trib. Ue, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, EU:T:2008:101; C. giust. Ue, 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit.; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit.

⁸⁰ C. giust. Ue, 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom/Commissione* - "Slovak Telekom", EU:C:2021:239, punti 38-61; C. giust. Ue, 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, EU:C:2021:238, punti 50-51.

⁸¹ C. giust. Ue, 12 gennaio 2023, "Lietuvos", cit., punti 78-91.

capacità di produrre un effetto escludente rileva sia la forbice tra il prezzo di accesso all'input e il prezzo praticato dall'impresa dominante nel mercato a valle, sia l'importanza dell'accesso all'input per competere nel mercato a valle; tuttavia, per accertare l'abuso non è necessaria la verifica dell'indispensabilità dell'accesso all'input richiesta dalla giurisprudenza *Bronner* per il rifiuto di contrarre⁸⁵.

VI.3. Prezzi predatori

Viene definita predatoria la condotta in base alla quale l'impresa sopporta intenzionalmente per un certo periodo un sacrificio in termini di profitti in modo da precludere il mercato a uno o più concorrenti, con l'obiettivo di aumentare il proprio potere di mercato. La possibilità di applicare in futuro prezzi più elevati grazie alla riduzione della concorrenza nel mercato rende razionale un comportamento che nel breve periodo non sarebbe profittevole.

All'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, nei confronti dei concorrenti e dei nuovi entranti⁸⁶. In particolare, l'art. 102 TFUE non è volto ad assicurare la permanenza sul mercato di concorrenti meno efficienti dell'impresa in posizione dominante⁸⁷. Sono però vietati quei comportamenti che, attraverso il loro impatto sulla concorrenza, sono suscettibili di determinare su un orizzonte di tempo più ampio un pregiudizio per i consumatori⁸⁸.

⁸⁵ C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 54-58 e 60-77; cfr. anche Trib. Ue, 29 marzo 2012, "Telefonica", cit., punti 75 e 178-181.

⁸⁶ Dec. Comm., 14 dicembre 1985, 85/609/CEE, COMP IV/30.698, "ECS c. Akzo Chemie", in G.U.C.E. L 374, 31 dicembre 1985, p. 1, punto 81.

⁸⁷ C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 31-33; C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punti 21-22.

⁸⁸ C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punto 20; C. giust. Ue, 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 24.

Per determinare il carattere predatorio della condotta, viene in genere verificato se i prezzi applicati dall'impresa dominante siano inferiori a determinati indicatori di costo. Valutare se un prezzo sia "sotto-costo" rispetto ai costi dell'impresa dominante consente di accertare se la condotta sia idonea a precludere il mercato a un concorrente altrettanto efficiente.

Nella sentenza *Akzo* la Corte di giustizia ha osservato che se i prezzi sono inferiori ai costi medi variabili (AVC) sarebbe più profittevole per l'impresa cessare la produzione e si può quindi presupporre il carattere predatorio della condotta, salva la possibilità per l'impresa di spiegare diversamente il proprio comportamento. Se il prezzo copre i costi variabili e parte dei costi fissi di produzione (è superiore al costo medio variabile AVC ma inferiore al costo medio totale ATC), il carattere predatorio non può essere presunto: occorre dimostrare l'esistenza di un «disegno inteso ad eliminare un concorrente»⁸⁹.

Negli Orientamenti del 2008, la Commissione ha sviluppato l'intuizione sottostante la pronuncia della Corte nel caso *Akzo*, proponendo l'utilizzo di indicatori di costo più raffinati: il costo medio evitabile, dato dalla media dei costi (fissi e variabili) che l'impresa avrebbe potuto evitare rinunciando a produrre il bene o servizio nel periodo rilevante (AAC) e il costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), che è la media di tutti i costi che si sarebbero potuti evitare non producendo quel bene o servizio, inclusi i costi che nel breve periodo sono fissi e irrecuperabili ed esclusi i costi comuni.

⁸⁹ C. giust. Ue, 3 luglio 1991, "AKZO", cit., punti 71-72; cfr. anche C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punto 41; C. giust. Ue, 2 aprile 2009, "France Télécom", cit., punto 109; Trib. Ue, 18 settembre 2024, causa T-617/19, *Qualcomm/Commissione* – "Qualcomm (prezzi predatori)", EU:T:2024:626, punti 433-434 e 520-521.

Se i prezzi sono inferiori al costo medio evitabile, la sussistenza di un sacrificio nel breve periodo può essere presunta. Se l'impresa invece pratica un prezzo superiore al costo medio evitabile ma inferiore al costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), non si può presumere che la condotta comporti un sacrificio. Infatti, può essere comunque conveniente coprire i costi medi evitabili e parte degli altri costi incrementali. In queste ipotesi, per dimostrare che il comportamento è predatorio occorrono altri elementi atti a provare che vi sia una strategia escludente.

Considerare il costo medio incrementale può essere appropriato, in particolare, nei mercati in cui i costi sono prevalentemente fissi e i costi variabili sono irrilevanti⁹⁰.

Nella sentenza *Post Danmark I*, relativa all'applicazione selettiva di prezzi bassi a determinati clienti da parte dell'impresa dominante, la Corte di giustizia ha considerato i nuovi indicatori di costo, sostenendo che l'applicazione da parte dell'impresa dominante di prezzi superiori al costo medio evitabile del prodotto considerato ma inferiori al costo medio totale attribuibile a tale prodotto non può essere considerata di per sé indicazione di un abuso escludente⁹¹.

Una questione centrale riguarda in quale misura occorra valutare l'effettiva capacità della condotta di esercitare un effetto di preclusione e di comportare una restrizione della concorrenza a danno dei consumatori. In *Post Danmark I* la Corte ha indicato che, se i prezzi sono superiori ai costi medi incrementali ma inferiori ai costi medi totali, per valutare se la condotta sia restrittiva occorre verificare se essa

comporti un effetto, attuale o potenziale, di esclusione restrittiva della concorrenza e, quindi, pregiudizievole dell'interesse dei consumatori. Gli elementi di cui tenere conto in questa valutazione includono in linea di principio anche la valutazione di eventuali barriere all'entrata che consentirebbero lo sfruttamento del potere di mercato al termine della fase di concorrenza aggressiva. Comunque, sinora la Corte di giustizia ha escluso la necessità di provare che al termine della fase di concorrenza predatoria vi sarebbe una realistica possibilità di recupero delle perdite sopportate (cd. *recoupment*)⁹². Nel caso *Qualcomm* il Tribunale, confermando la valutazione della Commissione riguardo al carattere abusivo della condotta dell'impresa dominante, ha sostenuto che una volta accertata l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi variabili dell'impresa dominante ma inferiori ai costi medi totali e l'esistenza di una strategia escludente, la Commissione non era tenuta anche a dimostrare che la parte di mercato interessata dalla pratica fosse sufficiente a determinare effetti escludenti⁹³.

In presenza di particolari circostanze, la giurisprudenza ha considerato un abuso di posizione dominante anche l'applicazione selettiva di prezzi superiori ai costi medi totali, nell'ambito di più ampie strategie escludenti⁹⁴. Di regola, tuttavia, l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi totali non è considerata una pratica

⁹⁰ Dec. Comm., 20 marzo 2001, 2001/354/CE, COMP 35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, 5 maggio 2001, p. 27; Trib. Ue, 18 settembre 2024, "Qualcomm (prezzi predatori)", cit., punti 438-440.

⁹¹ C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punto 44.

⁹² C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punto 44; C. giust. Ue, 2 aprile 2009, "France Télécom", cit., punti 110-113; Trib. Ue, 18 settembre 2024, "Qualcomm (prezzi predatori)", cit., punto 618.

⁹³ Trib. Ue, 18 settembre 2024, "Qualcomm (prezzi predatori)", cit., punti 517-527, 623-626 e 704.

⁹⁴ Trib. Ue, 8 ottobre 1996, "Compagnie maritimes belges", cit.; C. giust. Ue, 3 luglio 1991, "Akzo", cit.; C. giust. Ue, 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; Trib. Ue, 10 luglio 2001, causa T-228/97, *Irish Sugar plc c. Commissione*, EU:T:1999:246.

predatoria, in quanto non è in grado di precludere il mercato a un'impresa altrettanto efficiente⁹⁵.

VI.4. Rapporti di esclusiva e sconti condizionati

Imporre ai clienti di rifornirsi esclusivamente, o per la maggior parte dei propri acquisti, dall'impresa dominante, mediante clausole contrattuali o attraverso incentivi economici, quali pagamenti o sconti, condizionati all'esclusiva, è in linea di massima considerato un abuso di posizione dominante⁹⁶. Può costituire un comportamento abusivo anche un'esclusiva imposta di fatto. Ad esempio, il comodato gratuito di un refrigeratore con il vincolo di utilizzarlo solo per i prodotti dell'impresa è stato considerato, in particolari condizioni, assimilabile a un obbligo di acquisto esclusivo⁹⁷.

Simmetricamente, l'obbligo per i fornitori di servire esclusivamente l'impresa dominante può costituire un abuso a carattere escludente dal lato della domanda⁹⁸.

Nell'applicazione dell'art. 102 TFUE non rilevano i motivi che possono rendere più o meno conveniente l'accettazione del vincolo di esclusiva all'interno del rapporto bilaterale; ciò che conta è l'idoneità dell'esclusiva ad avere un impatto negativo sulla struttura della concorrenza nel mercato

rilevante⁹⁹. La dottrina ha sottolineato che, da un punto di vista economico, per effettuare tale valutazione occorre verificare, tenendo conto di tutte le circostanze, se l'esclusiva determini un aumento del potere di mercato dell'impresa dominante. Se l'esclusiva è necessaria per fornire gli incentivi a realizzare investimenti specifici, questa circostanza può essere considerata come giustificazione in termini di efficienza.

Ai fini dell'accertamento dell'abuso, la Corte di giustizia ha chiarito nella sentenza *Unilever* che anche per i rapporti di esclusiva vale quanto indicato in *Intel* per gli sconti fedeltà, ossia la loro capacità di produrre effetti escludenti non è 'automatica'. Di conseguenza, l'autorità di concorrenza è tenuta a valutare, in concreto, la capacità di tali clausole di restringere la concorrenza qualora, nel corso del procedimento amministrativo, l'impresa sospettata contesti la capacità di escludere concorrenti altrettanti efficienti, producendo elementi di prova a sostegno. Su un piano diverso, è inoltre possibile per l'impresa, senza fornire argomenti a sostegno dell'incapacità della condotta di restringere la concorrenza, presentare eventuali giustificazioni dell'esclusiva, che l'autorità di concorrenza sarà tenuta a valutare¹⁰⁰.

Il tema degli sconti condizionati ('sconti') riguarda un'ampia varietà di condotte, oltre agli sconti concessi in cambio dell'esclusiva (sconti di esclusiva o sconti fedeltà). Gli sconti sono uno strumento ampiamente utilizzato da tutte le imprese per aumentare le vendite, che può comportare efficienze,

⁹⁵ C. giust. Ue, 27 marzo 2012, "Post Danmark I", cit., punto 36.

⁹⁶ C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 89; C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit., punto 137; Trib. Ue, 15 giugno 2022, causa T-235/18, *Qualcomm/Commissione* – "Qualcomm (premi di esclusiva)", EU:T:2022:358, punto 353; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 46.

⁹⁷ Trib. Ue, 23 ottobre 2003, "Van den Bergh Foods".

⁹⁸ Dec. Comm. UE, 22 febbraio 2006, 2006/ 520/CE, COMP/B-2/38.381, "De Beers", in G.U.U.E. L 205 del 27 luglio 2006, p. 24.

⁹⁹ Trib. Ue, 23 ottobre 2003, "Van den Bergh Foods", cit.; C. giust. Ue, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, EU:C:1994:171.

¹⁰⁰ C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit. punti 50-53; Trib. Ue, 15 giugno 2022, "Qualcomm (premi di esclusiva)", cit., punti 353-354. Trib. Ue, 14 settembre 2022, causa T-604/18, *Google e Alphabet/Commissione (Google Android)* – "Google Android", EU:T:2022:541, punti 637-640.

ad esempio, in termini di economie di scala, riduzione delle scorte e recupero più rapido dei costi fissi. Il trattamento degli sconti da parte delle imprese dominanti ha tradizionalmente costituito un'area controversa del diritto europeo della concorrenza. Infatti, l'approccio seguito nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli sconti era ritenuto da molti eccessivamente formalistico e inadeguato a individuare le condotte effettivamente pregiudizievoli per la concorrenza. L'idea sottostante le critiche è che il carattere abusivo degli sconti dovrebbe essere valutato tenendo conto della loro capacità di precludere il mercato a concorrenti efficienti, con un impatto negativo sulla struttura concorrenziale a pregiudizio dei consumatori. Si dovrebbe, a questo fine, valutare un serie di circostanze, tra cui la concreta replicabilità dello sconto praticato dall'impresa dominante da parte di un'impresa altrettanto efficiente, quanto sia rilevante la parte della domanda interessata dalla condotta, quale sia la durata della condotta e se i concorrenti dispongano di canali alternativi per accedere al mercato¹⁰¹.

Negli ultimi anni, in particolare con le sentenze *Post Danmark II* e *Intel I*, la Corte di giustizia ha progressivamente delineato un approccio sistematico all'applicazione dell'art. 102 agli sconti condizionati che, pur considerando i precedenti giurisprudenziali, mette a punto i criteri di valutazione in modo da tenere conto delle critiche emerse. Secondo l'impostazione che emerge da questa recente giurisprudenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 102 occorre distinguere tre tipologie di sconti: gli sconti quantità, gli sconti di esclusiva e gli sconti non rientranti in nessuna di queste due categorie.

¹⁰¹ OCSE, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, OECD Policy Roundtable, 2008; OCSE, *Fidelity Rebates and Competition*, OECD Policy Roundtable, 2016.

Gli sconti quantità non selettivi sono considerati di norma legittimi, anche se posti in essere da un'impresa dominante, salvo che venga provato caso per caso un loro impatto negativo sulla concorrenza.

Gli sconti di esclusiva, o sconti fedeltà, condizionati all'impegno da parte del cliente ad acquistare esclusivamente dall'impresa dominante, sono assimilati a un obbligo di acquisto esclusivo e quindi considerati *prima facie* abusivi¹⁰²; se tuttavia l'impresa interessata mostra nel corso del procedimento, fornendo elementi di prova, che lo sconto non è in grado di produrre gli effetti escludenti, l'autorità di concorrenza è tenuta a valutare se nel caso concreto sussista tale capacità.

Viene quindi in rilievo la valutazione del contesto economico e giuridico di riferimento: la qualificazione della condotta come abusiva può essere esclusa tenendo conto della posizione di mercato dell'impresa, della quota di mercato interessata dallo sconto, delle condizioni degli sconti stessi, della loro durata e del loro ammontare¹⁰³.

Per gli sconti diversi dagli sconti quantità e dagli sconti di esclusiva, la sussistenza di un abuso va dimostrata caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze economiche rilevanti per verificare la capacità della condotta di produrre effetti anti-concorrenziali¹⁰⁴. In *Intel II* la Corte ha precisato che 'la capacità di simili sconti di escludere un concorrente efficiente quanto

¹⁰² C. giust. Ue, 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punti 89-90; C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel I", cit., punto 137; Trib. Ue, 15 giugno 2022, "Qualcomm (premi di esclusiva)", cit., punto 353; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 46.

¹⁰³ C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel", cit., punti 138 e 139; Trib. Ue, 15 giugno 2022, "Qualcomm (premi di esclusiva)", cit., punto 354; C. giust. Ue, 19 gennaio 2023, "Unilever", cit., punto 46; C. giust. Ue, 24 ottobre 2024, "Intel II", cit., punto 180.

¹⁰⁴ C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, "Post Danmark II", cit. punto 29.

l'impresa dominante (...). si valuta, in generale, ricorrendo al test AEC. Infatti, anche se tale criterio è solo uno dei modi di valutare se un'impresa in posizione dominante abbia fatto ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza normale, esso mira appunto a valutare la capacità che avrebbe un siffatto concorrente altrettanto efficiente, considerato in astratto, di replicare il comportamento dell'impresa in posizione dominante e, di conseguenza, se tale comportamento debba essere considerato rientrante in una concorrenza normale, vale a dire fondata sui meriti¹⁰⁵.

In *Intel I*, la Corte ha inoltre sottolineato che, anche per gli sconti, la valutazione delle eventuali giustificazioni oggettive e di efficienza va utilizzata solo dopo l'analisi dell'intrinseca capacità della condotta di ridurre la concorrenza e, comportando l'inversione dell'onere della prova, costituisce una fase distinta dell'analisi¹⁰⁶.

Resta impregiudicata l'indicazione giurisprudenziale per cui sconti basati su soglie individualizzate, definite in relazione al singolo cliente, e retroattivi, ossia applicati anche agli acquisti effettuati prima del superamento della soglia, vanno valutati con particolare attenzione in quanto possono avere un rilevante impatto preclusivo¹⁰⁷.

VI.5. Pratiche leganti

Abusi a carattere escludente possono essere realizzati anche attraverso l'offerta congiunta di più prodotti da parte dell'im-

presa dominante. L'impresa può infatti fare leva sulla posizione dominante detenuta nel mercato di uno dei prodotti per precludere ai concorrenti il mercato del prodotto abbinato. L'effetto di restrizione della concorrenza a pregiudizio dei consumatori può avvenire nel mercato del prodotto abbinato, nel mercato del prodotto principale o in entrambi i mercati.

Rientrano anzitutto in questa categoria di abusi le pratiche di vendita abbinata o *tying*, in base alle quali l'impresa condiziona l'acquisto del prodotto principale all'acquisto del prodotto abbinato¹⁰⁸. Il vincolo può avere natura contrattuale o natura tecnica, quando il prodotto principale è disegnato per operare solo con il prodotto abbinato dell'impresa. Un'altra pratica legante potenzialmente abusiva è il *bundling* puro (vendita aggregata), in cui i prodotti sono venduti solo insieme, in proporzioni fisse. Nel caso *Microsoft*, ad esempio, il sistema operativo Windows era venduto solo nella versione che includeva Windows Media Player¹⁰⁹. Un'ulteriore pratica legante è il *bundling* misto, in cui i due prodotti sono venduti anche separatamente ma il pacchetto è venduto a un prezzo inferiore al prezzo complessivo dei due prodotti acquistati separatamente. Si tratta quindi di uno sconto condizionato all'acquisto di più prodotti.

L'offerta congiunta di prodotti da parte delle imprese è una normale pratica di mercato, che può avere molte giustificazioni economiche, tra cui la riduzione dei costi di transazione per i clienti¹¹⁰.

Per valutare se le pratiche leganti, quando poste in essere dalle imprese in posizione

¹⁰⁵ C. giust. Ue, 24 settembre 2024, "Intel II", punto 181; cfr. anche C. giust. Ue, 6 ottobre 2015, "Post Danmark II", cit., punti 57-61.

¹⁰⁶ C. giust. Ue, 6 settembre 2017, "Intel", cit., punto 140. C. giust. Ue, 12 maggio 2022, "SEN", cit., punto 86; C. giust. Ue, 19 gennaio 2024, "Unilever", cit. punto 49.

¹⁰⁷ C. giust. Ue, 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 71; C. giust. Ue, 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

¹⁰⁸ C. giust. Ue, 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.; Trib. Ue, 14 settembre 2022, "Google Android", cit., punto 283.

¹⁰⁹ Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

¹¹⁰ Cfr. Trib. Ue, 14 settembre 2022, "Google Android", cit., punto 283.

dominante, abbiano carattere abusivo occorre anzitutto valutare attentamente se sussista una posizione dominante. Nel caso degli *aftermarkets*, ossia dei prodotti complementari rispetto al prodotto principale che vengono utilizzati successivamente al suo acquisto (ad esempio cartucce, pezzi di ricambio), è importante identificare correttamente il mercato rilevante. Occorre chiedersi, tenendo conto della sostituibilità dal lato della domanda, se vi sia un mercato rilevante dei prodotti secondari, o se il mercato rilevante sia quello dei prodotti secondari compatibili con il prodotto principale di quella determinata marca, o se si debbano considerare insieme il prodotto principale e i prodotti secondari in quanto le condizioni di prezzo applicate sui secondi influiscono sulla scelta del prodotto principale.

In base alla giurisprudenza, affinché l'offerta congiunta possa risultare abusiva, occorre comunque che vi sia potenzialmente una domanda distinta per il prodotto principale e il prodotto abbinato¹¹¹. Nei casi di *tying* o di *bundling* puro, in cui non è consentito al cliente acquistare il prodotto principale senza il prodotto abbinato, laddove sia comunque agevole procurarsi prodotti concorrenti rispetto a quelli oggetto della pratica, è appropriata una verifica specifica della capacità della pratica di determinare un effetto escludente¹¹².

Negli Orientamenti del 2008 la Commissione sottolinea che, perché vi sia un impatto escludente anticoncorrenziale, la strategia di offerta congiunta non deve essere in qualche modo replicabile da concorrenti efficienti (anche attraverso l'offerta di un diverso insieme di prodotti).

Per il *mixed bundling*, ossia gli sconti multiprodotto, in assenza di un vincolo di esclusiva i criteri di valutazione sono quelli relativi agli sconti diversi dagli sconti fedeltà: va valutata caso per caso la capacità di tali sconti di escludere un concorrente altrettanto efficiente, consentendo così all'impresa di influenzare negativamente a suo vantaggio e a danno dei consumatori i parametri concorrenziali, quali i prezzi, la produzione, l'innovazione, la varietà o la qualità di beni o servizi in uno dei mercati interessati o in entrambi.

VI.6. *Self-preferencing*

Nel caso *Google Shopping* la Corte di giustizia ha considerato come fattispecie autonoma di abuso la condotta di Google consistente nel posizionamento e nella presentazione più favorevoli, nelle pagine dei risultati generali di ricerca, del proprio servizio di comparazione dei prodotti (Google Shopping) rispetto ai servizi di comparazione concorrenti. In particolare, tale comportamento configura una condotta di natura discriminatoria (c.d. *self-preferencing*) che va tenuta distinta dall'ipotesi del rifiuto di accesso e che non richiede la dimostrazione delle condizioni della giurisprudenza *Bronner* ai fini della valutazione del carattere abusivo¹¹³.

Secondo la Corte, una condotta di *self-preferencing* può essere abusiva quando l'impresa, attraverso il trattamento differenziato, fa leva sulla posizione dominante detenuta in un dato mercato (nel caso di specie il mercato della ricerca generale) per procurarsi vantaggi concorrenziali su un mercato contiguo (il mercato dei servizi di ricerca specializzata)¹¹⁴.

¹¹¹ C. giust. Ue, 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust. Ue, 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.; Trib. Ue, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit., punti 842 e 925; Trib. Ue, 14 settembre 2022, "Google Android", cit., punto 284.

¹¹² Trib. Ue, 14 settembre 2022, "Google Android", cit., punti 428-429.

¹¹³ C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punti 97-113; cfr. anche Trib. Ue, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google and Alphabet/Commissione (Google Shopping)*, EU:T:2021:763, punto 240.

¹¹⁴ C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punti 108-109 e 185.

Tuttavia, la circostanza che un'impresa dominante applichi un trattamento più favorevole ai propri prodotti o servizi non è di per sé sufficiente per la constatazione di un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE. La giurisprudenza evidenzia che, a tal fine, occorre dimostrare che la condotta di *self-preferencing* dell'impresa dominante, discostandosi dalla concorrenza basata sui meriti, ha come effetto (attuale o potenziale) di restringere o eliminare la concorrenza nei mercati interessati e che tale dimostrazione va effettuata valutando tutte le circostanze pertinenti relative al contesto in cui tale comportamento è attuato¹¹⁵. Nel caso di specie, oltre alle caratteristiche del mercato a monte della ricerca generale (i.e. l'esistenza di elevate barriere all'entrata), ai fini della configurabilità di una violazione dell'articolo 102, sono state considerate rilevanti tre circostanze specifiche: (i) l'importanza del traffico generato dal motore di ricerca generale di Google per i comparatori di prodotti; (ii) il comportamento degli utenti quando effettuano ricerche su Internet, la cui attenzione tende a concentrarsi sui risultati meglio posizionati e più visibili nelle pagine dei risultati di ricerca generale; (iii) l'impossibilità di sostituire il traffico deviato dalla condotta di *self-preferencing* con altre fonti (es. applicazioni mobili, traffico diretto, social network)¹¹⁶. La Corte di giustizia ha inoltre precisato che, nel caso di specie, la valutazione della capacità della condotta di produrre effetti anticoncorrenziali non richiedeva una specifica verifica della sua idoneità ad escludere concorrenti altrettanto efficienti. Il comportamento discriminatorio

aveva avuto un impatto significativo sulla concorrenza, infatti, consentendo di sviare a vantaggio dell'impresa dominante una parte del traffico senza che i suoi concorrenti potessero compensare tale perdita con il ricorso ad altre fonti di traffico; alla luce delle condizioni specifiche del mercato in questione, non sarebbe stato possibile ottenere risultati obiettivi e affidabili riguardo all'efficacia dei concorrenti di Google¹¹⁷.

VI.7. Abusi di sfruttamento: prezzi e condizioni non equi

L'elenco esemplificativo di pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE include chiaramente condotte in cui l'impresa dominante sfrutta iniquamente il suo potere di mercato, a prescindere dall'impatto della condotta sulla concorrenza: tra queste vi sono, in particolare, l'imposizione di prezzi o altre condizioni di transazione non eque e il subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE in realtà si è principalmente focalizzata sugli abusi a carattere escludente che restringono la concorrenza, piuttosto che sugli abusi di sfruttamento. I motivi sono principalmente due.

Anzitutto, la posizione dominante non è vietata in quanto tale e il suo sfruttamento, anche attraverso l'applicazione di prezzi elevati, normalmente trova risposta nel mercato stesso, inducendo l'entrata di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi. Pertanto, precludere in via generale l'esercizio del potere di mercato dell'impresa dominante potrebbe risultare alla fine dannoso per la stessa concorrenza e per i consumatori. Inoltre, quando vi sono ostacoli strutturali allo sviluppo del

¹¹⁵ C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punti 165-168 e 186-187; cfr. anche Trib. Ue, 10 novembre 2021, causa T-612/17, punti 441 e 518.

¹¹⁶ C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", cit., punti 158-161 e 169-172; cfr. anche Trib. Ue, 10 novembre 2021, causa T-612/17, punti 169-173.

¹¹⁷ C. giust. Ue, 10 settembre 2024, "Google Shopping", punti 264-268.

processo concorrenziale (ad esempio in situazioni di durevole monopolio naturale) la regolazione *ex ante* può rappresentare una soluzione più appropriata rispetto all'intervento caso per caso in applicazione delle regole di concorrenza.

La seconda criticità, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi di sfruttamento, è che individuare quando una condotta è iniqua è complicato. Occorre infatti fare riferimento a uno *standard* (il prezzo "equo") che non è di facile individuazione. L'analisi tipicamente richiede precise informazioni sui costi dell'impresa attribuibili al prodotto e una valutazione sul margine di profitto accettabile.

La Corte di giustizia, nella sentenza *United Brands*, ha riconosciuto che praticare un prezzo eccessivo «privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita» costituisce un abuso rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE. In quel caso, la Corte ha ritenuto che la Commissione, alla quale spettava l'onere di provare il carattere iniquo delle condizioni applicate, non avesse assolto a tale compito in modo adeguato. Secondo la Corte, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare anzitutto che la differenza tra costi e prezzi era eccessiva e, in caso di risposta affermativa, provare che il prezzo applicato era iniquo, in quanto tale o rispetto al prezzo di prodotti in concorrenza con il prodotto considerato¹¹⁸. Il metodo del confronto del prezzo applicato dall'impresa dominante con il prezzo di prodotti equiparabili per valutarne l'eventuale iniquità è stato successivamente richiamato in varie decisioni della Commissione e pronunce della Corte¹¹⁹.

¹¹⁸ C. giust. Ue, 14 febbraio 1978, "United Brands", cit., punti 250-252.

¹¹⁹ Cfr. Dec. Comm. UE, 20 marzo 2001, n. 2001/354/CE, COMP/35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, del 5 maggio 2001, p. 27; Dec. Comm. UE, 23 luglio 2004, COMP/36.568 - *Scandlines Sverige c. Porto di Helsingborg*; C. giust. Ue,

Nella sentenza *Akka Laa* del 2017 la Corte di giustizia ha chiarito che, in realtà, esistono vari metodi che permettono di individuare l'eventuale carattere eccessivo di un prezzo¹²⁰. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto legittimo il confronto tra il prezzo applicato nello Stato membro interessato e quelli applicati in altri Stati membri, purché effettuato con riferimento a situazioni effettivamente comparabili, individuate sulla base di criteri "obiettivi, adeguati e verificabili". In tale contesto occorre tenere conto, ad esempio, anche di eventuali differenze nelle abitudini di consumo e nel potere di acquisto dei cittadini.

Nella sentenza *Tournier* la Corte ha sottolineato che l'impresa dominante non può fare leva su costi elevati derivanti dalla propria inefficienza per giustificare il livello dei prezzi applicati¹²¹.

Negli anni recenti, le autorità nazionali e la Commissione hanno manifestato una maggiore propensione ad applicare l'art. 102 in casi di prezzi o condizioni contrattuali ritenuti ingiustificatamente gravosi, fornendo così tutela mediante il diritto antitrust ai clienti delle imprese dominante, con particolare attenzione al settore farmaceutico¹²².

4 maggio 1988, "Bodson", cit.; C. giust. Ue, 13 luglio 1989, cause riunite C-110 e 241-242/88, *François Lucazeau e a. c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, EU:C:1989:326.

¹²⁰ C. giust. Ue, 14 settembre 2017, causa C-177/16, *AKKA/LAA c. Konkurences Padome*, EU:C:1989:326, punti 37-42. Una ricognizione dei metodi che sono stati ammessi nel tempo dalla Corte di giustizia è contenuta al paragrafo 19 delle conclusioni dell'Avvocato generale. Cfr. anche C. giust. Ue, 25 novembre 2020, causa C-372/19, *SABAM*, EU:C: 2020:959, punti 31-32.

¹²¹ C. giust. Ue, 13 luglio 1989, causa C-395/87, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319.

¹²² Per riferimenti ai casi nei diversi ordinamenti, cfr. OCSE, *Excessive prices*, OECD Policy Roundtable, 2011; *Excessive Pricing in Pharmaceuticals*, OECD Policy Roundtable, 2018. Cfr., in particolare, Dec. Comm. Ue, 10 febbraio 2021, AT 40394, "Aspen", in G.U.U.E. C 435 del 28 ottobre 2021.

VI.8. La discriminazione

L'impresa dominante può adottare condotte discriminatorie per pregiudicare i suoi concorrenti attuali o potenziali (*primary line injury*) oppure applicare condizioni discriminatorie alle sue controparti commerciali in assenza di un rapporto di concorrenza (*secondary line injury*). Da un punto di vista economico, di norma l'impresa dominante non ha incentivi a escludere dal mercato clienti o fornitori che non siano anche suoi concorrenti: in questi casi la discriminazione, tuttavia, può costituire una modalità per sfruttare pienamente il potere di mercato.

L'art. 102 TFUE prevede espressamente, alla lettera c), la possibilità di considerare abusiva l'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale. La Corte di giustizia ha chiarito che, affinché la discriminazione sia abusiva, non è necessario che essa produca effetti sulla posizione concorrenziale dell'impresa dominante: quest'ultima è in ogni caso tenuta a non falsare la concorrenza mediante condotte discriminatorie¹²³.

Mentre è pacifico che l'art. 102, lettera c, possa essere applicato alle ipotesi di *secondary line injury*, è controverso se possa essere utilizzato anche per le condotte volte a escludere i concorrenti, ossia alla *primary line injury*. Peraltro, anche altre tipologie di abuso escludente, quali il rifiuto di contrarre o l'applicazione selettiva di prezzi bassi, possono comportare in alcune circostanze profili di discriminazione.

Per quanto attiene ai criteri di applicazione del divieto, la discriminazione presuppone l'esistenza di situazioni e transazioni effettivamente equivalenti: l'impresa dominante non è tenuta a praticare lo stesso prezzo in mercati che presentano diverse condizioni economiche e concorrenziali¹²⁴.

Per accertare un abuso ai sensi dell'art. 102, lettera c, occorre verificare, oltre alla discriminazione, anche che la concorrenza tra le controparti commerciali dell'impresa sia falsata o possa esserlo (lo svantaggio concorrenziale). Come indicato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Meo* del 2018, lo svantaggio concorrenziale va accertato tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, tra cui la posizione dominante dell'impresa e il suo potere negoziale, gli importi interessati nonché l'eventuale esistenza di una strategia escludente. Quando l'applicazione di condizioni differenziate non incide significativamente sui costi, la redditività e gli utili della controparte che si reputa danneggiata, secondo la Corte si può dedurre che la discriminazione non è in grado di produrre uno svantaggio concorrenziale per tale impresa¹²⁵.

In vari casi di applicazione dell'art. 102 TFUE il divieto di discriminazione dei prezzi è stato utilizzato per rimuovere pratiche pregiudizievoli per il mercato interno, che comportavano ad esempio un diverso trattamento sulla base della nazionalità o del domicilio dei soggetti¹²⁶. La discriminazione non è considerata abusiva se l'impresa dimostra che è oggettivamente giustificata. La dottrina ha sottolineato che un divieto

¹²⁴ C. giust. Ue, 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Italia c. Commissione*, EU:C:1963:20.

¹²⁵ C. giust. Ue, 19 aprile 2018, "MEO", cit. punti 25-28, 31 e 34.

¹²⁶ C. giust. Ue, 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl c. Corpo dei Piloti del porto di Genova*, EU:C:1994:195; C. giust. Ue, 2 marzo 1983, causa C-7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, EU:C:1983:52.

¹²³ C. giust. Ue, 15 marzo 2007, "British Airways", cit., punto 143; C. giust. Ue, 19 aprile 2018, causa C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência – "MEO"*, EU:C:2018:270, punto 24.

di per sé della discriminazione di prezzo, anche da parte dell'impresa dominante, può avere conseguenze indesiderabili per il mercato e per i consumatori. Infatti, applicando prezzi diversi l'impresa può riuscire a soddisfare una parte più ampia della domanda potenziale. Se obbligata ad applicare a tutti il medesimo prezzo, l'impresa lo fisserebbe, tenendo conto delle caratteristiche dei mercati, a un livello che generalmente non sarà il prezzo più basso. Impedire la discriminazione di prezzo può quindi comportare una riduzione delle quantità complessive vendute e il mancato accesso al prodotto per i clienti con minore disponibilità a pagare.

VI.9. Altre tipologie di abuso

Tra le ulteriori pratiche che sono state considerate abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE appare utile ricordare anzitutto l'imposizione da parte dell'impresa dominante ai propri distributori di un divieto all'esportazione¹²⁷ e le condotte volte ad ostacolare l'accesso di prodotti esteri nel mercato di uno Stato membro¹²⁸. Possono essere qualificate, in determinate condizioni, come abuso di posizione dominante anche operazioni di acquisizione che riducono la concorrenza nel mercato, anche se l'utilità dell'applicazione dell'art. 102 TFUE a queste ultime fattispecie è stata sostanzialmente ridimensionata con l'introduzione del sistema di controllo preventivo delle concentrazioni (per la possibilità di applicare l'art. 102 a concentrazioni sotto le soglie europee, analizzata nella sentenza *Towercast*, rinvio)¹²⁹.

Nel caso *Promedia* la Commissione ha ritenuto che in particolari circostanze anche un uso pretestuoso della *litigation* da parte dell'impresa dominante possa essere considerato abusivo: occorre dimostrare, a tal fine, che l'azione in giudizio non possa essere ragionevolmente considerata un tentativo dell'impresa di far valere i propri diritti e serva quindi solo a danneggiare la controparte e, inoltre, che rientri all'interno di un piano volto a eliminare la concorrenza. Comportando una limitazione dell'accesso alla giustizia, questa modalità di applicazione dell'art. 102 va riservata a ipotesi del tutto eccezionali¹³⁰.

Un'ulteriore questione emersa nel corso degli ultimi anni è se sia legittimo, alla luce dell'art. 102, per il titolare di un brevetto essenziale per l'applicazione di uno standard (*standard essential patent*) che si è impegnato a concedere a terzi la licenza a condizioni FRAND (*fair, reasonable and non discriminatory*), esperire un'azione per contraffazione volta a inibire l'utilizzo del brevetto o a richiamare i prodotti che lo incorporano. Nella pronuncia pregiudiziale del 2015 nel caso *Huawei*, la Corte di giustizia ha indicato le condizioni in presenza delle quali si può escludere che un tale comportamento da parte del titolare dello *standard essential patent* configuri un abuso di posizione dominante¹³¹. Il modello proposto dalla Corte prevede una serie di obblighi comportamentali sia in capo al titolare del brevetto che in capo al presunto contraffattore, volti a favorire un corretto processo di negoziazione tra le parti.

Nella sentenza *Astra Zeneca*, la Corte ha confermato, in linea con quanto sostenuto

¹²⁷ C. giust. Ue, 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

¹²⁸ Trib. Ue, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commissione*, EU:T:2001:272; Trib. Ue, 7 ottobre 1999, "Irish Sugar", cit.

¹²⁹ C. giust. Ue, 21 febbraio 1973, "Continental Can", cit.; Dec. Comm. UE, 10 novembre 1992,

93/252/CEE, COMP IV/33.440, "Warner-Lambert/Gillette e altri", in G.U.C.E. L 116, 12 maggio 1993, p. 21. Cfr. anche C. giust. Ue, 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast*, EU:C:2023:207, punto 53.

¹³⁰ Trib. Ue, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione*, EU:T:1998:183.

¹³¹ C. giust. Ue, 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei c. ZTE*, EU:C:2015:477.

dalla Commissione, che può costituire un abuso di posizione dominante un utilizzo strumentale delle procedure amministrative nel settore della protezione della proprietà intellettuale idoneo a restringere la concorrenza sul mercato; in particolare, nel caso di specie è stato considerato abusivo indurre le autorità pubbliche, attraverso la trasmissione di informazioni ingannevoli, al rilascio di un certificato di protezione complementare¹³².

Nella pronuncia pregiudiziale nel caso *European Superleague*, la Corte di Giustizia ha sancito che ai sensi dell'art. 102 costituisce un abuso di posizione dominante l'adozione e applicazione da parte delle associazioni calcistiche FIFA e UEFA, che esercitano anche attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, di norme che subordinano alla propria previa autorizzazione l'istituzione da parte di imprese terze, sul territorio dell'Unione, di nuove competizioni calcistiche e che incidono sulla partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori a tali competizioni, senza che i relativi poteri siano disciplinati da criteri sostanziali e modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato¹³³.

Da ultimo, nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Meta Platform*, la Corte ha chiarito che, fermo restando il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione con le autorità garanti della tutela dei dati personali, è consentito a un'autorità di concorrenza nazionale constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali

e la loro applicazione non sono conformi al regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di tale abuso¹³⁴.

GINEVRA BRUZZONE – SARA CAPOZZI

Bibliografia

P. Akman, «A Critical Inquiry into 'Abuse' in EU Competition Law», in *Oxford J. of Legal Studies*, 2024, vol 44, no. 2, pp. 405-433; P. Akman - O. Brook - K. Stylianou (eds.), *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Cheltenham, 2023; C.D. Ehlermann - M. Marquis (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: a Reformed Approach to article 82 EC*, Oxford-Portland, 2008; P. Ibáñez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge, 2018, cap. 4; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Rules*, Oxford, 2023, cap. 6 e 7; A. Komninos, «The European Commission's Draft Guidelines on Exclusionary Abuses – a Very Selective Restatement of the Case Law» in *EU Law Live*, 14.11.2024; R. Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: the Objectives and Principles of Article 102*, Oxford, 2011; Ocse, *Economic Analysis and Evidence in Abuse Cases*, OECD Roundtable, 2021; Ocse, *Abuse of dominance in digital markets*, OECD Policy Roundtable, 2020; Ocse, *Excessive Pricing in Pharmaceuticals*, OECD Policy Roundtable, 2018; Ocse, *Competition Issues in Aftermarkets*, OECD Policy Roundtable, 2017; Ocse, *Fidelity Rebates and Competition*, OECD Policy Roundtable, 2016; Ocse, *Price Discrimination*, OECD Policy Roundtable, 2016;

¹³² Trib. Ue, 1° luglio 2010, "AstraZeneca", cit., confermata da C. giust. Ue, 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc. c. Commissione*, EU:C:2012:770.

¹³³ C. giust. Ue, 21 dicembre 2023, "Superleague", cit., punto 152.

¹³⁴ C.giust. Ue, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, EU:C:2023:537, punto 62.

II. DIRITTO *ANTITRUST*
II.1 I DIVIETI *ANTITRUST* E ALCUNI ASPETTI AD ESSI RELATIVI

Ocse, *Excessive Prices*, OECD Policy Roundtable, 2011; R. O'Donoghue - A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, 2020; E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford, 2010; R. Whish - D.

Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2021, cap. 5, 17, 18 e 19; A. Witt, «The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?», 2019, in *Antitrust Bull.*, vol. 64, no. 2, pp. 172-213.

L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 102 TFUE ALLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE «SOTTO-SOGLIA»

Sommario: **I.** Introduzione: il Trattato CEE e il caso *Continental Can*. – **II.** La disciplina europea sul controllo delle concentrazioni: il sistema delle soglie e gli artt. 4 § 5 e 22 del Reg. 139/04 e l'applicabilità dell'art. 102 TFUE ad operazioni 'sotto-soglia'. – **II.1.** La disciplina europea sul controllo delle concentrazioni. – **II.2.** Il caso *TicketOne* dell'AGCM. – **II.3.** Il caso *Towercast* dell'Autorité de la concurrence. – **III.** La possibilità di esaminare *ex ante* operazioni 'sotto-soglia'. – **III.1.** La possibilità di rinviare *ex art.* 22 Regolamento Concentrazioni alla Commissione concentrazioni 'sotto-soglia'. – **III.2.** Il caso *Illumina/Grail*. – **III.3.** L'art. 16, c. 1-*bis*, l. n. 287/90

I. Introduzione: il Trattato CEE e il caso *Continental Can*

È dibattuto se la disposizione sul divieto di abuso di posizione dominante *ex art.* 102 TFUE possa essere applicata rispetto a condotte consistenti nella realizzazione di un'operazione di concentrazione. Tale dibattito risale quantomeno al celebre caso *Continental Can* del 1971, e – dopo circa quarant'anni e l'adozione di discipline europee e nazionali sul controllo delle concentrazioni – è tornato attuale nel diritto della concorrenza europea.

La disciplina della concorrenza introdotta nel trattato CEE del 1957 si componeva di previsioni sul divieto di intese e sul divieto di abuso di posizione dominante ma non anche sul controllo delle concentrazioni. Ciò, ragionevolmente, nell'intento di favorire la

ripresa e lo sviluppo dell'industria europea dopo la Seconda Guerra Mondiale. La rilevanza di tale disciplina al fine di favorire un corretto dispiegarsi di una dinamica concorrenziale infatti non era sconosciuta al legislatore: indicativa in tal senso, ed emblematica delle esigenze dell'integrazione europea dell'epoca, fu la scelta di prevedere nel coetaneo Trattato CECA una disciplina sul controllo delle concentrazioni all'art. 6 (subito dopo le disposizioni relative al divieto di intese restrittive all'art. 65), mentre non fu inserita alcuna disposizione sul divieto di abuso di posizione dominante, evidentemente per esercitare un diverso tipo di controllo sui mercati relativi al carbone e all'acciaio.

In tale contesto normativo la Commissione europea nel 1971 accertò un abuso di posizione dominante posto in essere da *Continental Can* per aver quest'ultima acquistato il controllo dell'olandese *Thomassen & Drijver-Verblifa NV*¹. *Continental Can* impugnò la decisione della Commissione, in particolare contestando l'applicabilità dell'articolo 86 del Trattato CEE (l'attuale articolo 102 TFUE) ad un'operazione di concentrazione. Secondo *Continental Can*,

¹ Secondo la Commissione, *Continental Can* – acquistando (tramite la propria controllata *Europemballage*) la *Thomassen & Drijver-Verblifa NV* – aveva eliminato la concorrenza in una parte sostanziale dei mercati per gli imballaggi leggeri per alcuni prodotti alimentari e il mercato dei coperchi metallici per recipienti di vetro. Decisione della Commissione del 9 Dicembre 1971, (PRATICA IV/26811 - EUROPEMBALLAGE CORPORATION; GU 1972, N. L 7).

tale applicabilità derivava da «una concezione giuridica il cui scopo [fosse] quello di fare dell'articolo 86 del trattato uno strumento di controllo delle concentrazioni, in spregio al contenuto e alla portata degli obiettivi di detta norma»². D'altronde, «[q]ualora il legislatore avesse voluto istituire, anche nell'ambito del trattato CEE, un controllo sulle concentrazioni e il potere di eliminarle, gli sarebbe stato facile includere nel testo del trattato disposizioni analoghe a quelle dei nn. 1-6 dell'art. 66 del trattato CECA». A giudizio di Continental Can, la Commissione aveva interpretato l'art. 86 TCEE «secondo i principi delle leggi americane anti-trust, che differiscono tuttavia per le fonti, lo spirito e lo sviluppo, dal diritto della concorrenza voluto dai sei Stati membri della Comunità». Continental Can sottolineò quindi «la manifesta contraddizione fra il divieto posto alla concentrazione di grosse imprese e la politica industriale sostenuta dalla Commissione, dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale»³ e rilevò che un regime di controllo *a posteriori* fosse più sfavorevole per le imprese rispetto a un regime di controllo preventivo delle concentrazioni. Su quest'ultimo aspetto la Commissione osservò, invece, che un controllo preventivo delle concentrazioni avrebbe limitato la libertà d'azione maggiormente di un controllo *a posteriori* (così confermando implicitamente gli obiettivi di politica industriale alla base della scelta di non prevedere un controllo preventivo delle concentrazioni nel Trattato CEE) ed osservò che le imprese avrebbero potuto comunque chiedere di valutare preventivamente un loro comportamento ai sensi dell'art. 2 Reg. n. 17/62.

² C. giust. Ue 21 febbraio 1973, C-6/72, "Continental Can", in Racc. 1973-00215, p. 223.

³ C. giust. Ue "Continental Can", cit., p. 227.

La Corte⁴ ritenne che la disposizione sull'abuso di posizione dominante fosse applicabile alla concentrazione Continental Can: affermò che si dovesse interpretare l'art. 86 TCEE «tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità», [q]ualora per cui «[l']alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'articolo 85 [odierno art. 101 TFUE], non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in una compenetrazione fra le imprese. In mancanza di esposte disposizioni, non si può ritenere che il trattato, il quale vieta all'articolo 85 talune decisioni di semplici associazioni d'impresa che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'articolo 86 come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza»⁵. La Corte annullò tuttavia la decisione della Commissione per non aver questa adeguatamente definito i mercati rilevanti e per un difetto di contraddizione nelle valutazioni sulla concorrenza potenziale.

La norma sul divieto di abuso di posizione dominante era dunque ritenuta applicabile ad un'operazione di concentrazione (come, peraltro, già appariva pacifico per la dottrina). Tale posizione non sembrò mutare in seguito all'introduzione di una disciplina europea sul controllo delle concentrazioni nel 1989 ma è stata messa in discussione,

⁴ Discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, che ritenne non applicabile l'art. 86 TCEE al caso di specie poiché, a suo giudizio, la locuzione 'sfruttamento abusivo' di cui all'art. 86 TCEE avrebbe imposto che tale disposizione potesse trovare applicazione «solo se la potenza commerciale viene sfruttata come strumento e se ne viene fatto un uso scorretto», circostanze che non riscontrava nel caso concreto - Conclusioni dell'Avv. Gen. Roemer nella causa C-6/72, "Continental Can", in Racc. 1973-00215, pag. 254.

⁵ C. giust. Ue "Continental Can", cit., punti 22 e 25.

invece, in alcuni casi recenti, di cui si darà qui conto dopo un breve richiamo alle norme europee sul controllo delle concentrazioni.

II. La disciplina europea sul controllo delle concentrazioni: il sistema delle soglie e gli artt. 4 § 5 e 22 del Reg. 139/04 e l'applicabilità dell'art. 102 TFUE ad operazioni 'sotto-soglia'

II.1. La disciplina europea sul controllo delle concentrazioni

Alla fine degli anni '80, quando la Commissione Delors volle dare maggior slancio alla realizzazione del mercato unico, fu introdotta nell'ordinamento europeo una disciplina sul controllo delle concentrazioni, con il Reg. n. 4064/89. Tale disciplina si è fondata, e con il Reg. n. 139/2004 («Regolamento Concentrazioni», che ha sostituito il Reg. n. 4064/89) si fonda tutt'ora, su un sistema di soglie di fatturato, per cui le concentrazioni tra imprese i cui fatturati superano le soglie fissate nel regolamento rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento Concentrazioni e sono soggette a un obbligo di notifica alla Commissione europea, mentre se i fatturati non superano tali soglie non vi sono obblighi di notifica alla Commissione europea. Vi possono tuttavia essere obblighi di notifica posti dalle normative nazionali sul controllo delle concentrazioni (tutti gli Stati membri dell'UE oggi, con la sola eccezione del Granducato del Lussemburgo, dispongono di normative nazionali di controllo delle concentrazioni), obblighi anch'essi basati prevalentemente su soglie di fatturato.

Tuttavia, due disposizioni del Regolamento Concentrazioni consentono di

sottoporre all'esame preventivo della Commissione concentrazioni che non hanno dimensione europea:

- la prima è l'art. 4 § 5, in base al quale le parti di una concentrazione soggetta ad obbligo di notifica in almeno tre Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare detta concentrazione. Tale possibilità è stata introdotta con il Regolamento Concentrazioni e non era contemplata nel Reg. n. 4064/89;

- la seconda è l'art. 22 § 1 – presente anche nel Reg. n. 4064/89 all'art. 22 § 3 con una formulazione in parte diversa – che consente agli Stati membri di chiedere alla Commissione di esaminare una concentrazione tra imprese i cui fatturati non raggiungono le soglie europee, che incida sul commercio tra Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati che presentano la richiesta.

Inoltre, all'art. 21 § 1 Regolamento Concentrazioni – che nel caso Towercast (v. *infra*) è stato ritenuto potesse impedire all'Autorità francese della concorrenza di applicare l'art. 102 TFUE a una concentrazione – è previsto che tale regolamento «è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003 [...] non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti».

I casi di rinvio ai sensi dell'art. 22 § 1 Regolamento Concentrazioni sono cresciuti costantemente: nei primi 15 anni, dal 1990 al 2004, si sono registrati 9 rinvii, nei successivi 15 anni, dal 2005 al 2019, 31 rinvii, e dal 2015 al 31 ottobre 2024 11 rinvii⁶. Più in generale, a partire dall'inizio degli anni '20 del 2000

⁶ V. *Statistics on Merger cases* al 31 ottobre 2024, disponibili al sito: <https://competition->

la Commissione europea e le autorità nazionali della concorrenza hanno posto maggior attenzione ad operazioni di concentrazione che, pur non essendo soggette a un obbligo di notifica in ragione dei fatturati 'sotto-soglia', si ritiene siano meritevoli di un controllo preventivo in ragione delle restrizioni della concorrenza che potrebbero generare. In alcuni casi rispetto a tali concentrazioni non è stato possibile intervenire *ex ante*, e l'applicabilità ad esse dell'art. 102 TFUE ha suscitato divergenze interpretative e applicative, che si illustrano nei paragrafi che seguono.

II.2. Il caso TicketOne dell'AGCM

L'applicabilità dell'art. 102 TFUE ad un caso di concentrazioni 'sotto-soglia' è stata confermata nel caso TicketOne dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato («AGCM»), conclusi ad ottobre 2022 con una sentenza del Consiglio di Stato che ha annullato il provvedimento sanzionatorio per un difetto istruttorio.

Il 22 dicembre 2020 l'AGCM accertava un abuso di posizione dominante in capo al gruppo Eventim-TicketOne per aver, tra le altre cose, realizzato l'acquisizione di quattro operatori concorrenti⁷. Secondo l'AGCM, tale gruppo societario aveva posto in essere un'unitaria e complessa strategia escludente nel mercato nazionale della vendita dei biglietti per concerti di musica leggera⁸ realizzata attraverso diverse condotte, sostanzialmente consistenti nella

stipula o imposizione di vincoli negoziali di esclusiva⁹ e nell'acquisizione di quattro importanti *promoter* nazionali¹⁰. Per tali condotte l'AGCM irrogava una sanzione di circa 10,8 milioni di euro al gruppo Eventim-TicketOne.

Nei ricorsi promossi davanti al TAR Lazio, la società capogruppo (CTS Eventim) contestava la possibilità di applicare l'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazione. Su tale punto l'AGCM indicava di non aver ritenuto le concentrazioni in questione di per sé costituenti un abuso di posizione dominante «*ma solo in quanto parte di una più ampia strategia escludente*»¹¹. Il TAR Lazio¹² affermava invece che la tesi dell'AGCM non fosse compatibile con l'Art. 21 § art. 1 perché tale norma «*espressamente esclude l'applicabilità alle concentrazioni degli art. 101 e 102 del TFUE*». Il TAR Lazio tracciava una netta distinzione tra la disciplina di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, da un lato, e la disciplina sul controllo delle concentrazioni, dall'altro, e affermava che l'art. 102 TFUE semplicemente non può essere applicato alle concentrazioni¹³. Altrimenti – rilevavano

⁹ Più precisamente: la stipula di contratti di esclusiva con gli organizzatori nazionali di concerti, l'imposizione dell'esclusiva su *promoter* locali, la stipula di accordi commerciali con operatori di ticketing concorrenti di dimensione minore o locale (volti a rendere effettivi i vincoli di esclusiva, costituendo anche una condotta di *preemption* nei confronti dei concorrenti), e comportamenti di boicottaggio e ritorsione volti a ostacolare l'attività di operatori di ticketing nuovi entranti (AGCM 22 dicembre 2020, provv. n. 28495 (caso A523), § 349-355).

¹⁰ AGCM 22 dicembre 2020, provv. n. 28495 (caso A523): «*[t]ali operazioni hanno precluso ai concorrenti operatori di ticketing, in maniera molto più stabile e duratura dei vincoli negoziali di esclusiva, la possibilità di distribuire i biglietti degli eventi prodotti dai promoter acquisiti, divenuti non contendibili e del tutto non negoziabili sul mercato*» (AGCM 22 dicembre 2020, provv. n. 28495 (caso A523), § 351).

¹¹ AGCM 22 dicembre 2020, provv. n. 28495 (caso A523), § 420-421.

¹² TAR Lazio, sez. I, 9 marzo 2022, n. 3334.

¹³ Secondo il TAR Lazio, «*gli strumenti previsti a livello normativo per intervenire sulle concentrazioni*

policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en (ultimo accesso effettuato il 29 novembre 2024).

⁷ AGCM 22 dicembre 2020, provv. n. 28495 (caso A523).

⁸ Mercato in cui il gruppo è quindi un operatore cd. di «*ticketing*». Secondo la ricostruzione dell'AGCM, tale gruppo è attivo anche nel mercato a monte dell'organizzazione di eventi, ed è dunque anche un cd. «*promoter*».

i giudici di primo grado – si sarebbero violati i principi di certezza del diritto e la libertà di iniziativa economica, in quanto «potrebbero essere pregiudicati o addirittura travolti, a distanza di anni dal momento in cui l'Autorità ne ha avuto conoscenza, gli effetti delle operazioni di concentrazione, perché successivamente ritenuti in grado di ostacolare il mercato rilevante in maniera anticoncorrenziale». Il TAR Lazio annullava il provvedimento per questa ragione e per un difetto istruttorio, rappresentato dall'aver l'AGCM ritenuto non rilevanti le argomentazioni difensive delle parti del procedimento sull'inesistenza della finalità escludente nell'acquisizione dei quattro promoter e delle esclusive¹⁴. In sintesi, secondo il TAR Lazio, il Regolamento Concentrazioni avrebbe escluso l'applicabilità alle concentrazioni dell'art. 102 TFUE (e non soltanto del Reg. n. 1/03).

Il 6 ottobre 2022 il Consiglio di Stato – pur confermando l'esistenza del difetto istruttorio rilevato dal TAR Lazio, e dunque l'annullamento del provvedimento – ha superato le tesi del TAR Lazio in relazione alla portata dell'art. 21 § 1. L'AGCM e la società Zed (promoter concorrente del gruppo TicketOne) in appello sostenevano che la *ratio* dell'art. 21 § 1 fosse quella di evitare un doppio controllo, *ex ante* ed *ex post*, delle operazioni di concentrazione, «volendosi dare la priorità all'analisi *ex ante* delle operazioni di concentrazioni con gli strumenti più agili e celeri del Regolamento nei limiti dallo stesso stabiliti»¹⁵, e non invece

quella di rendere inapplicabile *tout court* l'art. 102 TFUE alle stesse¹⁶. Il Consiglio di Stato, smentendo il TAR Lazio, ha ritenuto che la *ratio* dell'art. 21 § 1 fosse quella di evitare un doppio controllo, *ex ante* ed *ex post*, delle operazioni di concentrazione e che quindi l'art. 102 TFUE sia applicabile a un'operazione di concentrazione non esaminata *ex ante* in quanto 'sotto-soglia'¹⁷. Ad ogni modo – in considerazione della loro natura e dei loro effetti – è preferibile svolgere un esame *ex ante* delle operazioni di concentrazione, come «reso possibile dall'art. 22 del Regolamento n. 139/2004, in base al quale nei casi in cui l'aggregazione non è soggetta all'obbligo di notifica preventiva, è possibile attivare un meccanismo per valutare, e se del caso conformare, le operazioni di acquisizioni qualora dovessero incidere sull'assetto concorrenziale del mercato»¹⁸.

II.3. Il caso Towercast dell'Autorité de la concurrence

Nel frattempo, l'Autorità francese della concorrenza aveva risolto un caso analogo in maniera opposta, nella celebre vicenda Towercast, ancora aperta al momento in cui si scrive.

Fino all'ottobre 2016 in Francia erano attivi tre operatori nei mercati della diffusione della televisione digitale terrestre: Télédiffusion de France («TDF» – già monopolista e, in seguito alla liberalizzazione del 2004, maggiore operatore del mercato), Itas e Towercast SASU («Towercast»). Nell'ottobre 2016 TDF aveva acquistato Itas e il numero di operatori attivi in tali mercati si era così ridotto a due.

non possono che essere esclusivamente quelli di cui al richiamato Regolamento» e «a fronte di un quadro normativo che si basa su una netta distinzione tra la disciplina di cui agli articoli 101 e 102 del Tfu e quella sulle concentrazioni, non è consentito alle autorità antitrust di soprassedere dall'utilizzo del meccanismo di controllo di cui al richiamato Regolamento ed intervenire attraverso l'applicazione dell'art. 102 Tfu» (TAR Lazio, sez. I, 9 marzo 2022, n. 3334, 28-29).

¹⁴ TAR Lazio, sez. I, 9 marzo 2022, n. 3334.

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 9035, punto 4.2.

¹⁶ Come invece espresso dall'Avv. Gen. Kokott nelle conclusioni rese pochi giorni dopo nella causa Towercast (conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott alla causa C-449/21, «Towercast»).

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 9035, punto 11.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 9035, punto 11.

L'operazione non era soggetta ad obblighi di notifica in quanto i fatturati delle società coinvolte non superavano le soglie previste dalla disciplina francese sul controllo delle concentrazioni (né tantomeno quelle europee), e neppure veniva effettuato un rinvio alla Commissione ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni.

Nel novembre 2017 Towercast presentava all'*Autorité de la concurrence* una denuncia volta a sostenere che l'acquisizione di Itas da parte di TDF costituiva un abuso di posizione dominante. L'Autorità francese respingeva la denuncia nel gennaio 2020 sostenendo che l'abuso non fosse stato dimostrato e che, alla luce dell'introduzione di un sistema di controllo preventivo delle concentrazioni con il Reg. n. 4064/89, l'art. 102 TFUE non fosse applicabile alle concentrazioni in assenza di una distinta condotta dell'impresa in questione in seguito a tale concentrazione¹⁹.

Towercast impugnava allora tale decisione alla Cour d'appel de Paris e quest'ultima poneva alla Corte di giustizia dell'UE un quesito in via pregiudiziale per chiedere se l'art. 21 § 1, correttamente interpretato, impedisse ad un'autorità della concorrenza di applicare l'art. 102 TFUE ad una concentrazione non esaminata *ex ante*, in quanto al di sotto delle soglie europee e nazionali che avrebbero reso obbligatoria la notifica preventiva, e che non ha neppure dato luogo a un rinvio alla Commissione ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni.

Per rispondere a tale quesito, l'Avv. Gen. Kokott, nelle conclusioni rese nella causa, ha distinto tra il caso in cui una concentrazione non sia stata oggetto di un controllo *ex ante* e il caso in cui, invece, un controllo *ex ante* vi sia stato. Secondo Kokott:

- ove non vi sia stato un controllo *ex ante*, come nel caso Towercast, l'art. 21 § 1 non dovrebbe impedire ad un'autorità della concorrenza di applicare l'art. 102 TFUE. Infatti l'art. 21 § 1 non può escludere l'applicabilità dell'art. 102 TFUE in virtù della natura di diritto primario e dell'applicabilità diretta di quest'ultimo²⁰; inoltre, il Regolamento Concentrazioni non ha carattere di *lex specialis* rispetto all'art. 102 TFUE e quest'ultimo si applicherebbe in via complementare al primo per contribuire all'effettiva tutela della concorrenza nel mercato interno²¹;

- invece, ove vi sia stato un controllo *ex ante*, l'art. 102 TFUE non sarebbe applicabile, in quanto ai sensi dell'art. 21 § 1 il legislatore avrebbe inteso escludere un doppio esame delle concentrazioni. Dunque, nonostante il carattere di diritto primario e l'applicabilità diretta dell'art. 102 TFUE, sarebbe «*plausibile un'applicazione del principio lex specialis derogat legi generali*»²².

La Corte di giustizia ha concluso anch'essa per l'applicabilità dell'art. 102 TFUE in un caso come quello Towercast, ma svolgendo un'argomentazione diversa da quella dell'Avvocato Generale. La Corte ha indicato che l'art. 21 § 1 del Regolamento Concentrazioni è volto a definire l'ambito di applicazione del regolamento suddetto rispetto a quello degli altri atti di diritto derivato dell'Unione in materia di concorrenza²³.

²⁰ C. giust. Ue 13 ottobre 2022, causa C-449/21, "Towercast", punti 29-37.

²¹ C. giust. Ue "Towercast", cit., punti 39-49.

²² C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 59.

²³ C. giust. Ue "Towercast", cit., punti 30-35. Che l'art. 21 § 1 Regolamento Concentrazioni non incida sull'applicabilità dell'art. 102 TFUE a una concentrazione appariva pacifico all'epoca dell'introduzione del reg. n. 4064/89 (che all'art. 22 conteneva una disposizione analoga al vigente art. 21 § 1 Regolamento Concentrazioni). Infatti, se nelle proposte iniziali del reg. n. 4064/89 la disposizione in questione era riferita espressamente alle sole concentrazioni di dimensione comunitaria, il Consiglio e la

¹⁹ *Autorité de la concurrence*, 16 gennaio 2020, decisione n. 20-D-01, punto 140.

Pertanto, il Regolamento Concentrazioni non impedisce a un'auto-rità nazionale della concorrenza di svolgere un controllo *ex post* delle concentrazioni ai sensi dell'art. 102 TFUE²⁴. Questo in quanto l'art. 102 TFUE è una disposizione avente effetto diretto, la cui applicazione non è subordinata all'adozione di un atto di diritto derivato, ed è una norma che attribuisce ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare²⁵. A tal proposito, secondo la Corte, l'inapplicabilità del Reg. n. 1/03 alle concentrazioni in base all'art. 21 § 1 non può impedire alle autorità nazionali della concorrenza di applicare, facendo ricorso alle rispettive norme procedurali, l'art. 102 TFUE alle concentrazioni che non ricadono nell'ambito d'applicazione del Regolamento Concentrazioni²⁶. La Corte ha concluso così che l'art. 21 § 1 non osta a che una concentrazione prospettata da imprese con fatturati inferiori alle soglie europee e nazionali, e che non abbia dato luogo a un rinvio *ex art.* 22 Regolamento Concentrazioni, sia considerata da un'auto-rità nazionale costitutiva di un abuso di

Commissione scelsero poi di fare riferimento a tutte le concentrazioni, di dimensione comunitaria e non, per evitare di applicare alle concentrazioni 'sotto-soglia' (di minore rilevanza economica) le norme antitrust, considerate più severe e di più agile applicazione rispetto alla disciplina sul controllo delle concentrazioni che si stava introducendo, «dato che l'art. 2 § 3 [del Reg. n. 4064/89] stabilisce, per la dichiarazione di incompatibilità, criteri più rigorosi di quelli che si desumono dall'art. 86 [oggi art. 102 TFUE]» (Allegato II al regolamento n. 4064/89, "Dichiarazioni al processo verbale del Consiglio"). Pertanto, il legislatore europeo decise di escludere l'applicabilità del Reg. n. 17/62 nei confronti di tutte le concentrazioni, a prescindere dai fatturati delle imprese interessate, prefigurando così che gli odierni artt. 101 e 102 TFUE si sarebbero potuti applicare ad esse con minore incisività (mancando il supporto delle relative disposizioni di attuazione) in ragione della loro minor offensività che si presumeva in ragione del peso economico ridotto che non faceva scattare un obbligo di notifica preventiva.

²⁴ C. giust. Ue "Towercast", cit., punti 40-41.

²⁵ C. giust. Ue "Towercast", cit., punti 42-46.

²⁶ C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 47.

posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE²⁷.

La causa è quindi tornata alla Cour d'appel di Parigi, che il 27 giugno 2024 ha annullato la decisione dell'autorità francese della concorrenza e ha rinviato il caso davanti a quest'ultima affinché svolga ulteriori indagini²⁸, come l'Autorità stessa aveva auspicato in giudizio ritenendo che si tratterebbe del primo caso in cui la giurisprudenza Continental Can sia 'riattivata' e in cui l'art. 102 TFUE venga applicato a una concentrazione dopo l'entrata in vigore del Regolamento Concentrazioni²⁹.

²⁷ C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 53. Cinque giorni dopo la pronuncia della sentenza Towercast, il 21 marzo 2023, il Procuratore Generale dell'Autorità Belga della Concorrenza ha avviato d'ufficio un'indagine per possibile abuso di posizione dominante in relazione all'operazione con cui, ad esito di una vicenda giudiziale definita lo stesso 21 marzo 2023, Proximus avrebbe acquistato EDPNet. EDPNet, attivo nei mercati all'ingrosso e al dettaglio per l'accesso ad internet a banda larga in Belgio, era il principale operatore alternativo a Proximus (primo operatore di telefonia in Belgio, *ex monopolista*). Il 12 aprile 2023 il Procuratore Generale ha proposto l'adozione di misure provvisorie in relazione a tale operazione, disposte dall'Autorità belga il successivo 21 giugno, volte sostanzialmente a mantenere una separazione tra le attività di EDPNet e Proximus. Il 6 novembre 2023 Proximus ha annunciato di aver raggiunto un accordo per vendere EDPNet a Citymesh, un operatore nuovo entrante nel settore delle telecomunicazioni in Belgio e l'Autorità belga della concorrenza ha chiuso il caso (cfr. decisione dell'Autorité belge de la Concurrence n° ABC-2023-RPR-17 nonché *press release* n. 10/2023 del 22 marzo 2023 e n. 51/2023 del 6 novembre 2023).

²⁸ Avverso la sentenza del 27 giugno 2024 della Cour d'appel è stato presentato ricorso davanti alla Corte di Cassazione francese, pendente al momento in cui si scrive.

²⁹ «Elle estime qu'au surplus ces conséquences dépasseront le seul cadre français, s'agissant d'une première mise en œuvre de la jurisprudence Continental Can «réactivée» et d'une première application de l'article 102 TFUE après l'entrée en vigueur du règlement n° 139/2004, précité, ce qui aurait nécessairement une incidence sur la mise en œuvre de l'article 22 dudit règlement. Sur ce point, elle fait valoir que l'opération de concentration Illumina/Grail, dont

(nella causa davanti alla Corte di giustizia, l'Autorità francese aveva ritenuto che «*la portata della giurisprudenza derivante dalla sentenza [Continental Can] [...] [fosse] divenuta [...] priva di oggetto a partire dall'istituzione di un regime specifico di controllo applicabile alle operazioni di concentrazione*»³⁰).

Che l'art. 21 § 1 Regolamento Concentrazioni non incide sull'applicabilità dell'art. 102 TFUE a una concentrazione era chiaro per il legislatore al momento dell'introduzione di tale disposizione (originariamente contenuta all'art. 22 del Reg. 4064/89, con una formulazione analoga al vigente art. 21 § 1 Regolamento Concentrazioni). Infatti, nelle proposte iniziali del Reg. n. 4064/89 la disposizione in questione era riferita espressamente alle sole concentrazioni di dimensione comunitaria, ma il Consiglio e la Commissione scelsero poi di fare riferimento a tutte le concentrazioni, di dimensione comunitaria e non, per evitare di applicare alle concentrazioni 'sotto-soglia' (di minore rilevanza economica) le norme antitrust, considerate più severe e di più agile applicazione rispetto alla disciplina sul controllo delle concentrazioni che si stava introducendo, «*dato che l'art. 2 § 3 [del Reg. n. 4064/89] stabilisce, per la dichiarazione di incompatibilità, criteri più rigorosi di quelli che si desumono dall'art. 86 [oggi art. 102 TFUE]*»³¹.

l'examen a été soumis à la Commission européenne sur le fondement dudit article 22 et qui a donné lieu à une procédure actuellement pendante devant la Cour de justice (affaires C-611/22P et C-625/22P), devrait conduire celle-ci à préciser, dans le prolongement de son arrêt Towercast, l'articulation et les mérites respectifs des contrôles ex ante et ex post d'opérations de concentration sous les seuils de notification, notamment au regard des principes de sécurité juridique et de proportionnalité», Cour d'appel de Paris, 27 June 2024, RG n° 20/04300, punto 38.

³⁰ C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 24.

³¹ Allegato II al regolamento n. 4064/89, "Dichiarazioni al processo verbale del Consiglio".

Pertanto, il legislatore europeo decise di escludere l'applicabilità del Reg. n. 17/62 nei confronti di tutte le concentrazioni, a prescindere dai fatturati delle imprese interessate, prefigurando così che gli odierni artt. 101 e 102 TFUE si sarebbero potuti applicare a tali concentrazioni con minore incisività (mancando il supporto delle relative disposizioni di attuazione) in ragione della loro minor offensività che si presumeva in ragione del peso economico ridotto che non faceva scattare un obbligo di notifica preventiva.

III. La possibilità di esaminare *ex ante* operazioni 'sotto-soglia'

III.1. La possibilità di rinviare *ex art. 22* Regolamento Concentrazioni alla Commissione concentrazioni 'sotto-soglia'

Nelle due sentenze appena richiamate sia la Corte di giustizia che il Consiglio di Stato italiano hanno riaffermato l'applicabilità dell'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazioni non notificate e hanno sottolineato, rispettivamente, che per ragioni di certezza del diritto il controllo preventivo delle concentrazioni andrebbe esercitato prioritariamente rispetto all'art. 102 TFUE (sentenza Towercast³²) e che svolgere un controllo *ex ante* delle concentrazioni sia preferibile rispetto all'applicazione dell'art. 102 TFUE, eventualmente ricorrendo al rinvio *ex art. 22* del Regolamento Concentrazioni per le operazioni 'sotto-soglia' (sentenza TicketOne³³). In entrambi i casi, inoltre, i giudici ammettevano la possibilità di

³² C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 40.

³³ Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 9035, punto 11.

rinvviare alla Commissione ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni una concentrazione tra imprese con fatturati inferiori alle soglie nazionali di notifica. In particolare, la Corte di giustizia scriveva che l'art. 21 § 1 non osta a che una concentrazione «*che sia inferiore alle soglie di controllo ex ante obbligatorio previste dal diritto nazionale e che non abbia dato luogo a un rinvio alla Commissione europea a norma dell'articolo 22 di detto regolamento*» possa esser considerata costitutiva di un abuso di posizione dominante.

La possibilità di rinviare ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni una concentrazione 'sotto-soglia' era stata espressamente incoraggiata dalla Commissione due anni prima, in una comunicazione del marzo 2021 con cui invitava gli Stati membri ad utilizzare il meccanismo del rinvio di cui all'art. 22 Regolamento Concentrazioni in casi in cui «*lo Stato membro che chiede il rinvio non abbia competenza originaria sul caso*»³⁴, in particolar modo per operazioni che rientrano nei settori farmaceutico e digitale³⁵.

³⁴ Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi, GUUE 2021/C 113/01, 1-6, punto 11. La concentrazione oggetto di rinvio deve inoltre, ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni, incidere sugli scambi tra Stati membri e rischiare di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro o degli Stati membri che presentano la richiesta.

³⁵ *Ibidem*, punto 10. La Commissione riconosceva espressamente che «[c]on la graduale attuazione di regimi nazionali di controllo delle concentrazioni in quasi tutti gli Stati membri, la Commissione [...] ha sviluppato una prassi che scoraggia le richieste di rinvio ai sensi dell'articolo 22 da parte di Stati membri che non avevano la competenza originaria sull'operazione in questione. Tale prassi si basava in particolare sull'esperienza che dimostrava che in genere tali operazioni non avevano un impatto significativo sul mercato interno. Negli ultimi anni, tuttavia, gli sviluppi del mercato hanno determinato un graduale

Tuttavia, circa un anno dopo la sentenza Towercast, la Corte di giustizia nella sentenza Illumina ha escluso in maniera netta la possibilità di effettuare un rinvio ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni nei casi di concentrazioni tra imprese con fatturati inferiori alle soglie nazionali: più precisamente, nei casi in cui gli Stati che presentano la richiesta di rinvio «*non sono autorizzati, in forza della loro normativa nazionale in materia di controllo delle concentrazioni, ad esaminare la concentrazione oggetto di detta richiesta*»³⁶.

III.2. Il caso Illumina/Grail

Il caso Illumina prende le mosse nel settembre 2020 (dunque pochi mesi prima della comunicazione della Commissione) quando Illumina aveva concluso un accordo e un piano di fusione diretto all'acquisizione del controllo esclusivo della Grail; tale operazione non era notificata nell'UE in quanto i fatturati delle imprese interessate non superavano né le soglie europee né quelle nazionali (in particolare Grail non registrava alcun fatturato in alcuno Stato).

Nel dicembre 2020 la Commissione europea e la Competition and Markets Authority del Regno Unito ricevevano una denuncia riguardante tale concentrazione. La Commissione invitava gli Stati membri coinvolti a presentare una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 22 § 5 Regolamento Concentrazioni, considerando che «*l'importanza della Grail per la concorrenza*

aumento di concentrazioni che coinvolgono imprese che svolgono un ruolo concorrenziale significativo sul mercato o sui mercati in questione, o che potrebbero svolgerlo, pur generando un fatturato modesto o inesistente al momento della concentrazione» (punti 8-9). La Commissione intendeva, pertanto, «*in determinate circostanze, incoraggiare e accettare i rinvii qualora lo Stato membro che chiede il rinvio non abbia competenza originaria sul caso (ma siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 22)*» (punto 11).

³⁶ C. giust. Ue 3 settembre 2024, causa C-611/22 P, «Illumina», punto 222.

non si rifletteva nel suo fatturato»³⁷. Nel marzo 2021 l'Autorità francese inviava la richiesta, che la Commissione accoglieva nel mese successivo e a cui hanno poi aderito le autorità nazionali di Belgio, Grecia, Islanda, Paesi Bassi e Norvegia. Il 16 giugno 2021 l'operazione veniva formalmente notificata dalle parti alla Commissione: quest'ultima, dopo aver avviato la cd. 'Fase II' il 22 luglio 2021, vietava la concentrazione circa un anno dopo, il 6 settembre 2022. Nel frattempo, il 18 agosto 2022, Illumina aveva annunciato di aver realizzato l'operazione. La Commissione, quindi, ha adottato misure provvisorie e irrogato una sanzione a Illumina per aver questa concluso la concentrazione prima che la Commissione adottasse una decisione; inoltre, dopo la decisione di vietare la concentrazione, la Commissione ha anche disposto misure di ripristino.

Illumina ha allora impugnato le decisioni di accoglimento della richiesta di rinvio dell'Autorità francese e delle richieste di adesione delle altre autorità. I motivi di ricorso riguardavano in primo luogo l'incompetenza della Commissione ad accettare una richiesta di rinvio *ex art. 22* in una situazione in cui lo Stato membro che chiedeva tale rinvio non era autorizzato, in base alla sua normativa nazionale sul controllo delle concentrazioni, ad esaminare tale concentrazione: secondo Illumina, scopo dell'*art. 22* Regolamento Concentrazioni era ed è quello di essere applicato ai casi in cui uno Stato membro non disponga di una propria normativa sul controllo delle concentrazioni, come i Paesi Bassi all'epoca dell'entrata in vigore del Reg. n. 4064/89. In secondo luogo, Illumina ha lamentato una violazione dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità e di certezza del diritto.

³⁷ V. Trib. Ue 13 luglio 2022, causa T-227/21, "Illumina", punto 11.

Il Tribunale, nel luglio 2022, ha ritenuto che gli Stati membri possono presentare una richiesta di rinvio *ex art. 22* Regolamento Concentrazioni «*indipendentemente dalla portata della loro normativa nazionale in materia di controllo delle concentrazioni*»³⁸ ove ricorrano quattro condizioni cumulative contenute nell'*art. 22*: (i) la richiesta di rinvio deve provenire da uno o più Stati membri; (ii) l'operazione oggetto di tale richiesta deve rispondere alla definizione della concentrazione *ex art. 3* Regolamento Concentrazioni e non raggiunga le soglie europee dell'*art. 1*; (iii) tale concentrazione deve incidere sul commercio tra Stati membri e, (iv) detta concentrazione deve rischiare di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che hanno presentato la richiesta di rinvio.

Ciò in quanto, tra le altre considerazioni del Tribunale, le concentrazioni prive di dimensione europea ricadono nella competenza degli Stati membri; per cui, ove uno Stato abbia adottato una disciplina sul controllo delle concentrazioni e una concentrazione non supera le soglie che rendono obbligatoria la notifica, pure se l'autorità nazionale della concorrenza non avrebbe la competenza ad esaminarla, ciò non comporta che lo Stato abbia perso la propria competenza. Quest'ultimo, quindi, è sempre competente a presentare una richiesta di rinvio *ex art. 22* Regolamento Concentrazioni, altrimenti la possibilità di presentare richieste di rinvio dipenderebbe dalle normative di ciascuno Stato membro, con risultati non omogenei nell'UE³⁹.

³⁸ Trib. Ue "Illumina", cit., punto 183.

³⁹ Trib. Ue "Illumina", cit., punti 152-156. In particolare «*occorre ricordare che, come indicato all'ultima frase del considerando 8 del regolamento n. 139/2004 e come risulta dall'articolo 21 di tale regolamento, tutte le concentrazioni non disciplinate da detto regolamento rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri. [...] Pertanto questi ultimi sono sempre competenti, sotto il profilo*

Invece, le quattro condizioni cumulative di cui all'art. 22 § 1 c. 1 Regolamento Concentrazioni sono sufficientemente precise e garantiscono che si possa applicare tale norma in maniera uniforme nell'UE. Inoltre, tale interpretazione rispetta il principio di proporzionalità, limitandosi a quanto necessario per garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, dal momento che consentirebbe alla Commissione di esaminare una concentrazione ai sensi di tale articolo solo in quei casi in cui sono soddisfatte le quattro condizioni cumulative previste all'art. 22 § 1 c. 1 Regolamento Concentrazioni⁴⁰.

del diritto dell'Unione, per la presentazione di una richiesta di rinvio ai sensi dell'articolo 22 di detto regolamento» (Trib. Ue "Illumina", cit., punto 153).

⁴⁰ Secondo il Tribunale, tale interpretazione del quadro normativo non contrasta né con il principio di sussidiarietà, che anzi viene tutelato proprio dal meccanismo dell'art. 22 (Trib. Ue "Illumina", cit., punti 157-166), né con il principio della certezza del diritto, dal momento che per determinare i casi in cui una richiesta di rinvio può essere presentata, il riferimento alle sole condizioni dell'art. 22 (e non alle diverse discipline nazionali) garantisce un'applicazione uniforme nell'UE di tale disposizione (Trib. Ue "Illumina", cit., punti 173-181). Quanto alla censura sulla violazione dei principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, il Tribunale lo ha respinto in quanto, in particolare, la Illumina non aveva dimostrato che le erano state fornite dalla Commissione rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti con riferimento al trattamento delle concentrazioni che non rientravano nell'ambito di applicazione di una normativa nazionale in materia di controllo delle concentrazioni (Trib. Ue "Illumina", cit., punto 263). Va anche sottolineato che il Tribunale, alla luce «degli obiettivi fondamentali di efficacia e di celerità» (Trib. Ue "Illumina", cit., punto 226) del Regolamento Concentrazioni, ha rilevato l'irragionevolezza del termine nel quale la Commissione ha inviato alle autorità francesi la lettera di invito per render loro nota la concentrazione e invitarle a presentare richiesta di rinvio (la Commissione aveva ricevuto la denuncia riguardante l'operazione il 7 dicembre 2020 e ha inviato la lettera di invito agli Stati membri il 19 febbraio 2021). Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto che tale irragionevolezza non incidesse sulla validità del procedimento in questione non avendo

Il 3 settembre 2024 la Corte di giustizia, seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha annullato la sentenza del Tribunale e le decisioni con cui la Commissione aveva accolto le richieste delle autorità nazionali, e il 6 settembre successivo la Commissione ha revocato le decisioni adottate rispetto alla concentrazione Illumina/Grail⁴¹. Per la Corte di giustizia ritenere che l'applicazione dell'art. 22 non si limiti ai casi in cui gli Stati membri non abbiano una normativa sul controllo delle concentrazioni non consente di concludere che l'art. 22 possa essere applicato ove una normativa nazionale esista e questa non sia applicabile a una concentrazione. Soprattutto, per la Corte, il meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 attribuisce alla Commissione la competenza ad esaminare una concentrazione sulla base dell'opportunità che la Commissione si sostituisca a una o più autorità nazionali in tale esame. Tale sostituzione «*presuppone tuttavia che, qualora lo Stato membro richiedente disponga di una siffatta normativa, la competenza dell'autorità incaricata del controllo ex ante delle concentrazioni all'interno di quest'ultimo non sia esclusa da tale normativa, in particolare in quanto l'operazione di cui trattasi si colloca al di sotto delle soglie di controllo da essa definite*»⁴². Secondo la Corte, l'interpretazione dell'art. 22 proposta dalla Commissione e accolta dal Tribunale «*rischia di rompere l'equilibrio tra i diversi obiettivi perseguiti*»⁴³

riscontrato una conseguente violazione dei diritti di difesa dell'impresa interessata.

⁴¹ In particolare, la Commissione ha revocato le decisioni con cui aveva aperto la cd. 'Fase II', con cui aveva vietato la concentrazione (caso M.10188), con cui aveva imposto misure provvisorie (casi M.10493 e M.10938), con cui aveva imposto provvedimenti di ripristino della situazione anteriore (caso M.10939) e con cui aveva imposto ammende per aver Illumina completato l'operazione prima della decisione della Commissione (caso M.10483).

⁴² C. giust. Ue "Illumina", cit., punto 180.

⁴³ C. giust. Ue "Illumina", cit., punto 205.

dal Regolamento Concentrazioni poiché «*compromette l'efficacia, la prevedibilità e la certezza del diritto che devono essere garantite alle parti di una concentrazione*». Tutto ciò, secondo la Corte di giustizia, non osta a che un'operazione di concentrazione tra imprese i cui fatturati non raggiungono le soglie di notifica *ex ante* obbligatoria europee e nazionali possa essere considerata un abuso di posizione dominante vietato dall'articolo 102 TFUE⁴⁴.

Se al momento l'art. 102 TFUE sembrerebbe così lo strumento applicabile per esaminare gli effetti di concentrazioni non soggette ad alcun obbligo di notifica, diversi Stati membri (tra cui l'Italia) hanno nel frattempo adottato norme che consentono loro di esaminare *ex ante* operazioni di concentrazione cd. 'sotto-soglia' (ed eventualmente di rinviarle alla Commissione ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni).

III.3. L'art. 16, c. 1-bis, l. n. 287/90

Nell'ordinamento italiano la notifica di un'operazione di concentrazione è obbligatoria quando i fatturati delle imprese coinvolte superano due soglie: la prima, pari a 567 milioni di euro, da riferirsi al fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate; la seconda, pari 35 milioni di euro, da riferirsi al fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate⁴⁵.

Nell'agosto 2022 è stato introdotto l'art. 16, c. 1-bis, l. n. 287/90⁴⁶ in base al quale l'AGCM può chiedere alle imprese di notificare un'operazione di concentrazione 'sotto-soglia', entro 6 mesi dal suo perfe-

zionamento, quando sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, e una delle due soglie suddette sia raggiunta oppure quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro⁴⁷. In questi casi l'Autorità può chiedere alle imprese interessate di notificare l'operazione e naturalmente le stesse imprese possono informare volontariamente l'Autorità ove ritengano che una concentrazione rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 16, c. 1-bis, l. n. 287/90. In questo secondo caso, la comunicazione deve essere inviata all'Autorità entro due mesi dal perfezionamento dell'operazione⁴⁸.

Il 31 ottobre 2024 la Commissione ha accettato una richiesta di rinvio ai sensi dell'art. 22 Regolamento Concentrazioni presentata dall'AGCM. Tale rinvio riguarda la concentrazione per mezzo della quale NVIDIA Corporation intende acquistare Run:ai Labs Ltd, una società che sviluppa software. Questa concentrazione non sarebbe stata soggetta ad obblighi di notifica ma l'AGCM ne ha chiesto la notifica ai sensi dell'art. 16, c. 1-bis, l. n. 287/90. La concentrazione è stata formalmente notificata il 15 novembre 2024 e il caso è attualmente pendente in Commissione⁴⁹. Si tratta dunque di una concentrazione 'sotto-soglia', per la quale l'AGCM ha

⁴⁷ All'epoca dei fatti TicketOne le concentrazioni realizzate non superavano le soglie che rendevano obbligatoria la notifica (v. Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 9035, punto 4) né era in vigore l'art. 16, comma 1-bis, l. n. 287/1990.

⁴⁸ Delibera AGCM 27 febbraio 2024, n. 31090, "Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287", § 4.

⁴⁹ Caso M.11766 NVIDIA / RUN:AI. V. anche il comunicato stampa del 31 ottobre 2024 «*Commission to assess the proposed acquisition of Run:ai by NVIDIA*», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_24_5623.

⁴⁴ C. giust. Ue "Illumina", cit., punto 214.

⁴⁵ Art. 16, comma 1, l. n. 287/1990 e delibera AGCM 5 marzo 2024, n. 31088, "Rivalutazione soglie fatturato *ex art.* 16, comma 1, della legge N. 287/90".

⁴⁶ Introdotto dall'art. 32, l. 118/2022.

chiesto in base all'art. 16, c. 1-*bis*, l. n. 287/90 che venisse notificata. Ricevuta la notifica, l'AGCM ha inviato una richiesta di rinvio alla Commissione ai sensi dell'art. 22 § 1 Regolamento Concentrazioni.

In conclusione, la Corte di giustizia si è espressa in termini di «*applicazione prioritaria del meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni*»⁵⁰ rispetto all'art. 102 TFUE e in termini di «*importanza cardinale*», nell'economia dei regimi di controllo preventivo delle concentrazioni, delle soglie fissate per definire se un'operazione debba o meno essere notificata⁵¹. Come illustrato, però, il sistema basato sulle soglie di fatturato, stante la sua rigidità, non appare più idoneo ad individuare le concentrazioni capaci di incidere in maniera significativa sulla concorrenza. È possibile allora adottare delle previsioni normative come l'art. 16, c. 1-*bis*, l. n. 287/90 in Italia, che ha introdotto la possibilità di notificare o di chiedere la notifica di concentrazioni 'sotto-soglia'. In questi casi, tuttavia, le imprese potrebbero trovarsi nel dilemma, in caso di mancata richiesta da parte dell'AGCM di notificare l'operazione, tra il procedere in via cautelativa a comunicare preventivamente le concentrazioni all'AGCM, oppure non effettuare tali comunicazioni e attendere eventuali contestazioni successive ai sensi dell'art. 102 TFUE. A tale incertezza si aggiunge la possibile disomogeneità che potrebbe venirsi a creare all'interno dell'UE con varie discipline nazionali per la notifica di concentrazioni 'sotto-soglia'. Una prima risposta potrebbe arrivare dalla Commissione, alla luce delle parole pronunciate da Margrethe Vestager in un discorso pubblico (tenuto ad un evento organizzato dall'Autorità francese della concorrenza poco dopo la pronuncia della sentenza Illumina), secondo cui: «[t]he

Court's judgement provides an important legal clarification, but it does not change the fact that we need to examine these mergers. We are therefore already reflecting on how we can best ensure that sub-threshold deals with a significant competitive impact in Europe can be reviewed in the future»⁵².

FILIPPO CALIENTO*

⁵² Discorso del 30 settembre 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_4966. V. anche le dichiarazioni di M. Vestager rese il 3 settembre 2024 subito dopo la pronuncia della sentenza Illumina da parte della Corte di giustizia, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_24_4525: «*in compliance with today's judgment, the Commission will continue to accept referrals made under Article 22 of the Merger Regulation by Member States that have jurisdiction over a concentration under their national rules where the applicable legal requirements are met. In the last few years, several Member States have introduced provisions allowing them to request the notification of transactions that do not meet national thresholds, in situations where they might have a significant competitive impact. The possibilities for referrals to the Commission under Article 22, in compliance with today's judgment, are thus already more extensive than they were at the time of the Illumina/GRAIL referral. More generally, we will consider the next steps to ensure that the Commission is able to review those few cases where a deal would have an impact in Europe but does not otherwise meet the EU notification thresholds*».

* Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
- Le opinioni espresse nel testo sono esclusivamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

⁵⁰ C. giust. Ue "Towercast", cit., punto 40.

⁵¹ C. giust. Ue "Illumina", cit., punto 208.

Bibliografia

E. Cannizzaro - L.F. Pace, «Le politiche di concorrenza», in *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, (a cura di) Strozzi, Torino, 2017; F. Ghezzi - M. Maggiolino, «La nuova disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia: alla ricerca di una convergenza con il diritto europeo», in *Riv. soc.*, 2023, p. 1 ss.; T. Körber, «Fusionskontrollverordnung – Art. 21 Anwendung dieser Verordnung und Zuständigkeit», in *Fusionskontrollverordnung*, (a cura di) Immenga-Mestmäcker, Monaco di Baviera, 2020; E. J. Mestmäcker, «Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft», in *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden Baden, 1984, p. 565 ss.; E. Ocello, «Regolamento (CE) n. 139/2004 – Art. 21», in

Codice della Concorrenza, (a cura di) Arena-Chieppa, Milano, 2023; L.F. Pace, «La Corte di giustizia, la “nascita” del diritto antitrust europeo e i tre building blocks della giurisprudenza in materia di artt. 101 e 102 TFUE», in AISDUE, Convegni annuali e interinali, 2019, p. 10 ss.; A. Pappalardo, «Il regolamento Cee sul controllo delle concentrazioni tra imprese», in *Foro it.*, 1990, Vol. 113, IV, p. 233 ss. nonché in *Common Market Law Reports*, 1990, 4, p. 314 ss.; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2018; R. Striani, «Applicazione esclusiva del Regolamento e competenza esclusiva della Commissione», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) Catricalà - Troiano, Torino, 2010; R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2024.

L'APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE NEI CONFRONTI DEGLI STATI MEMBRI

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Il combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE. – II.1. Misure nazionali che rafforzano l'effetto di una intesa vietata dall'art. 101 TFUE. – II.2. Misure nazionali che favoriscono l'adozione di accordi contrari all'art. 101 TFUE. – II.3. Misure nazionali che impongono la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE. – II.4. Misure nazionali che privano la propria normativa del carattere statale che le è proprio. – **III.** Il combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE. – **IV.** La vincolatività delle misure nazionali illegittime e la responsabilità per danni dei privati e degli Stati membri per la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

I. Introduzione

Gli artt. 101 e 102 TFUE sono norme dirette ai privati e, in particolare, alle imprese. In taluni casi, però, questi divieti possono essere applicati nei confronti degli Stati membri e, specificatamente, ai sensi del combinato disposto degli 101 TFUE e art. 4 n. 3 TUE (già artt. 10 e 81 TCE) e degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE (già artt. 82 e 86 § 1 TCE)¹. A tale riferimento, la Corte di giustizia ha sostenuto che gli Stati membri, ai sensi del principio dell'effetto utile delle norme di concorrenza, non possono emanare normative nazionali le quali rendano «praticamente inefficaci le regole

[comunitarie] di concorrenza applicabili alle imprese»².

II. Il combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE

Con riferimento al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, la giurisprudenza comunitaria ha sostenuto che, «anche se di per sé l'articolo [101] del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri»³, è pur vero che «l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, aventi natura legislativa o

¹ Da ultimo, v. C. giust. UE, 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance contro Beaudout Père et Fils SARL*. – “AG2R”, causa C-437/09, in *Racc.* 2011, p. I-973, punti 28 e 40.

² C. giust. CE, 16 novembre 1977, *S.A. G.B. - B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)* – “ATAB”, causa 13/77, in *Racc.* 1977, p. 2115, punto 33; C. giust. CE, 18 giugno 1991, *Eelliniki radiophonia tileorassi anonimi etairia e panellinia omospondia syllogon prossopikou ert c. dimotiki etairia pliroforissis e sotirios kouvelas e nicolaos avdellas e altri* – “ERT”, causa C-260/89, in *Racc.* 1991, p. I-2925, punto 35; C. giust. CE, 5 ottobre 1995, *Centro servizi spedipuerto srl c. spedizioni marittima del golfo srl* – “Spediporto”, causa C-96/94, in *Racc.* 1995, p. I-2883, punto 20; C. giust. CE, 17 ottobre 1995, *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa* – “DIP”, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, in *Racc.* 1995, p. I-3257, punto 14; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* – “Brentjens”, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025, punto 113; C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533 punto 11.

³ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-35/96, in *Racc.* 1998, I-3851, punto 53.

regolamentare, atti ad eliminare l'effetto utile delle norme in materia di concorrenza applicabili alle imprese»⁴.

In particolare, quattro sono le ipotesi a cui tale giurisprudenza è applicabile. Infatti, ricorre «siffatta ipotesi allorquando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 101» (prima e seconda ipotesi) «o rafforzi gli effetti di siffatti accordi» (terza ipotesi) «ovvero qualora privi la propria normativa del carattere statale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica ad operatori privati» (quarta ipotesi)⁵.

Tali ipotesi sono *infra* prese in considerazione a seconda dei casi in cui l'art. 101 TFUE sia direttamente applicabile al comportamento delle imprese; ad iniziare dalla prima fattispecie, in cui il comportamento privato è sempre sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE, fino alla quarta fattispecie in cui il comportamento privato, essendo parte di una misura normativa, non può essere oggetto dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, se non dopo l'accertamento dell'illegittimità della normativa statale.

II.1. Misure nazionali che rafforzano l'effetto di una intesa vietata dall'art. 101 TFUE

La prima fattispecie, riferibile alla giurisprudenza *BNIC/Clair*⁶, riguarda il caso in cui una normativa statale "rafforzi" l'effetto di una intesa vietata *ex art.* 101 TFUE⁷. Ai sensi di tale giurisprudenza,

una normativa è illegittima quando sono presenti due requisiti:

- Un'intesa contraria all'art. 101 TFUE;
- Una normativa che estenda, eventualmente e successivamente, la vincolatività dell'accordo anticoncorrenziale a soggetti terzi.

II.2. Misure nazionali che favoriscono l'adozione di accordi contrari all'art. 101 TFUE

La seconda fattispecie è riferibile al caso in cui una normativa nazionale "faciliti" la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE (giurisprudenza *Ahmed Saeed*⁸). Nel caso in cui la misura normativa crei delle condizioni che favoriscano la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE, la misura statale è illegittima per violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE.

Tale ipotesi, così come anche l'ipotesi della giurisprudenza *BNIC/Clair*, permette l'applicabilità dell'art. 101 TFUE alle intese poste in essere (e alla comminazione della sanzione alle imprese che le hanno poste in essere) a prescindere dalla dichiarazione di illegittimità della normativa nazionale per violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE. Ciò in quanto gli accordi, in tali due casi, sono posti in essere da imprese libere nelle loro scelte imprenditoriali.

tale comportamento, v. per tutte, C. giust. CE, 1° ottobre 1987, *A.S.B.L. Vereniging van Vlaamse Resibureaus c. A.S.B.L. Sociale dienst van de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten*, causa 311/85, in *Racc.* 1987, 3801.

⁸ C. giust. CE, 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*, C-66/86, in *Racc.* 1989, 803; C. giust. CE, 27 ottobre 1994, *John Deere Ltd. c. Commissione*, T-35/92, in *Racc.* 1994, II-957.

⁴ Da ultimo, v. C. giust. UE, "AG2R", punti 24.

⁵ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica Italiana*, cit., punto 54.

⁶ C. giust. CE, 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. René Clair*, causa 123/83, in *Racc.* 1983, 391.

⁷ Per il caso di normativa illegittima perché abbia omologato e reso legalmente vincolante una intesa vietata *ex art.* 101 TFUE esclusivamente tra coloro che hanno posto in essere precedentemente

II.3. Misure nazionali che impongono la conclusione di accordi in violazione dell'art. 101 TFUE

La terza fattispecie, riferibile alla sentenza *CNSD*⁹, riguarda l'ipotesi in cui una normativa nazionale imponga ad imprese la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101 TFUE. In tale ipotesi, il comportamento delle imprese non è sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE in quanto è imposto direttamente dalla misura normativa¹⁰. Però le imprese, nel momento in cui realizzano la prescritta intesa anticoncorrenziale, devono porre in essere, nel caso in cui godano «di un margine discrezionale nell'esecuzione della normativa nazionale»¹¹, comportamenti tali «da preservare (...) il grado di concorrenza che la pratica attuazione (...) [potrebbe lasciar] sussistere»¹². Se ciò è rispettato, l'intesa conclusa dalle imprese sarà sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE solo se posta in essere successivamente alla dichiarazione di illegittimità comunitaria della normativa nazionale (v. *infra* § IV).

Diversamente, nel caso in cui le imprese, ponendo in essere quanto previsto dalla normativa nazionale, realizzino comportamenti che restringano la concorrenza più di quanto la normativa stessa «lasci sussistere», ebbene i relativi accordi saranno sanzionabili direttamente ai sensi dell'art. 101 TFUE¹³.

II.4. Misure nazionali che privino la propria normativa del carattere statutale che le è proprio

La quarta fattispecie, relativa al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, riguarda il caso in cui lo Stato membro «privi la propria normativa del carattere statutale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica ad operatori privati». Tale fattispecie, riferibile alla giurisprudenza *Reiff*¹⁴, riguarda quelle normative che prevedono una sequenza procedimentale nella quale partecipano soggetti privati che sono anche destinatari del provvedimento finale.

Nel procedimento normativo, il ruolo delle imprese è quello di formulare una proposta di accordo che sia comunque vietato ai sensi dell'art. 101 TFUE. Al termine del procedimento è emanato un provvedimento nel quale la proposta delle imprese perde la propria autonomia rilevanza e si fonde nel provvedimento stesso. Tale provvedimento finale dovrebbe rappresentare il temperamento delle diverse istanze (compresa quella delle imprese che saranno poi le destinatarie del provvedimento) chiamate dalla legge ad esprimersi in vista dell'interesse pubblico da soddisfare. Ai sensi di tale procedimento, le imprese sono anche destinatarie del provvedimento normativo finale.

Affinché una normativa nazionale rientri nella fattispecie prevista dalla giurisprudenza *Reiff* sono necessari due distinti elementi:

i) La partecipazione nella sequenza procedimentale di soggetti privati (cioè imprese) tramite la proposta di un accordo vietato ai sensi dell'art. 101 TFUE.

⁹ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit.

¹⁰ *Ibidem*, punto 55.

¹¹ Trib. CE, 30 marzo 2000, *Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali c. Commissione*, T-513/93, in *Racc. II-1807*, punto 71.

¹² *Ibidem*, punto 73.

¹³ *Ibidem*, punto 74.

¹⁴ C. giust. CE, 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c. Gebrüder Reiff GmbH & Co. Kg.*, causa C-185/91, in *Racc. 1993*, I-5801.

I privati sono o i destinatari diretti del provvedimento finale, o i rappresentanti gli interessi dei destinatari del provvedimento finale (cioè i c.d. esperti non indipendenti);

ii) Un provvedimento normativo al termine del procedimento. Nella giurisprudenza *Reiff* la partecipazione delle imprese nel procedimento non ha effetto diretto sul mercato (fatto questo che distingue la fattispecie *Reiff* da quella *CNSD*). In *Reiff* la procedura culmina con l'adozione di un provvedimento che costituisce la "condizione sospensiva"¹⁵ dell'efficacia sul mercato dell'intesa posta in essere dai privati e vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Una misura nazionale che rientri nella fattispecie *Reiff* è in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE quando il contenuto della proposta delle imprese costituisca una intesa in violazione dell'art. 101 TFUE e sia stata formulata da soggetti che non siano indipendenti dalle imprese destinatarie del provvedimento finale (cioè in assenza di "esperti indipendenti"). In questo senso, il provvedimento finale rappresenta esclusivamente gli interessi delle imprese che hanno partecipato direttamente (o tramite "esperti non indipendenti") al procedimento.

Anche nel caso in cui la proposta non sia stata definita da esperti indipendenti (quindi essa rappresenti solo gli interessi dei privati destinatari del provvedimento finale e non l'interesse generale¹⁶), la misura finale è comunque legittima se lo Stato membro non «abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione» della «proposta» poi contenuta nella misura normativa¹⁷. La misura finale

sarebbe illegittima se, ad esempio, l'organo pubblico che adotta la misura finale dovesse necessariamente accettare la proposta dei privati non potendo quindi rifiutarla. In questa ipotesi la proposta delle imprese costituirebbe semplicemente una intesa vietata «sottoposta a condizione sospensiva».

In altre parole, ai sensi della giurisprudenza *Reiff*, la procedura nazionale è illegittima se essa non elimini il «rischio di intesa»¹⁸. Questo rischio esiste se la misura adottata al termine del procedimento rappresenti esclusivamente gli interessi dei privati partecipanti al procedimento e destinatari della misura finale.

In considerazione del fatto che il comportamento dei privati nella procedura (cioè la proposta di accordo) è imposto da una normativa nazionale e non ha un effetto diretto sul mercato, tale comportamento, come *supra* ricordato, non può essere valutato ai sensi dell'art. 101 TFUE. L'applicazione dell'art. 101 alle imprese è infatti possibile solo successivamente alla dichiarazione di illegittimità della misura nazionale come chiarito dalla giurisprudenza *Cif* (v. *infra* § IV).

III. Il combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE

L'applicazione dell'art. 102 TFUE nei confronti degli Stati membri è previsto in due distinti filoni giurisprudenziali. Quello relativo al combinato disposto degli artt. 102 TFUE e 4 n. 3 TUE¹⁹, e

¹⁸ Conclusioni dell'avv. gen. Darmon relative alla sentenza *Reiff*, cit., punto 105.

¹⁵ Concl. Darmon del 14 luglio 1993 nella sent. *Reiff*, cit., causa C-185/91, punto 99.

¹⁶ C. giust. CE, *Procedimento penale c. Manuele Arduino*, causa C-35/99, in *Racc.* 2002, p. I-1529, punto 37.

¹⁷ *Ibidem*, punto 40.

¹⁹ V. C. giust. CE, 5 ottobre 1995, "Spediporto", cit., punto 20; C. giust. CE, 17 ottobre 1995, *DIP spa c. Comune di Bassano del Grappa*, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, *Racc.* 1995, p. I-3257, punti 14-24; C. giust. CE, 4 maggio 1988, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funebres des Regions Liberees*, causa 30/87, in *Racc.* 1988, p. 2479, punto 34; C. giust. CE, 1° ottobre 1998, *Autotrasporti*

quello relativo al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE. Questi, però, si riferiscono al medesimo principio, cioè al divieto nei confronti degli Stati membri di adottare misure contrarie all'effetto diretto dell'art. 102 TFUE. Sotto questo aspetto, infatti, l'art. 106 § 1 TFUE costituisce una specificazione dell'art. 4 n. 3 TUE²⁰.

La giurisprudenza relativa al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE prevede che «l'art. [102] contempla soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa e non i provvedimenti statali»²¹. Il diritto UE prescrive, però, che «a norma dell'art. 106, n. 1, TFUE, al quale corrispondeva precedentemente l'art. 86, n. 1, CE, gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 TFUE e da 101 TFUE a 109 TFUE inclusi, salvo quanto previsto all'art. 106, n. 2, TFUE»²². Conseguentemente, sono illegittime quelle misure che rendano «praticamente inefficaci» tali norme. Una misura nazionale che rendesse l'art. 102 TFUE «praticamente inefficace» sarebbe quindi

illegittima in virtù del combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE.

Due sono i requisiti perché una misura normativa sia in violazione del combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE:

i) Una misura normativa che crei una posizione dominante in capo ad una impresa. Con riferimento a questo primo elemento, una misura nazionale può creare, tramite il riconoscimento di un diritto speciale o esclusivo ai sensi dell'art. 106 § 1 TFUE, una posizione dominante²³ (anche collettiva²⁴) in capo ad imprese. La creazione di una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi non è, però, di per sé incompatibile con l'art. 106 § 1 TFUE²⁵.

ii) La misura normativa è collegata all'abuso di posizione dominante dell'impresa. La giurisprudenza comunitaria afferma che uno Stato membro contravviene al combinato disposto degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE solo in due casi²⁶:

²³ C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entrepreneur for reningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743, punto 65.

²⁴ C. giust. CE, 5 ottobre 1995, *Centro servizi spediporito srl c. Spedizioni marittima del golfo srl*, causa C-96/94, in *Racc.* 1995, p. I-2883, punto 33; C. giust. CE, 27 aprile 1994, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, causa C-393/92, in *Racc.* 1994, p. I-1477, punto 42.

²⁵ C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entrepreneurforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743, punto 66; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelsovernemning BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025, punto 91; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, causa C-219/97, in *Racc.* 1999, p. I-6121, punto 83; C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e altri*, causa C-266/96, in *Racc.* 1998, p. I-3949, punto 40.

²⁶ C. giust. CE, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 a C-184/98,

Librandi Snc di Librandi F. & C. contro Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl, causa C-38/97, in *Racc.* 1998, p. I-5955, punto 27.

²⁰ C. giust. CE, 5 ottobre 1994, *Société civile agricole du centre d'insemination de la Crespelle c. Cooperative d'élevage et d'insemination artificielle du Département de la mayenne*, causa C-323/93, in *Racc.* 1994 p. I-5077, punto 15.

²¹ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inno-BM SA*, causa 18/88, in *Racc.* 1991, p. I-5941, punto 20; v. anche C. giust. CE, 19 marzo 1991, *Repubblica francese c. Commissione*, causa C-202/88, in *Racc.* 1991, p. I-1223.

²² Da ultimo, v. Sentenza della Corte del 3 marzo 2011, "AG2R", punto 25. Tra le tante v. anche C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533, punto 12.

- Nel caso in cui «l'impresa (...) è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi [o speciali] che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante»²⁷. Cioè l'impresa pone in essere una violazione dell'art. 102 TFUE in conseguenza della semplice esistenza del diritto speciale o esclusivo riconosciute. In questa ipotesi, l'abuso di posizione dominante è quindi conseguenza non tanto del comportamento dell'impresa quanto della normativa statale.

- Nel caso in cui i diritti speciali o esclusivi riconosciuti dallo Stato membro «sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere»²⁸. In questa ipotesi, nei limiti

in cui il comportamento dell'impresa sia l'unico che possa essere posto in essere, la violazione dell'art. 102 TFUE sarà ascrivibile esclusivamente allo Stato membro che ha emanato la normativa e non alla relativa impresa²⁹.

IV. La vincolatività delle misure nazionali illegittime e la responsabilità per danni dei privati e degli Stati membri per la violazione degli artt. 10 e 102 TFUE

Una impresa è responsabile di comportamenti in violazione dell'art. 101 o 102 TFUE quando essa disponga di discrezionalità nel proprio agire³⁰. Se uno Stato membro imponga ad una impresa un comportamento in violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, o crei una situazione normativa che non permetta all'impresa di determinare la propria azione, il conseguente comportamento illecito non può essere imputato all'impresa³¹.

Questo è il caso in cui una norma nazionale escluda l'applicazione dell'art. 101 TFUE alle imprese (giurisprudenza *Reiff*³²), o quando il comportamento delle imprese, imposto da una misura normativa, costituisca un'azione in violazione dell'art. 101 TFUE che non vada al «di

in *Racc.* 2000, p. I-6451; C. giust. CE, 23 maggio 2000, *Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, causa C-209/98, in *Racc.* 2000, p. I-3743; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999, p. I-6025; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, causa C-219/97, in *Racc.* 1999, p. I-6121; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, in *Racc.* 1999, p. I-5751.

²⁷ C. giust. CE, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 a C-184/98, in *Racc.* 2000, p. I-6451, punto 127.

²⁸ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inno-Bm SA*, causa 18/88, in *Racc.* 1991, p. I-5941, punto 20; C. giust. CE, 17 luglio 1997, *GT-link als c. de danske statsbaner (DSB)*, causa C-242/95, in *Racc.* 1997, p. I-4449, punti 33-34; C. giust. CE, 25 giugno 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e altri c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, causa C-203/96, in *Racc.* 1998, p. I-4075, punto 61; C. giust. CE, 17 maggio 2001, *TNT Traco SpA c. Poste Italiane SpA e altri*, causa C-340/99, in *Racc.* 2001, p. I-4109, punto 44; C. giust. CE, 22 maggio 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, causa C-462/99, in *Racc.* 2003, p. I-5197, punto 80; C. giust. CE, 21 settembre 1999, *Brentjens' Handelsonderneming*

BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, cause riunite C-115/97 a C-117/97, in *Racc.* 1999 p. I-6025, punto 93.

²⁹ C. giust. CE, 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*, causa C-320/91, in *Racc.* 1993, p. I-2533.

³⁰ C. giust. CE, l'11 novembre 1997, *Commissione e Repubblica francese c. Ladbroke Racing Ltd.*, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, in *Racc.* 1997, p. I-6265, punto 33.

³¹ *Ibidem*, punto 33.

³² *Bundesanstalt fuer den Gueterfernverkehr v. Reiff*, cit. a nota 127, p. I-5801.

là di quanto richiesto dalla disciplina» nazionale (giurisprudenza *CNSD*³³).

In modo analogo, con riferimento all'art. 102 TFUE, questa è la situazione in cui il comportamento abusivo dell'impresa alla quale è stato riconosciuto un diritto speciale o esclusivo sia l'unico che possa essere posto in essere dall'impresa (giurisprudenza *Macrotron*³⁴ e *RTT*³⁵).

L'ipotesi in cui le imprese possano non applicare il diritto *antitrust* comunitario in conseguenza degli obblighi imposti da una normativa nazionale, senza conseguenze giuridiche per il proprio comportamento, deve essere interpretata in modo restrittivo³⁶. In particolare, ciò è possibile solo quando tale comportamento è una diretta conseguenza delle norme nazionali. Al contrario, quando il comportamento anticoncorrenziale possa essere in qualche modo attribuito alla discrezionalità dell'impresa, esso sarà soggetto alla disciplina *antitrust* UE³⁷.

In questo senso, non è esclusa la responsabilità dell'impresa nelle fattispecie relative alla giurisprudenza *BNIC/Clair*³⁸

e *Ahmed Saeed*³⁹. Parimenti l'impresa, ai sensi della giurisprudenza *CNSD*, non è sottratta dalle conseguenze del proprio comportamento in violazione dell'art. 101 TFUE nel caso in cui il comportamento sia andato oltre quanto richiesto dalla normativa vigente.

Come già chiarito, nell'ipotesi dalla giurisprudenza *CNSD* (e in particolare nel caso in cui il comportamento dell'impresa non vada oltre quanto richiesto dalla normativa nazionale) e nell'ipotesi della giurisprudenza *Reiff*, il comportamento delle imprese, sebbene costituiscano potenzialmente violazioni dell'art. 101 TFUE, non può essere sanzionato. Questo in quanto le imprese pongono in essere comportamenti imposti dalla normativa stessa. Però, come ricordato dalla giurisprudenza *CIF*, le imprese che pongono in essere un comportamento vietato dagli artt. 101 e 102 TFUE non possono essere esentate dalla responsabilità quando esse *sono obbligate a non applicare* la normativa nazionale illegittima. Secondo il diritto UE, un privato *non è obbligato a disapplicare* la misura nazionale in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE anche se egli supponga che la misura normativa sia illegittima. In questa ipotesi, l'impresa può continuare ad applicare la normativa nazionale sebbene quest'ultima, essendo in violazione del diritto UE, non sia vincolante per i privati⁴⁰.

Una impresa che ponga in essere comportamenti imposti da una normativa in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE non violerà, quindi, il diritto UE. L'impresa non dovrà quindi risarcire i danni causati a terzi da

³³ C. giust. CE, 18 giugno 1998, *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-35/96, in *Racc.* 1998, p. I-3851.

³⁴ C. giust. CE, 23 aprile 1991, *Klaus Hoefner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C-41/90, *Racc.* 1991, p. I-1979.

³⁵ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Regie des telegraphes et des telephones c. GB-Inno-BM SA*, causa 18/88, *Racc.* 1991, p. I-5941.

³⁶ Trib. CE, 30 marzo 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, causa T-513/93, in *Racc.* 2000, p. II-1807, punto 60; C. giust. CE, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C-198/01, in *Racc.* 2003, p. I-8055, punto 67.

³⁷ *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, cit., punto 61; C. giust. CE, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., punto 69.

³⁸ C. giust. CE, 30 gennaio 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. Guy Clair*, causa 123/83, in *Racc.* 1985, p. 391.

³⁹ C. giust. CE, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale Zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, cit., p. 803.

⁴⁰ C. giust. CE, *CIF c. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, cit.

tale comportamento⁴¹. In questa ipotesi, e in presenza dei requisiti della giurisprudenza UE⁴², sarà lo Stato membro che ha emanato tale misura illegittima ad essere obbligato a risarcire i relativi danni⁴³.

La Corte di giustizia ha inoltre chiarito quando una impresa *sia obbligata a non applicare* una misura nazionale in violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE o degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE. La Corte ha sostenuto nel caso *CIF* che le imprese sono obbligate a disapplicare la misura nazionale illegittima successivamente all'accertamento dell'illegittimità comunitaria stessa. L'accertamento non deve essere necessariamente conseguenza di un procedimento di infrazione ex art. 258 TFUE. A tal fine è sufficiente una decisione dell'Autorità nazionale *antitrust* che accerti la relativa illegittimità. Tale principio è applicabile tanto al combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4 n. 3 TUE, quanto a quello degli artt. 102 e 106 § 1 TFUE.

Nel caso in cui le imprese continuino ad applicare la misura nazionale in violazione del diritto comunitario anche successivamente all'accertamento dell'illegittimità,

esse non solo saranno sanzionabili per il loro comportamento ma, in presenza dei requisiti previsti dal diritto UE, saranno obbligate a risarcire i danni causati da tale comportamento⁴⁴.

LORENZO F. PACE

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V., tra le molte, C. giust. CE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.* 1991, p. I-5357, punti 33-36; C. giust. CE, 2 agosto 1993, *M. Helen Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, causa C-271/91, in *Racc.* 1993, p. I-4367, punti 30, 34-35; C. giust. CE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc.* 1996, p. I-1029; C. giust. CE, 26 marzo 1996, *The Queen contro H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, causa C-392/93, in *Racc.* 1996, p. I-1631, punti 39-46; C. giust. CE, l'8 ottobre 1996, *Erich Dillenkofer e altri contro Bundesrepublik Deutschland*, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, in *Racc.* 1996, p. I-4845, punti 22, 26-72.

⁴³ C. giust. CE, *CIF* c. Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, cit.

⁴⁴ C. giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, causa C-453/99, *Racc.* 2001, p. I-6297.

IL RAPPORTO TRA DIRITTO EUROPEO ANTITRUST E DIRITTO NAZIONALE

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** I principi generali riconducibili alla giurisprudenza. – **III.** La disciplina *ex reg.* 1/03 per la soluzione dei conflitti tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali. – III.1. L'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 e la disciplina del rapporto tra diritto *antitrust* UE e diritto *antitrust* degli Stati membri. – III.2. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e le legislazioni nazionali in materia di fusioni. – III.3. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e normative che perseguono «un obiettivo differente da quello degli artt. [101 e 102]».

I. Introduzione

Gli artt. 101 e 102 TFUE non impediscono agli Stati membri di emanare normative *antitrust* (o normative che si applichino alle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE) e ciò determina la possibilità di conflitti tra il diritto *antitrust* UE e le normative dei singoli Stati membri. Anche per tale motivo, l'art. 103 § 2 lett. *e* TFUE prevede la possibilità di emanare misure per definire i rapporti tra artt. 101 e 102 e misure *ex* 103 TFUE, da una parte, e normative nazionali, dall'altra.

Con riferimento ai principi del rapporto tra artt. 101 e 102 TFUE e normative nazionali, la Corte di giustizia ha rifiutato già nella sent. Walt Wilhelm il principio della teoria delle due barriere (*Zweischrankentheorie*). Secondo tale risalente impostazione i conflitti, in particolare, tra diritto *antitrust* UE e diritto *antitrust* nazionale non potrebbero sorgere in quanto non vi sarebbe la possibilità

di applicazione parallela dei due *set* di divieti *antitrust*. La teoria è stata rifiutata dalla Corte di giustizia che ha sostenuto che «le Autorità nazionali competenti in materia di intese possono instaurare un procedimento [ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale] anche nei casi che costituiscono oggetto di una decisione della Commissione»¹.

Ai fini dell'oggetto della presente voce, per il diritto UE è irrilevante la distinzione tra conflitto fra diritto *antitrust* UE e normative *antitrust* nazionali, da una parte, e fra conflitto tra diritto *antitrust* UE e normative che disciplinano fattispecie rientranti nel campo di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, dall'altra. Il testo dell'art. 103 § 2 lett. *e* TFUE non distingue infatti tra i due tipi di norme ma prescrive semplicemente *tout court* che «le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di (...) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra».

Quello che per l'UE è rilevante è che gli artt. 101 e 102 TFUE mantengano il loro «effetto utile», cioè che gli Stati membri non prevedano normative, qualunque sia la finalità di queste, che escludano l'efficacia di tali divieti².

Ai sensi del diritto UE, due sono i criteri in base ai quali risolvere i conflitti tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali: *i*) i principi generali del diritto UE; *ii*) le

¹ C. giust. CE, 13 febbraio 1969, Walt Wilhelm e altri contro Bundeskartellamt - "Wilhelm", causa 14-68, in *Racc.* p. 1, punto 4.

² *Ibidem*.

previsioni delle Direttive o Regolamenti eventualmente emanate *ex art.* 103 § 2 lett. *e* TFUE.

II. I principi generali riconducibili alla giurisprudenza

Come sopra anticipato, il rapporto tra artt. 101 e 102 TFUE e diritto degli Stati membri è definito dal principio generale secondo cui gli Stati membri non possano emanare normative che rendano «praticamente inefficaci le regole di concorrenza [UE] applicabili alle imprese»³. In altre parole, gli Stati membri non possono emanare normative che permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati dagli artt. 101 § 1 e 102 TFUE (o vietare intese esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE). Sarebbe contraddittorio, da un punto di vista giuridico (ma anche dal punto di vista economico), che gli Stati membri abbiano permesso di definire nel TCEE (e ora nel TFUE) i divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e che, successivamente, gli stessi Stati membri emanino delle misure le quali, al contrario, permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati dagli artt. 101 e 102 TFUE. Simili normative impedirebbero l'applicabilità del diritto antitrust UE pregiudicandone il c.d. effetto utile.

Questo non esclude però che, secondo i principi generali, le normative nazionali possano vietare più di quanto vietato *ex artt.* 101 § 1 e 102 TFUE. Infatti, se una normativa nazionale vieta un accordo non vietato dall'art. 101 § 1 TFUE o essa vieta un comportamento unilaterale non vietato dall'art. 102 TFUE, ciò non determina alcun pregiudizio per il mercato interno (art. 3, comma 3, TUE).

Il rapporto tra l'art. 101 § 3 TFUE e le normative nazionali presenta una par-

ticolarità in quanto l'art. 101 § 3 TFUE disciplina un'eccezione al divieto di cui all'art. 101 § 1 TFUE. Riconoscere che le normative nazionali possano vietare intese esentate dall'art. 101 § 3 TFUE significherebbe violare il principio dell'effetto utile. E infatti, la funzione dell'art. 101 § 3 TFUE, cioè la creazione di «un armonico sviluppo delle attività economiche nel complesso della Comunità»⁴, sarebbe infatti vanificata se misure nazionali vietassero intese al contrario esentate *ex art.* 103 § 3 TFUE. Le intese a cui sia applicabile l'art. 101 § 3 TFUE, sia tramite decisioni individuali, sia tramite Regolamento di esenzione, non possono essere vietate da normative nazionali.

Anche in presenza di misure *ex art.* 103 § 2 lett. *e* TFUE (v. art. 3, reg. 1/03), il principio generale dell'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE mantiene la propria efficacia. L'eventuale violazione di tali principi da parte di norme, eventualmente emanate *ex art.* 103 § 2 lett. *e* TFUE, determina quindi l'illegittimità di queste ultime.

III. La disciplina *ex reg.* 1/03 per la soluzione dei conflitti tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali

Il legislatore europeo ha emanato misure *ex art.* 103 § 2 lett. *e* TFUE ai sensi dell'art. 3 Reg. 1/2003. Tale norma disciplina tre differenti ipotesi relative al rapporto tra diritto *antitrust* UE e normative nazionali.

L'art. 3 comma 1 Reg. 1/03 disciplina l'obbligo per le autorità *antitrust* e giudici nazionali di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE ogni qualvolta essi inizino un procedimento ai sensi del diritto *antitrust* degli Stati membri per casi di rilevanza

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem*, punto 5.

comunitaria e che rientrino nelle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE (è quindi ipotizzabile l'applicazione parallela del diritto *antitrust* della UE e degli Stati membri su di una medesima fattispecie)⁵. Il reg. 1/2003 chiarisce che tale obbligo dell'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 ha la finalità di «garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto [in tale] regolamento» (cons. 8 Reg. 1/2003).

III.1. L'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 e la disciplina del rapporto tra diritto *antitrust* UE e diritto antitrust degli Stati membri

L'art. 3 comma 2 prima parte Reg. 1/2003 stabilisce la competenza esclusiva *de facto* del diritto UE con riferimento alle intese che rientrino nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE⁶. Essa

⁵ L'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 recita: «Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato».

⁶ L'art. 3 comma 2, prima parte Reg. 1/2003 recita: «Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato».

impone infatti che «dall'applicazione della legislazione nazionale non [possa] scaturire un risultato diverso da quello prodotto dall'applicazione dell'articolo [101] del Tr. UE» (Comm., XXXII *Relazione sulla politica di concorrenza*, punto 17.4.). La competenza esclusiva *de facto* del diritto *antitrust* UE con riferimento alle intese rientranti nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE è giustificata dal Reg. 1/2003 per la creazione di «condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno» (cons. 8, Reg. 1/2003). Per tale motivo è necessario, secondo il Reg. 1/2003, «definire, a norma dell'articolo [103 § 2 lett. e] del Trattato, i rapporti fra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario in materia di concorrenza» (cons. 8, Reg. 1/2003).

L'art. 3 comma 2 prima parte Reg. 1/2003 definisce una regola più rigida al principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE. Infatti, secondo tale disposizione, le discipline nazionali non possono vietare più di quanto imposto dall'art. 101 TFUE, mentre il principio generale dell'effetto utile, al contrario e come sopra già visto, non proibisce (in quanto non necessario per il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 comma 3 TUE e il protocollo 27 sul mercato interno e la concorrenza) che le normative nazionali vietino più di quanto non vietato dall'art. 101 § 1 TFUE, salvo il caso delle intese esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE.

Il Reg. 1/2003 distingue correttamente tra accordi che «soddisfano le condizioni dell'articolo [101 § 3 TFUE] del Trattato» e quelli «che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo [101 § 3] del Trattato». La distinzione è operata in quanto, secondo la giurisprudenza comunitaria, mentre un accordo a cui è riconosciuta una Decisione di autorizzazione *ex art.* 101 § 3 TFUE è certamente vietato ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE, al contrario un accordo che

rientri nella disciplina di un Reg. di esenzione *ex art.* 101 § 3 TFUE non è necessariamente in violazione dell'art. 101 § 1 TFUE⁷.

Tale norma presenta rilevanti profili di illegittimità, nell'opinione di chi scrive, in quanto in violazione del principio di proporzionalità⁸.

L'art. 3 comma 2 seconda parte Reg. 1/2003 disciplina il rapporto tra l'art. 102 TFUE e le normative *antitrust* nazionali che regolano fattispecie concrete rientranti nell'art. 102 TFUE prevedendo, in coerenza con il principio generale dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE, che le discipline nazionali possano vietare più di quanto vietato dall'art. 102 TFUE⁹.

III.2. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e le legislazioni nazionali in materia di fusioni

L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prevede una deroga rispetto agli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 Reg. 1/2003. L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prescrive che gli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 Reg. 1/2003 «non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni». La necessità di non applicare l'art. 3 comma 1 Reg. 1/03 riguardo alle normative nazionali in materia di concentrazioni è conseguenza del fatto che le concentrazioni sono configurabili anche come accordi o come

pratiche tra imprese e come tali ricadono nel campo di applicazione degli artt. 101 o 102 TFUE ai sensi della giurisprudenza *Philip Morris* e *Continental Can*¹⁰. Se l'obbligo dell'art. 3 comma 1 Reg. 1/2003 fosse applicabile anche al caso di applicazione della normativa sul controllo delle fusioni, le Autorità nazionali *antitrust* valutando una concentrazione non di rilevanza comunitaria secondo il diritto statale (art. 21 comma 3 Reg. 139/2004), costituendo le fusioni fattispecie rientranti nella fattispecie degli artt. 101 e 102 TFUE, dovrebbero iniziare un procedimento anche ai sensi dei divieti *antitrust* europei.

L'art. 3 comma 3 prima parte Reg. 1/2003 prevede quindi una deroga alla disciplina dei casi di conflitto tra diritto *antitrust* UE e normative *antitrust* nazionali (art. 3 comma 2 Reg. 1/2003).

La conseguenza della deroga dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 determina la «riemersione» dei principi generali del rapporto tra art. 101 e 102 TFUE e normative degli Stati membri (cioè il divieto per le normative *antitrust* statali di valutare come leciti comportamenti vietati dagli artt. 101 § 1 e 102 TFUE, salvo il caso di intese esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE). Essa, in particolare, determina «la deroga alla limitazione» dell'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 rispetto al principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE. Le normative degli Stati membri relative al controllo delle concentrazioni possono vietare fusioni che non siano vietate *ex art.* 101 TFUE.

Le normative statali sul controllo delle concentrazioni devono però vietare fusioni che costituiscano una violazione dell'art. 101 TFUE. Esse non possono vietare fusioni che, sebbene vietati ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE, siano esentate *ex art.* 101 § 3 TFUE o rientrino, ma è un

⁷ C. giust. CE, 13 luglio 1966, *Repubblica italiana contro Consiglio della Comunità economica europea e Commissione*, causa 32-65, in *Racc.* p. 296.

⁸ Ci permettiamo di rinviare al nostro, *Diritto europeo antitrust*, Cedam, 2007, p. 199.

⁹ L'art. 3 comma 2, seconda parte Reg. 1/2003 recita: «Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese».

¹⁰ C. giust. CE, 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contro Commissione*, causa 6-72, in *Racc.* 1973, p. 215.

«esempio di scuola», in Reg. di esenzione *ex art.* 101 § 3 TFUE.

III.3. Il rapporto tra diritto *antitrust* europeo e normative che perseguono «un obiettivo differente da quello degli artt. [101 e 102]»

L'art. 3 comma 3 seconda parte Reg. 1/03 prevede un'ulteriore deroga a quanto disciplinato dagli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 Reg. 1/2003. L'articolo prescrive che gli artt. 3 comma 1 e 3 comma 2 «non precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102] del Trattato»¹¹.

Il fatto che una norma persegua «principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli [101 e 102] del Trattato» determina delle conseguenze rilevanti in quanto nel caso di applicazione di simili normative l'organo nazionale competente non deve iniziare un procedimento ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE. Quindi nulla esclude, da una parte, che possa essere istruito un procedimento di valutazione relativamente ad un accordo ai sensi di una normativa nazionale siffatta (ad es. in materia di divieto di abuso di dipendenza economica o la disciplina in materia di concorrenza sleale), senza obbligo *ex art.* 3 comma 1 Reg. 1/2003 dell'apertura di un procedimento di valutazione della specifica fattispecie ai sensi dell'art. 101 TFUE.

D'altra, nulla esclude, e infatti la norma non preclude tale possibilità, che sia iniziata una duplice valutazione da parte delle competenti Autorità statali. La prima, nei confronti dell'intesa ai sensi della normativa che protegge «un obiettivo differente

rispetto agli articoli [101 e 102 TFUE]»; la seconda, in applicazione della disciplina *antitrust* UE e degli Stati membri.

L'art. 3 comma 3 seconda parte, reg. 1/2003 permette quindi di applicare parallelamente due discipline aventi finalità differenti le quali si applicano entrambe, anche se con finalità differenti, alle fattispecie regolate dagli artt. 101 e 102 TFUE.

L'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 prevede che le normative statali che «perseguono (...) un obiettivo differente» dagli articoli [101 e 102 TFUE], possono derogare alla previsione di cui all'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003¹². Nei rapporti tra diritto *antitrust* UE e tali normative si applica quindi il principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* UE (v. *supra* § I) e non le regole definite *ex art.* 3 comma 2 Reg. 1/2003 (cfr. cons. 9 reg. 1/03).

Anche in questo caso (così come nel caso delle normative relative al controllo delle concentrazioni) la deroga dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 non ha altra conseguenza se non quella di permettere nuovamente l'applicazione del principio dell'effetto utile del diritto *antitrust*. Tale norma prevede una «deroga alla limitazione» dei principi generali prevista dall'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003.

La conseguenza dell'assenza di una simile eccezione è che una normativa nazionale avente una funzione differente da quella degli artt. 101 e 102 TFUE (ad es. in materia di divieto di abuso di dipendenza economica o la disciplina in materia

¹¹ Riguardo alla differenza tra norme di «tutela della concorrenza» e normative che siano dirette alla tutela di «altri legittimi interessi», v. L.F. PACE, *cit.*, p. 35.

¹² L'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 recita: «Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato».

di concorrenza sleale) non avrebbe potuto vietare un accordo che al contrario sarebbe stato valido ai sensi dell'art. 101 § 1 TFUE. In questa ipotesi l'art. 3 comma 2 Reg. 1/2003 avrebbe imposto che l'intesa, in quanto rientrante nella fattispecie disciplinata dall'art. 101 TFUE, non sarebbe potuta essere stata vietata ai sensi della normativa avente «un obiettivo differente» rispetto a quella degli artt. 101 e 102 TFUE. Questa situazione avrebbe avuto quale conseguenza ultima quella di non permettere la concreta applicazione di normative nazionali aventi finalità differenti dagli artt. 101 e 102 TFUE. L'eccezione dell'art. 3 comma 3 Reg. 1/2003 non permette però, come espressamente indicato dalla norma stessa, anche la deroga ai principi generali del rapporto tra diritto antitrust UE e normative nazionali (v. cons. 9 Reg. 1/2003), cioè il principio dell'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE. Non è infatti ipotizzabile che tali normative nazionali, le quali tutelano interessi distinti da quelli dell'art. 101 e 102 TFUE, dero-

ghino a tale principio. Le normative aventi «un obiettivo differente» rispetto agli artt. 101 e 102 TFUE non possono quindi rendere lecito un comportamento altrimenti vietato dagli artt. 101 e 102 TFUE o vietare un accordo esentato ai sensi di un Reg. di esenzione per categoria.

LORENZO F. PACE

Bibliografia

P. Cassinis, «Art. 3 Reg. 1/2003», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Utet Giuridica, 2010, p. 236; L. Daniele, «Art. 3 Reg. 1/2003», in (a cura di A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene, S. Amadeo), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, 2007; L.F. Pace, *Diritto europeo antitrust*, Cedam, 2007.

L'ART. 106 § 2 TFUE QUALE DEROGA ANTITRUST ATIPICA

Sommario: **I.** Struttura, *ratio*, ambito di applicazione e originalità dell'art. 106 TFUE; in particolare, l'art. 106 § 2 quale principale strumento di contemperamento tra tutela della concorrenza ed erogazione dei servizi di interesse economico generale. – **II.** I presupposti di attuazione dell'art. 106 § 2. – **III.** Servizio universale, presunzione di legittimità dei monopoli e sua inversione, tra interpretazione restrittiva ed estensiva della nozione di "ostacolo" all'assolvimento della missione di interesse generale. – **IV.** L'efficacia diretta dell'art. 106 § 2.

I. Struttura, *ratio*, ambito di applicazione e originalità dell'art. 106 TFUE: in particolare, l'art. 106 § 2 quale principale strumento di contemperamento tra tutela della concorrenza ed erogazione dei servizi di interesse economico generale

La normativa *antitrust* può applicarsi a misure statali sulla base sia degli artt. 101 e 102 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, § 3 TUE, sia dell'art. 106 TFUE in combinazione con gli artt. 101 e 102 TFUE.

I presupposti giuridici sono differenti, dal momento che, mentre gli artt. 101 e 102 TFUE si rivolgono solamente alle imprese, l'art. 106 TFUE si indirizza sia agli Stati che alle imprese, che sono peraltro collegate, a diverso grado e a vario titolo, con i pubblici poteri e preposte allo svolgimento

di servizi di interesse economico generale (in prosieguo anche SIEG). Come chiarisce l'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni del 10 novembre 2005 nella causa *FENIN*, «[i]n via di principio, le regole del diritto della concorrenza si applicano solo agli operatori economici operanti su un mercato e non agli Stati, salvo il caso in cui essi eroghino aiuti alle imprese». Sottolinea, tuttavia, l'Avvocato generale, che «un'esigenza di coerenza implica la possibilità, laddove lo Stato ratifichi decisioni adottate da imprese o si comporti di fatto come un operatore economico, di applicare al medesimo gli artt. [101-106 TFUE]»¹.

In questa sede ci si concentrerà esclusivamente sull'art. 106 TFUE, quale disposizione chiave dei Trattati in tema di intervento pubblico nell'economia, anche e soprattutto quando trova applicazione in combinazione con gli artt. 101 e 102 TFUE.

La norma esprime tre esigenze di contemperamento tra interessi nazionali e comunitari, strettamente connesse e sovrapposte, riconducibili al bilanciamento tra la sovranità statale nell'economia (e nel *welfare*), che si concretizza in particolare nell'esistenza di monopoli e nell'erogazione di servizi pubblici, e l'applicazione del diritto dell'Unione, anche e soprattutto *antitrust*.

Un primo contemperamento è previsto nel primo §, dove è posto il divieto di emanare o mantenere, nei confronti di imprese pubbliche e di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, «alcuna

¹ Conclusioni dell'Avv. gen. Poiras Maduro presentate il 10 novembre 2005 nella causa C-205/03 P, *FENIN*, EU:C:2006:453, punto 26.

misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi». Il TFUE, quindi, da un lato ritiene naturalmente legittimi i monopoli e le altre intrusioni dello Stato nell'economia, non costituendo la concessione di un diritto esclusivo una violazione *per se* del diritto UE, dall'altro, sancisce il principio di parità di trattamento tra imprese private e imprese sotto "influenza" pubblica. Quanto alle caratteristiche delle diverse tipologie d'impresa richiamate nel §, dal diritto derivato e dalla giurisprudenza UE risulta che il carattere pubblico di un'impresa non dipende dai rapporti formali di proprietà, bensì dal potere di controllo effettivo esercitato dallo Stato sulla medesima². Con riguardo, invece, all'impresa titolare di un diritto esclusivo, si tratta di un soggetto, generalmente privato, al quale l'autorità pubblica, nel quadro dei suoi poteri regolatori, normalmente con atto di diritto pubblico, riserva una posizione dominante sul mercato. Il diritto speciale, infine, si configura allorché l'esercizio di un'attività economica è riservato per legge ad un numero ristretto di operatori economici³.

Un ulteriore contemperamento è contenuto nel secondo §, il quale introduce una deroga, operante in particolare, ma non solo, rispetto al § precedente, nei limiti in cui l'applicazione delle regole di concorrenza e delle altre norme dei Trattati

costituisca un ostacolo «all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione» affidata ad «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale» e sempre che lo sviluppo degli scambi non sia «compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

Un ultimo contemperamento, infine, è sotteso ai primi due §§, letti congiuntamente. La *ratio* dell'art. 106 TFUE consiste, infatti, nel trovare un equilibrio tra due interessi contrapposti: da un lato, la gestione, da parte degli Stati, di settori riservati e chiusi al mercato allo scopo di conseguire direttamente scopi di interesse generale; dall'altro, il vincolo, posto dal diritto dell'Unione, di sopprimere gli ostacoli e garantire una concorrenza non falsata sul mercato. In tale contesto, l'art. 106 § 3 TFUE conferisce alla Commissione il potere normativo di adottare autonomamente decisioni e direttive attraverso le quali l'Unione ha imposto agli Stati membri, a partire dalla metà degli anni ottanta, politiche di privatizzazione e liberalizzazione dei settori di interesse generale⁴.

Per quel che riguarda l'inquadramento dell'art. 106 TFUE nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, esso si situa nella sez. prima ("Regole applicabili alle imprese"), capo 1 ("Regole di concorrenza"), titolo VI ("Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni"), parte III ("Politiche dell'Unione e azioni interne") TFUE. Tale collocazione costituisce di per sé una novità: mentre le regole della concorrenza si indirizzano alle sole imprese, la norma, pur situata nella relativa sezione, è diretta, oltre a queste ultime, anche e soprattutto agli Stati membri, i quali, in ragione del

² All'art. 2, let. b), Dir. 2006/111/CE, 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, in G.U.U.E. L 318, 17 novembre 2006, p. 17, è scritto che va considerata impresa pubblica, sulla base di una valutazione pragmatica e funzionale, «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina».

³ Per una distinzione tra diritti speciali ed esclusivi cfr. l'art. 2, let. f) e g), Dir. 2006/111/CE, cit.

⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, la prima direttiva sulla trasparenza (Dir. 80/723/CEE, 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in G.U.C.E. L 195, 29 luglio 1980, p. 35).

potere di influenza detenuto sulle imprese e investiti di una particolare responsabilità in relazione al comportamento di queste ultime, sono i destinatari principali dell'art. 106 § 1 TFUE. Per quanto riguarda l'art. 106 § 2 TFUE, il discorso è simile, ma non identico. Pur essendo, in teoria, indirizzata alle imprese, piuttosto che direttamente agli Stati, la disposizione è stata interpretata, in concreto, dalle istituzioni europee, nel senso di rivolgersi anche alle autorità pubbliche – dalle quali, peraltro, origina l'atto di incarico per la prestazione dei servizi pubblici da parte delle imprese – che in questo modo diventano anch'esse destinatarie della norma.

L'art. 106 TFUE, pertanto, rappresenta una speciale deroga *antitrust*, dal momento che, nel rivolgersi agli Stati, oltre che alle imprese, incide, a differenza delle altre regole della concorrenza, sulla proprietà delle imprese nonché sugli equilibri e le relazioni del mercato.

Per quanto riguarda i rapporti tra § primo e secondo della norma, da una loro lettura congiunta si evince che la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono legittimi, in concreto, solamente rispetto ad imprese che svolgono funzioni di interesse generale, i cui obblighi di servizio pubblico sono, appunto, controbilanciati dal trattamento favorevole loro accordato. Ciò, tuttavia, non significa che l'art. 106 § 2 TFUE si riassuma semplicemente nell'introdurre una deroga al primo §: il campo di applicazione *ratione personae* dei due §§ si "interseca" ma non è equivalente, dal momento che non tutte le imprese esercenti SIEG, ai sensi del secondo §, sono titolari di diritti speciali o esclusivi in base al primo §. Se è corretta la conclusione per cui, quando vi è un monopolio, è molto frequente che il servizio svolto sia di interesse economico generale e che, in un caso come questo, la lettura combinata dei due §§ è sempre

necessaria, costituendo il secondo §, in buona sostanza, l'unica giustificazione per l'esistenza del monopolio medesimo, non è vero il contrario, e cioè che, quando vi è un SIEG, l'impresa che lo svolge sarebbe sempre titolare di un diritto esclusivo. Il risultato è una possibile dissociazione tra art. 106 § 1 e art. 106 § 2 TFUE. Nella sentenza *BUPA*, infatti, è scritto che «il riconoscimento di una missione SIEG [di servizio di interesse economico generale] non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla», dal momento che «[l]a concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG»⁵. Ciò vuole dire che l'attribuzione di una missione di interesse economico generale può consistere in un obbligo imposto a molti o addirittura a tutti gli operatori, come avviene, appunto, nel mercato irlandese delle assicurazioni private di malattia al vaglio del Trib. UE in *BUPA*.

II. I presupposti di attuazione dell'art. 106 § 2

L'applicazione dell'art. 106 § 2 è condizionata al rispetto di quattro condizioni, il cui perfezionamento deve essere provato dallo Stato e/o dall'impresa che invoca la norma, al fine di giustificare la restrizione del mercato e della concorrenza, in particolare (ma, come si è sopra scritto, non esclusivamente) la concessione, da parte del primo, e/o l'esercizio, da parte della seconda, di diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 106 § 1. Si tratta delle

⁵ Trib. CE, 12 febbraio 2008, T-289/03, EU:T:2008:29, punto 179.

seguenti condizioni: i soggetti beneficiari della deroga devono essere imprese che operano nei settori di interesse economico generale; a tale scopo, le imprese devono essere incaricate dallo Stato; la restrizione alla concorrenza e al libero mercato non deve compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione; per costituire oggetto di deroga, le norme sulla concorrenza, alle quali dette imprese sono sottoposte, devono "ostare" all'adempimento della missione loro affidata.

Per quel che riguarda la prima condizione, i due concetti chiave sono quelli di "impresa" e di "servizio di interesse economico generale". In questa sede, va ricordato che per impresa si intende qualsiasi soggetto esercente un'attività economica, consistente nell'offerta di merci e/o servizi in ambito di mercato, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, tenuto presente che non tutte le imprese svolgono, se considerate nel complesso delle loro funzioni, sempre e comunque attività di rilevanza economica. Con la locuzione "servizio di interesse economico generale" si intende qualsiasi attività di carattere economico orientata al perseguimento di finalità di interesse pubblico – quindi non di carattere commerciale – e all'assolvimento di obblighi di servizio pubblico⁶. La triplice

circostanza che una tale locuzione sia presente nel TFUE, che non sia mai stata modificata durante le varie conferenze di revisione dei Trattati e che sia stata ampiamente accolta negli atti di diritto derivato e nella giurisprudenza, non significa che detta espressione sia esente da dubbi e perplessità. Considerato che è l'attività ad essere economica, non l'interesse ultimo che caratterizza e definisce il servizio, *stricto iure*, l'espressione corretta sarebbe quella di servizio *economico* di interesse generale piuttosto che quella di SIEG. Quanto alla fornitura e all'organizzazione del servizio, così come all'individuazione della missione di interesse generale e degli obblighi di servizio pubblico che la definiscono (alto livello di qualità, sicurezza, continuità e accessibilità, parità di trattamento, promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti), l'art. 1 Prot. n. 26 sui servizi di interesse generale dispone che le autorità nazionali, regionali e locali godono di "ampia discrezionalità". La giurisprudenza, ponendosi nella stessa direzione, afferma che gli Stati membri possono, nel rispetto del diritto dell'Unione, definire l'ampiezza e l'organizzazione dei loro SIEG tenendo conto, in particolare, di obiettivi propri della loro politica nazionale e che, alla luce dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati quanto alla definizione di ciò che essi considerano SIEG, la definizione di tali servizi da parte di uno Stato membro può essere messa in discussione solo in caso di errore manifesto⁷. La libertà degli

servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti».

⁶ C. giust. UE, 15 maggio 2019, causa C-706/17, *Achema e.a.*, EU:C:2019:407, punto 104; C. giust. UE, 20 dicembre 2017, cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P, *Comunidad Autónoma del País Vasco e Iteizpi c. Commissione*, EU:C:2017:999, punti 69-70; Trib. UE, 15 novembre 2018, cause riunite T-202/10 RENV II e T-203/10 RENV II, *Stichting Woonlinie e a. c. Commissione*, EU:T:2018:795, punto 79; Trib. CE, 12 febbraio 2008, "BUPA", cit., punti

⁶ C. giust. CE, 10 febbraio 2000, cause riunite C-147 e 148/97, *Deutsche Post AG c. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS e Citicorp Kartenservice GmbH*, EU:C:2000:74, punti 37-61. V. inoltre Com. Comm. UE «Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa», 20 dicembre 2011, COM(2011) 900 def.: «i SIEG sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il

Stati membri in questo campo, tuttavia, non è illimitata e non può essere esercitata in maniera arbitraria al solo fine di sottrarre un settore particolare all'applicazione delle regole di concorrenza⁸. Peraltro, il potere discrezionale degli Stati membri risulta ridotto quando sono in gioco settori armonizzati. Difatti, come chiarisce il Tribunale, «quando esistono norme specifiche di diritto dell'Unione che disciplinano la definizione del contenuto e del perimetro del SIEG, esse vincolano la valutazione degli Stati membri»⁹. In alcune sentenze il Tribunale ha affermato che l'esistenza di un «fallimento del mercato» costituisce un presupposto per la qualificazione di un'attività come SIEG¹⁰, precisando che quella di «fallimento del mercato» è una nozione oggettiva, la cui valutazione si fonda sull'analisi della concreta situazione del mercato considerato¹¹. Sulla questione,

tuttavia, si registrano contrasti giurisprudenziali e l'operatività del principio sembrerebbe dipendere dalle norme di diritto derivato cui il settore considerato è soggetto¹².

Per quanto concerne la seconda condizione, l'incarico può provenire da autorità pubbliche operanti sia a livello nazionale che regionale o locale¹³, a condizione che l'attribuzione dell'incarico avvenga nell'esercizio delle loro funzioni¹⁴. Quanto alla natura giuridica dell'incarico, esso può essere conferito mediante una legge¹⁵, un atto amministrativo, come una concessione¹⁶, o altro strumento di diritto pubblico (regolamento, contratto di diritto pubblico, ecc.)¹⁷. Inoltre, in alcune sentenze, rese ai sensi dell'art. 267 TFUE, i giudici UE, investiti della questione circa la necessità di attribuire la missione di interesse generale attraverso una gara o comunque una procedura di pubblico appalto, rendono esplicito che «non risulta né dal disposto dell'art. [106 § 2 TFUE] né dalla giurisprudenza relativa a tale disposizione» che detta missione debba essere attribuita ad un operatore solo in seguito ad una

166-169; Trib. CE, 22 ottobre 2008, cause riunite T-309/04, 317/04, 329/04, 336/04, *TV2/Danmark A/S e a. c. Commissione*, EU:T:2008:457, punto 101; Trib. CE, 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen c. Commissione*, EU:T:2005:218, punto 216. Sulla rilevanza degli obiettivi propri della politica nazionale degli Stati membri, v. C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, EU:C:1999:430, punti 103-104; C. giust. UE, 20 aprile 2010, *Federutility e altri c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-265/08, EU:C:2010:205, punto 29; C. giust. UE, 21 dicembre 2011, *Enel Produzione SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-242/10, EU:C:2011:861, punto 50.

⁸ Trib. UE, 15 novembre 2018, «*Stichting Woonlinie*», cit., punto 80 e giurisprudenza citata.

⁹ Trib. UE, 1° marzo 2017, causa T-454/13, *SNCM c. Commissione*, EU:T:2017:134, punto 113.

¹⁰ Trib. UE, 16 settembre 2013, causa T-79/10, *Colt Télécommunications France c. Commissione*, EU:T:2013:463, punto 154; Trib. UE, 16 settembre 2013, causa T-258/10, *Orange c. Commissione*, EU:T:2013:471, punto 153; Trib. UE, 16 settembre 2013, causa T-325/10, *Iliad e a. c. Commissione*, EU:T:2013:472, punto 164; Trib. UE, 1° marzo 2017, «*SNCM*», cit., punto 125.

¹¹ Trib. UE, 16 settembre 2013, «*Colt*», cit., punto 158; Trib. UE, 16 settembre 2013, «*Iliad*», cit., punto 185.

¹² V. Trib. UE, 18 gennaio 2017, causa T-92/11 *RENV, Andersen*, EU:T:2017:14.

¹³ Cfr. la Dec. Comm. UE, 17 dicembre 1981, n. 82/371/CEE, relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 85 del trattato CEE, in G.U.C.E. L 167, 15 giugno 1982, p. 39, modificata dalla Dec. Comm. UE, n. 82/777/CEE, 4 novembre 1982, in G.U.C.E. L 325, 20 novembre 1982, p. 20, punto 65.

¹⁴ C. giust. CE, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, EU:C:1981:178, punto 6.

¹⁵ C. giust. CE, 14 luglio 1971, causa 10/71, *Pubblico Ministero lussemburghese c. Madeleine Muller, vedova J.P. Hein e altri*, EU:C:1971:85, punto 10; C. giust. CE, 10 febbraio 2000, «*Deutsche Post*», cit., punto 45.

¹⁶ C. giust. CE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf IJsselmij NV*, EU:C:1994:171, punto 47.

¹⁷ Sulla molteplicità delle figure giuridiche dell'atto cfr. C. giust. CE, 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, EU:C:1997:501, punti 65-66.

siffatta procedura¹⁸. Con riferimento alle caratteristiche intrinseche dell'atto di incarico, lo Stato deve definire con precisione il contenuto degli obblighi imposti all'impresa, nel quadro della missione affidatale, individuando esattamente le imprese destinatarie¹⁹. Infine, sulla base di quanto si è già scritto circa la parziale dissociazione, *ratione personae*, tra il primo e il secondo § dell'art. 106 TFUE, l'incarico può essere conferito anche a più imprese private, non rientranti nel novero di quelle previste dall'art. 106 § 1 TFUE. Ciò significa che, nel caso di una pluralità di soggetti esercenti servizi di interesse economico generale, l'incarico non deve essere conferito separatamente con un atto o un mandato individuale²⁰.

La terza condizione prevista dall'art. 106 § 2 TFUE consente all'impresa incaricata della gestione di SIEG di avvalersi di una tale deroga a condizione che gli scambi intracomunitari non siano pregiudicati in misura contraria agli interessi dell'UE. Innanzitutto, dal testo della disposizione si desume implicitamente che, in taluni casi, la restrizione del mercato derivante dall'attribuzione *ex lege* dello svolgimento di un'attività di interesse generale in capo ad un'impresa non produce automaticamente effetti negativi sul volume degli scambi tra Stati membri. Tale circostanza, di per sé poco chiara, solleva dubbi ancora maggiori se si considera che la norma ipotizza, sempre in via implicita, che gli scambi possano venire compromessi senza comportare necessariamente una lesione

degli interessi UE. Ora, a prescindere dalla formulazione letterale della norma, che sconta, forse più qui che in altre parti, la sua origine fortemente compromissoria, bisogna comprendere in cosa consista la nozione di "interesse dell'Unione", alla luce del quale valutare lo sviluppo degli scambi. Un tale concetto non si identifica semplicemente nella somma di interessi nazionali, potenzialmente confliggenti, in quanto tali, gli uni con gli altri. Né potrebbe essere visto come la somma degli interessi delle imprese operanti nell'insieme degli Stati membri. Non potrebbe neppure qualificarsi come "interesse del mercato interno", posto che quest'ultimo si identifica con lo sviluppo degli scambi, sviluppo che, come si è visto, seppure raramente, può essere turbato senza che l'interesse UE venga messo in discussione. Escluse tutte queste ipotesi, la conclusione è che si tratta di un interesse riconducibile, in maniera immediata, diretta e autonoma, all'Unione, nella sua interezza, e prevalente, proprio per tale ragione, sui singoli interessi nazionali. In quest'ottica, la nozione di interesse dell'Unione, definito in termini positivi e non semplicemente in rapporto agli interessi nazionali, consiste nella realizzazione delle finalità enunciate dall'insieme delle norme dei Trattati aventi una certa incidenza sui rapporti tra Unione e Stati membri in materia di intervento pubblico nell'economia. In tema di aiuti di Stato e radiodiffusione, il Tribunale ha affermato che «per poter ritenere che un regime di aiuti a favore di un operatore incaricato di una missione di servizio pubblico di radiodiffusione non soddisfi la condizione prevista all'articolo 106, paragrafo 2, seconda frase, TFUE, esso deve perturbare gli scambi e la concorrenza in maniera sostanziale e in misura

¹⁸ Trib. CE, 15 giugno 2005, "Olsen", cit., punto 239; Trib. CE, 26 giugno 2008, causa T-442/03, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA* c. *Commissione*, EU:T:2008:228, p. II-1161, punti 145-154.

¹⁹ C. giust. CE, 2 marzo 1983, causa 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)* c. *Commissione*, EU:C:1983:52, punti 30-31.

²⁰ Trib. CE, 12 febbraio 2008, "BUPA", cit., punto 183.

manifestamente sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dagli Stati membri»²¹.

Sul tema del rapporto fra il quadro di diritto primario post-Lisbona e l'art. 106 § 2 TFUE va segnalata la sentenza *ANODE*²². La Corte di giustizia, in questo caso, era stata chiamata a valutare se l'intervento statale sui prezzi del gas naturale previsto da una normativa francese costituisse un ostacolo alla realizzazione di un mercato del gas naturale aperto e concorrenziale, quale previsto dalla Dir. 2009/73²³ e, in caso di risposta positiva, se l'intervento in questione potesse essere giustificato dal perseguimento degli obiettivi della sicurezza dell'approvvigionamento e della coesione territoriale. Reputando che la normativa in parola integrasse un ostacolo, la Corte è passata ad esaminarne la compatibilità con l'art. 3 § 2 della Dir. 2009/73, il quale prevede che «[n]el pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'articolo [106], gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico». Nell'interpretare la condizione attinente all'interesse economico generale, di cui la direttiva non fornisce una definizione, la Corte notava che «il riferimento, all'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva, tanto a detta condizione quanto all'articolo 106 TFUE, che riguarda le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale, implica che tale condizione sia da interpretare alla luce di quest'ultima disposizione del

Trattato»²⁴. Ciò chiarito, e richiamando quanto rilevato dall'Avv. gen. Mengozzi nelle sue conclusioni, la Corte affermava che «l'interpretazione della condizione attinente all'interesse economico generale deve esser fatta ricadere nel nuovo contesto risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona»²⁵, facendo riferimento in particolare all'art. 14 TFUE, all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali e al Protocollo n. 26, il quale «riconosce espressamente il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità degli Stati membri nel fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale»²⁶. La Corte, nel caso di specie, si trovava a dover chiarire se la coesione territoriale, che non viene menzionata specificamente dalla Dir. 2009/73, integrasse un obiettivo di interesse economico generale tale da giustificare l'imposizione di obblighi di servizio pubblico. In proposito, la Corte sottolineava che «l'articolo 14 TFUE riconosce esplicitamente il ruolo ricoperto dai servizi di interesse economico generale nella promozione della coesione territoriale dell'Unione»²⁷ e che «l'articolo 36 della Carta [...] indica espressamente la coesione territoriale nell'ambito del diritto all'accesso ai servizi di interesse economico generale»²⁸. La Dir. 2009/73, interpretata alla luce degli artt. 14 e 106 TFUE, consente quindi agli Stati membri di valutare se, nell'interesse economico generale, occorra imporre obblighi di servizio pubblico agli operatori del settore considerato al fine di garantire la coesione territoriale, ferma restando la necessità di rispettare tutte le condizioni previste dalla Direttiva stessa²⁹.

²¹ Trib. UE, 11 luglio 2014, causa T-533/10, *DTS Distribuidora de Televisión Digital c. Commissione*, EU:T:2014:629, punto 155.

²² C. giust. UE, 7 settembre 2016, causa C-121/15, *ANODE*, EU:C:2016:248.

²³ Dir. 2009/73/CE, 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la Dir. 2003/55/CE, in G.U.U.E L 211, 14 agosto 2009, p. 94.

²⁴ C. giust. UE, 7 settembre 2016, «ANODE», cit., punto 38.

²⁵ *Ivi*, punto 40.

²⁶ *Ivi*, punto 41.

²⁷ *Ivi*, punto 51.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ivi*, punto 52.

III. Servizio universale, presunzione di legittimità dei monopoli e sua inversione, tra interpretazione restrittiva ed estensiva della nozione di “ostacolo” all’assolvimento della missione di interesse generale

Per quanto riguarda la quarta condizione, va svolta una considerazione preliminare circa il campo di applicazione *ratione materiae* dell’art. 106 § 2 TFUE. Laddove la disposizione afferma che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme dei Trattati, “in particolare” alle regole di concorrenza, nei limiti in cui la loro applicazione non osti all’adempimento della missione loro affidata, viene reso esplicito che dette imprese possono godere di un trattamento differenziato non solamente rispetto al diritto *antitrust*, ma anche ad altre regole di diritto primario, tra le quali gli artt. 34 ss. TFUE disciplinanti le libertà di circolazione³⁰ e soprattutto l’art. 107 TFUE in tema di aiuti di Stato. Ciò detto, è indubbio che la deroga sia portata ad operare soprattutto nei confronti del combinato disposto dell’art. 106 § 1 con l’art. 102 TFUE ed è in quest’ottica che va qui esaminata.

³⁰ C. giust. CE, 10 dicembre 1991, causa C-170/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, EU:C:1991:464, punto 27; C. giust. CE, 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, EU:C:1997:499, punto 43; C. giust. CE, 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl e Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, EU:C:1998:306, punto 59; C. giust. CE, 23 maggio 2000, causa C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, EU:C:2000:279, punto 35; C. giust. CE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, EU:C:2007:227, punti 79-80.

Fino alla metà degli anni ottanta, le iniziative delle istituzioni UE, innanzitutto quelle poste in essere da Commissione e C. giust. UE, si ispiravano alla tesi secondo cui l’intervento pubblico nell’economia, in particolare nei settori di interesse generale, dovesse ritenersi compatibile *prima facie* e fino a prova contraria con il diritto dell’Unione. Tale assunto si poggiava sull’interpretazione letterale dell’art. 106 § 1 TFUE, il quale, nel presupporre l’esistenza dei monopoli, ne sottintendeva la piena legittimità. Se questi non fossero considerati, in principio, ammissibili ai sensi del diritto UE, sottolineava la Corte, sarebbe evidentemente contraddittoria una norma specifica dei Trattati dedicata alla loro regolamentazione. In questo modo, i giudici presumevano che la concessione di un diritto esclusivo fosse sempre legittima, rientrando nell’ampia discrezionalità concessa dal diritto UE agli Stati in materia di politica economica, in linea con altre norme dei Trattati, tra cui, in particolare, l’art. 345 TFUE, che attribuisce alle autorità nazionali piena libertà rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche. Per molto tempo, dunque, la C. giust. UE, sulla base dell’art. 106 § 1 TFUE, segue un approccio improntato all’indifferenza nei confronti della concessione, da parte dello Stato, di diritti speciali o esclusivi in capo ad imprese pubbliche o private. L’unica condizione posta alle autorità dei singoli Stati membri era che tali diritti fossero attribuiti al fine di perseguire interessi di natura non economica³¹.

Ebbene, se esaminato da solo, l’art. 106 § 1 TFUE non aggiunge nulla di nuovo, essendo il divieto, ivi previsto, imposto agli Stati, di violare i Trattati nella concessione di diritti speciali o esclusivi, connaturato allo stesso sistema UE.

³¹ C. giust. CE, 30 aprile 1974 causa 155/73, *Giuseppe Sacchi*, EU:C:1974:40, punto 14.

Un altro discorso è capire se e in che misura le autorità pubbliche, nel concedere diritti speciali e soprattutto diritti esclusivi ai sensi dell'art. 106 § 1, debbano rispettare norme indirizzate alle imprese, in particolare l'art. 102 TFUE. L'applicazione combinata dell'art. 106 § 1 TFUE con l'art. 102 TFUE, in questo senso, comporta l'imposizione di obblighi nuovi in capo agli Stati membri. Ed è sulla base di questa combinazione tra norme che la C. giust. UE, in concreto, muta approccio.

A partire dalla sentenza *Terminali di telecomunicazione*³², passando per numerose altre pronunce³³, la Corte abbandona l'interpretazione "solitaria" dell'art. 106 § 1 TFUE e la minimalistica applicazione del combinato disposto di questa norma con l'art. 102 TFUE³⁴ e, nel confrontarsi direttamente con la questione della compatibilità dei monopoli statali con i

Trattati, reinterpretare l'art. 106 § 1 TFUE, letto in combinazione con l'art. 102 TFUE. Tale reinterpretazione si concretizza nell'attenuazione del "dogma" della legittimità *ex se* del monopolio. Nel farlo, i giudici, in alcuni casi, si spingono fino a capovolgere l'interpretazione della logica e della *ratio* sottese all'art. 106 § 1 TFUE elaborata in seno alle istituzioni europee. In questo modo, i giudici realizzano un chiaro *revirement* e sostanzialmente invertono la (indiscussa, fino a quel momento) presunzione di legalità dei monopoli. In questi stessi casi, quindi, la Corte rimette in discussione la dicotomia "esistenza/esercizio" del diritto esclusivo sulla quale si fonda la giurisprudenza precedente, secondo cui l'esistenza del monopolio sarebbe sempre legittima, a differenza del suo esercizio, che andrebbe invece sottoposto al vaglio delle istituzioni europee.

In un tale contesto, è particolarmente significativo che la Corte, nel contribuire a "smantellare" le diverse situazioni di monopolio negli Stati membri, abbia in una prima fase della sua giurisprudenza, *de facto*, sorvolato sull'applicazione dell'art. 106 § 2 TFUE ovvero, laddove si sia posta la questione, lo abbia interpretato in maniera molto restrittiva. Da qui l'obbligo di dimostrare, da parte di Stati e/o imprese che invocavano la deroga, che l'applicazione del diritto *antitrust* rendesse «incompatibile», in potenza o in atto, «lo svolgimento dei compiti affidati» all'impresa incaricata del SIEG. Al centro del ragionamento si poneva, pertanto, la nozione di «ostacolo» all'adempimento dei compiti di interesse generale: ad una sua interpretazione restrittiva corrispondeva, infatti, una rilevante compressione dei margini di applicazione della deroga. Il collegamento tra detta interpretazione e gli obblighi di trasparenza imposti allo Stato è chiaramente effettuato nella pronuncia *Abmed Saeed*, nella quale la Corte afferma che l'art. 106 TFUE va interpretato nel

³² C. giust. CE, 19 marzo 1991, causa C-202/88, EU:C:1991:120.

³³ C. giust. CE, 27 ottobre 1993, causa C-69/91, *Procedimento penale contro Francine Decoster*, in Gillon, EU:C:1993:853; C. giust. CE, 27 ottobre 1993, causa C-92/91, *Procedimento penale contro Annick Taillandier*, in Neny, EU:C:1993:854; C. giust. CE, 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner (DSB)*, EU:C:1997:376; C. giust. CE, 12 luglio 1998, causa C-163/96, *Procedimento penale a carico di Silvano Raso e altri*, EU:C:1998:54; C. giust. CE, 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Procedimento penale a carico di Giovanni Carra e altri*, EU:C:2000:30; C. giust. CE, 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, in presenza di *Mobilkom Austria AG*, EU:C:2003:297; C. giust. CE, 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, EU:C:2008:59.

³⁴ C. giust. CE, 3 ottobre 1985, causa 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicitè Benelux (IPB)*, EU:C:1985:394; C. giust. CE, 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, EU:C:1988:225.

senso che esso non osta «ad una limitazione degli effetti delle regole di concorrenza purché essa sia indispensabile per l'adempimento di un compito di interesse generale imposto a vettori aerei, a condizione che la natura di tale compito e la sua ripercussione sulla struttura delle tariffe vengano chiaramente determinate»³⁵. Per capire quando sia indispensabile una tale restrizione della concorrenza, le autorità nazionali dovevano provare che non esistessero ipotetici rimedi alternativi alla concessione del diritto esclusivo e quindi che il solo diritto esclusivo garantisse l'assolvimento della missione di interesse generale. Si trattava, pertanto, di applicare il criterio, astratto e comparativo, dell'investitore privato in un'economia di mercato, già utilizzato in altri settori del diritto dell'Unione, inclusi gli aiuti di Stato³⁶.

Ora, solamente una (ri)valorizzazione dell'art. 106 § 2 TFUE e una (re)interpretazione, maggiormente flessibile, della nozione di "ostacolo" ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE avrebbe consentito agli Stati di giustificare i diritti esclusivi concessi alle loro imprese esercenti SIEG. L'art. 106 § 2 TFUE viene, allora, (ri)scoperto dalla Corte per bilanciare l'espansionismo del diritto UE *antitrust* in importanti settori di interesse pubblico. La logica che si pone alla base di un tale mutamento di indirizzo è evidente: se il diritto esclusivo – formalmente ammissibile – viene oramai considerato, nella maggior parte dei casi, illegittimo, l'unica via da percorrere, per l'impresa che ne è titolare e per lo Stato che lo ha concesso, è quella della sua giustificazione *ex post* ai sensi dell'art. 106 § 2 TFUE. In questo modo, la Corte riequilibra l'orientamento

iniziato a partire dalla sentenza *Terminali di telecomunicazione*, col risultato di fornire alla deroga ampia utilità pratica, in linea con la dottrina dell'"effetto utile", valorizzandone il più possibile le potenzialità applicative, rimaste sostanzialmente inesprese per parecchio tempo, attraverso una rimodulazione del principio di proporzionalità: nonostante la reiterata puntualizzazione che «[l']art. [106 § 2 TFUE], in quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, dev'essere interpretato restrittivamente»³⁷, i giudici chiariscono che «il tenore stesso dell'art. [106 § 2 TFUE] evidenzia come deroghe alle norme del Trattato siano consentite purché necessarie all'adempimento della specifica missione affidata all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale»³⁸. In particolare, l'incompatibilità assoluta tra attuazione delle regole *antitrust* e svolgimento della missione di interesse generale lascia il posto all'esigenza che tale svolgimento sia reso non indispensabile ma (solamente) più difficile dall'applicazione delle norme UE. In quest'ottica, la Corte si fonda su una serie di misure adottate dalla Commissione, negli anni novanta, ai sensi dell'attuale art. 106 § 3 TFUE, relative al settore postale, concernenti, in particolare, la regolamentazione del servizio di postacelere in Olanda³⁹ e Spagna⁴⁰. La Commissione doveva pronunciarsi circa la legalità, in entrambi i paesi, dell'affidamento in esclusiva di tale servizio a determinate imprese. A tale fine occorreva capire se l'estensione della posizione dominante,

³⁷ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, "Commissione c. Paesi Bassi", cit., punto 37.

³⁸ *Ivi*, punto 38.

³⁹ Cfr. la Dec. Comm. UE, 20 dicembre 1989, n. 90/16/CEE, in G.U.C.E. L 10, 12 gennaio 1990, p. 47, punti 16-18.

⁴⁰ Cfr. la Dec. Comm. UE, 1° agosto 1990, n. 90/456/CEE, in G.U.C.E. L 233, 28 agosto 1990, p. 19, punti 13-14.

³⁵ C. giust. CE, 17 gennaio 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, EU:C:1989:140, punto 58.

³⁶ C. giust. CE, 13 dicembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA* causa C-18/88, EU:C:1989:131, punto 22.

detenuta da dette imprese, dal mercato dei servizi postali di base ai servizi di postacelere potesse giustificarsi in base all'art. 106 § 2 TFUE. Si trattava cioè di ammettere la possibilità di sussidi incrociati da attività redditizie, non riconducibili alla nozione di SIEG ("postacelere"), ad attività non redditizie (servizio postale di base) esercitate dal medesimo soggetto. Sebbene, in entrambe le misure, la Commissione abbia escluso, in punto di fatto, la compatibilità di questi monopoli legali con i Trattati, il ragionamento proposto, seppure solo abbozzato, si poggiava su un'interpretazione innovativa dell'art. 106 § 2 TFUE. La Commissione, infatti, accetta l'idea che uno Stato membro possa concedere l'esercizio in esclusiva di un servizio non di interesse economico generale, nella misura in cui questo sia necessario per garantire l'equilibrio economico del servizio postale di base, e dunque dell'insieme delle attività svolte dall'impresa già titolare del diritto esclusivo ai sensi dell'art. 106 § 1 TFUE.

Questa tesi viene recepita, perfezionata e sviluppata, nell'ambito della giurisprudenza UE, a partire dalla sentenza *Corbeau*⁴¹, che costituisce in questo senso un punto di svolta e che dà inizio alla seconda fase dell'approccio UE all'art. 106 § 2 TFUE. La Corte, in questa pronuncia, al fine di bilanciare l'approccio fortemente pro-concorrenziale adottato in merito all'interpretazione dell'art. 106 § 1 TFUE, valorizza l'art. 106 § 2 TFUE, al punto da ritenere tale norma, in concreto, l'unico strumento, offerto dai Trattati, di giustificazione dei monopoli.

Nella pronuncia era richiesto alla Corte di stabilire se il monopolio della corrispondenza attribuito all'ente postale belga potesse essere giustificato da finalità di interesse generale in ordine a servizi specifici e inscindibili dal servizio di base,

come la raccolta a domicilio, il postacelere e la possibilità di cambiare la destinazione del plico in transito. La risposta che dà la Corte è affermativa e si poggia sulle esigenze di universalità del servizio pubblico e sulla considerazione che l'obbligo di fornire il servizio postale universale per la raccolta, lo smistamento ed il recapito della corrispondenza, «soddisfa un bisogno vitale della collettività»⁴², assolvendo una funzione sociale, dal momento che è prestato, ad un livello qualitativo medio e ad una tariffa unica e fissata ad un livello accessibile a tutti, a chiunque ne faccia richiesta.

Con la sentenza *Corbeau*, quindi, la Corte perviene alla conclusione che, in determinate situazioni, in assenza di monopolio legale, le autorità nazionali sarebbero costrette, per mantenere il proprio equilibrio finanziario, a rinunciare al sistema della perequazione tariffaria e ad adottare delle tariffe differenziate, a discapito degli utenti, soprattutto di quelli appartenenti alle categorie più deboli.

La tesi per cui l'art. 106 § 2 TFUE è invocabile dallo Stato e/o dall'impresa incaricata del SIEG a condizione che risulti compromesso l'adempimento della specifica missione attribuita a quest'ultima, senza che debba essere minacciata la sua stessa sopravvivenza, viene accolta dalla Corte nella giurisprudenza successiva a *Corbeau*, avente per oggetto l'interpretazione congiunta degli artt. 106 § 1 e 102 con l'art. 106 § 2 TFUE. In alcune sentenze i giudici si limitano a riproporre struttura argomentativa e conclusioni della sentenza *Corbeau*, mentre in altre il ragionamento formulato in quest'ultima causa è ulteriormente sviluppato e perfezionato. Una tale estensione riguarda, in particolare, due diversi profili: origine dell'esclusiva e onere della prova.

⁴¹ C. giust. CE, 19 maggio 1993, causa C-320/91, EU:C:1993:198, punti 16-19.

⁴² Conclusioni dell'Avv. gen. Tesauro presentate il 9 febbraio 1993 nella causa "*Corbeau*", cit., punto 15.

Quanto all'origine dell'esclusiva, a proposito della questione riguardante la legittimità di clausole d'acquisto e di vendita esclusiva di elettricità disposte nelle condizioni generali di un'azienda regionale di distribuzione di energia elettrica, la Corte, nel soffermarsi sulle condizioni economiche nelle quali si trovava, nel caso di specie, l'impresa esercente il servizio pubblico e sui costi che essa doveva sopportare, nella sentenza *Comune di Almelo*, applica l'approccio *Corbeau* all'ipotesi in cui la riserva di cui essa usufruiva non avesse natura legale, ma dipendesse, invece, dalla condotta di quest'ultima sul mercato⁴³.

Per quanto riguarda la ripartizione dell'onere della prova nell'ambito dell'art. 106 § 2 TFUE, ovviamente, la Corte non mette in discussione l'assunto in base al quale colui che invoca l'eccezione deve dimostrare che siano rispettati tutti i presupposti di attuazione, ivi compreso il principio di proporzionalità. Tuttavia, in talune pronunce, i giudici chiariscono che spetta alla Commissione provare, in positivo, l'esistenza di altri provvedimenti meno restrittivi potenzialmente utilizzabili dallo Stato per consentire l'assolvimento delle missioni di interesse generale. Ciò vuole dire che l'autorità nazionale deve limitarsi a dimostrare le ragioni per cui l'abolizione di tali provvedimenti è tale da pregiudicare l'esercizio del diritto in condizioni economicamente accettabili⁴⁴.

L'art. 106 § 2 è recentemente venuto in questione in ambito *antitrust* nella vicenda del servizio postale nella Repubblica slovacca. Nel 2015 il Tribunale⁴⁵ ha confermato

la decisione con cui la Commissione aveva constatato un'infrazione dell'articolo 106 § 1 TFUE in combinato con l'articolo 102 TFUE derivante dalla "rimonopolizzazione" di attività che erano state liberalizzate in base alla legislazione UE⁴⁶. Più precisamente, la Repubblica slovacca aveva esteso il monopolio postale di Slovenská pošta ai servizi di consegna della posta ibrida, che fino ad allora erano aperti alla concorrenza. La misura non era giustificata ex art. 106 § 2 poiché né la Repubblica slovacca né Slovenská pošta erano riuscite a fornire prove convincenti del fatto che, senza la monopolizzazione della posta ibrida, Slovenská pošta non sarebbe più stata in grado di fornire il servizio postale universale a condizioni economicamente accettabili. Nella sentenza *OTOC*, poi, la Corte di giustizia ha rilevato che «non risulta[va] dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale, né dalle osservazioni presentate alla Corte, che la formazione obbligatoria degli esperti contabili rivest[isse] un interesse economico generale avente un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica»⁴⁷. Richiamando il ragionamento svolto in merito all'art. 101 TFUE, la Corte ha ad ogni modo escluso l'applicabilità dell'art. 106 § 2 TFUE, giudicando che le restrizioni della concorrenza imposte dal regolamento controverso andassero al di là di quanto necessario per garantire l'adempimento della specifica missione affidata all'Ordine degli esperti contabili⁴⁸.

giust. UE, 30 giugno 2016, causa C-293/15 P, EU:C:2016:511).

⁴⁶ Dec. Comm. UE, 7 ottobre 2008, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 86 del trattato CE sulla legislazione slovacca in materia di servizi postali e segnatamente di servizi di posta ibrida, caso COMP/F-1/39.562, in G.U.C.E. C 322, 17 dicembre 2008, p. 10.

⁴⁷ C. giust. UE, 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127.

⁴⁸ *Ibid.*, punto 106.

⁴³ C. giust. CE, 27 aprile 1994, "Comune di Almelo", cit., punti 46-49.

⁴⁴ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, "Commissione c. Paesi Bassi", cit., punto 58.

⁴⁵ Trib. UE, 25 marzo 2015, causa T-556/08, *Slovenská pošta c. Commissione*, EU:T:2015:189. L'impugnazione presentata avverso la sentenza in parola è stata rigettata dalla Corte con ordinanza ex art. 181 del regolamento di procedura (Corte

Va infine segnalato un interessante sviluppo concernente l'applicazione congiunta degli artt. 106 § 1 e 102 TFUE. In *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)* era in questione l'accesso privilegiato al combustibile più conveniente per la produzione di elettricità che la Grecia accordava all'ex impresa monopolistica DEI⁴⁹. La Corte di giustizia ha chiarito che la «disparità di opportunità tra gli operatori economici»⁵⁰, e quindi la distorsione della concorrenza, risultante da una misura statale integra una violazione dell'articolo 106 § 1 TFUE in combinato con l'articolo 102 TFUE «a prescindere da qualsiasi abuso reale»⁵¹. La Commissione dovrà solo identificare una conseguenza anticoncorrenziale, potenziale o reale, che possa derivare dal provvedimento statale in questione. Può perciò aversi una violazione degli artt. 106 § 1 e 102 TFUE quando i provvedimenti statali di cui trattasi pregiudichino la struttura del mercato creando condizioni di concorrenza ineguali tra le imprese, «senza che sia richiesta la prova dell'esistenza di una pratica abusiva reale»⁵².

Nonostante talune eccezioni all'interpretazione flessibile dell'art. 106 § 2 TFUE esistano, nella giurisprudenza sia della Corte⁵³ che soprattutto del Tribunale⁵⁴, ad oggi, vale quanto ribadito nella sentenza *Correos*: perché l'art. 106 § 2 TFUE possa trovare applicazione non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa

incaricata della gestione di un SIEG, essendo sufficiente che «possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, o che il mantenimento di tali diritti sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili»⁵⁵.

IV. L'efficacia diretta dell'art. 106 § 2

Illustrata la centralità, nell'ambito dell'art. 106 § 2 TFUE, delle due nozioni di «pregiudizio contrario agli interessi dell'Unione» e di «ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale», bisogna capire se la loro ricostruzione, con riferimento alle fattispecie oggetto d'esame della Corte, spetti a titolo esclusivo alle istituzioni UE oppure se possa essere svolta anche dalle autorità nazionali, giudici compresi, investiti dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 106 § 2 TFUE. Quanto alla qualificazione di impresa e di incarico della missione di interesse generale, invece, problemi non si pongono, rientrando nella competenza delle autorità nazionali, il cui esercizio è soggetto al controllo delle istituzioni UE.

In tale sede bisogna capire se le imprese incaricate di un determinato SIEG e/o le imprese concorrenti sottoposte alle regole UE, intenzionate a far cessare l'esenzione dalle regole di concorrenza di cui beneficiano le prime, possano invocare davanti ai giudici nazionali l'art. 106 § 2 TFUE, rispettivamente, per richiederne o contestarne l'applicazione.

Dall'analisi della giurisprudenza si ricava che la Corte, inizialmente, aveva negato che l'art. 106 § 2 TFUE conferisse a persone fisiche o giuridiche posizioni soggettive

⁴⁹ C. giust. UE, 17 luglio 2014, causa C-553/12 P, *Commissione c. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)*, EU:C:2014:2083.

⁵⁰ *Ivi*, punto 44.

⁵¹ *Ivi*, punto 46.

⁵² *Ibid.*

⁵³ C. giust. CE, 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e altri c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, EU:C:1998:316, punto 67.

⁵⁴ Trib. CE, 19 giugno 1997, causa T-260/94, *Air Inter SA c. Commissione*, EU:T:1997:89, punto 138.

⁵⁵ C. giust. CE, 15 novembre 1997, causa C-162/06 EU:C:2007:681, punti 34-36.

direttamente azionabili dinanzi ai giudici nazionali. La Corte riteneva, infatti, che la complessa valutazione degli interessi in causa, richiesta dalla norma, fosse di competenza esclusiva della Commissione. Secondo i giudici UE, la *ratio* della disposizione non era dissimile da quella di altre clausole derogatorie delle regole di concorrenza, come l'art. 101, § 3 TFUE, allora prive, appunto, di efficacia diretta. Negli sviluppi giurisprudenziali si è assistito ad un costante mutamento di indirizzo, che ha portato la Corte a consentire l'invocabilità dell'art. 106 § 2 TFUE da parte dei singoli dinanzi ai giudici nazionali, al fine di accertare l'osservanza delle condizioni ivi previste⁵⁶. Il ragionamento dei giudici UE è stato nel senso di sottolineare che, in assenza del riconoscimento di efficacia diretta dell'art. 106 § 2 TFUE, in particolare della nozione di "ostacolo" all'adempimento della missione di interesse generale, i singoli non avrebbero potuto far valere quei diritti derivanti dai divieti, direttamente efficaci, contenuti nelle norme dei Trattati nei confronti delle quali opera la deroga⁵⁷.

Il discorso è più complesso per quel che concerne il concetto di "interesse dell'Unione" e la valutazione di pregiudizio ad esso arrecato dalla restrizione degli scambi intracomunitari. In buona sostanza, ci si domanda se sia ammissibile estendere inte-

gralmente l'efficacia diretta anche alla frase finale dell'art. 106 § 2 TFUE.

La Corte, in qualche caso, ha chiarito che spetta alla Commissione, anche alla luce dell'ampio potere discrezionale conferitole in base all'art. 106 § 3 TFUE, l'obbligo di definire l'interesse dell'Unione al fine di valutare se ed in quale misura sia stato compromesso lo sviluppo degli scambi. In questo senso, mentre la Commissione provvederebbe a controllare *ex post* che gli Stati abbiano correttamente applicato le altre tre condizioni richieste dall'art. 106 § 2 TFUE, in relazione a questa condizione essa eserciterebbe un potere discrezionale ben più ampio, quello cioè di definire, in prima persona e a titolo esclusivo, la nozione di interesse dell'Unione⁵⁸. Nel seguire tale ragionamento, la Corte ritiene ammissibile scomporre la norma, almeno sotto il profilo dell'efficacia diretta, negando in questo modo la tesi secondo cui l'assenza di un pregiudizio agli scambi contrario agli interessi dell'Unione costituirebbe lo sviluppo logico e normativo del più ampio requisito richiesto dalla prima frase dell'art. 106 § 2 TFUE. Nonostante tali ragionamenti, la Corte pare rifiutare l'automatismo in base al quale la titolarità esclusiva richiede sempre un intervento necessario e preventivo della Commissione. Allo stato attuale, quindi, il giudice nazionale deve, innanzitutto, constatare che il soggetto intenzionato a giovare dell'eccezione sia un'impresa; in secondo luogo, controllare che questa sia stata incaricata di una missione di interesse generale; in terzo luogo, pronunciarsi sul rischio che tale missione possa essere compromessa dall'applicazione delle regole dei Trattati. Ebbene, qualora ritenga che queste tre condizioni siano soddisfatte, egli può consentire l'applicazione, *in toto*, dell'art. 106 § 2

⁵⁶ C. giust. CE, 17 gennaio 1989, "Ahmed Saeed", cit., punti 53-57; C. giust. CE, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, EU:C:2002:36, punti 17-18.

⁵⁷ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, EU:C:1974:6, punto 18; C. giust. CE, 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, EU:C:1991:254, punti 33-34; C. giust. CE, 19 ottobre 1995, causa C-19/93, *Rendo e altri c. Commissione*, EU:C:1995:339, punti 18-19.

⁵⁸ C. giust. CE, 23 ottobre 1997, "Commissione c. Paesi Bassi", cit., punto 69.

TFUE, senza attendere un preventivo “via libera” da parte della Commissione, la quale potrà intervenire per fare prevalere le norme dei Trattati, solamente nel caso in cui ravvisi il rischio di un pregiudizio agli scambi a danno degli interessi dell’Unione.

DANIELE GALLO

Bibliografia

A. Arena, «Art. 36. Accesso ai servizi d’interesse economico generale», in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, (a cura di) S. Allegrezza – R. Mastroianni – F. Pappalardo – O. Pollicino – O. Razzolini, Milano, 2017, p. 679 ss.; J.-F. Bellis, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, 2017; J.L. Buendia Sierra, «Writing Straight with Crooked Lines: Competition Policy and Services of General Economic Interest in the Treaty of Lisbon», in *EU Law After Lisbon*, (eds.) A. Biondi – P. Eeckhout – S. Ripley, 2012, p. 347 ss.; J.L. Buendia Sierra, «Exclusive or special rights under article 106 TFEU: An overview of EU and national case law», *e-Competitions Bulletin Exclusive rights (Art. 106 TFEU)*, Art. N° 44436, 23 marzo 2016; J. Burke, *A Critical Account of Article 106(2) TFEU. Government Failure in Public Service Provision*, Oxford, 2018; G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza “limitata”. Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010; M. Cremona (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011; W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Berlin-Heidelberg, 2016; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell’Unione europea*, Mila-

no, 2010; D. Gallo, *Public Services and EU Competition Law Social Market Economy in Action*, Oxford-New York-Torino, 2021; L. Hancher – P. Larouche, «The Coming Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest», in *The Evolution of EU Law*, (eds.) P. Craig – G. de Búrca, 2nd edition, Oxford, 2011, p. 743 ss.; V. Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012; A. Jones – B. Sufrin, *EU Competition Law*, 6^a ed., Oxford, 2016; M. Krajewski – U. Neergaard-J. van de Gronden (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, 2009; M. Kellerbauer – T. Maxian Rusche, *Article 106*, in *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, (eds.) M. Kellerbauer – M. Klamert – J. Tomkin, Oxford, 2019, p. 1088 ss.; U. Neergaard, «Services of General Economic Interest under EU Constraints», in *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, (eds.) D. Schiek – U. Liebert – H. Schneider, Cambridge, 2011, p. 174 ss.; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell’Unione europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018; F. Picod, «Vers une meilleure conciliation des services d’intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur», in *L’identité du droit de l’Union européenne : mélanges en l’honneur de Claude Blumann*, (dir.) F. Picod-B. Brunessen-S. Roland, Bruxelles, 2015, p. 767 ss.; B. Reuder – W. Verloren van Themaat, *European competition law: a case commentary*, 2^a ed., Cheltenham-Northampton, 2018; W. Sauter – H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, 2009; W. Sauter, *Public Services in EU Law*, Cambridge, 2015; E. Szyszczak, «Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition», in *Journal of European*

II. DIRITTO ANTITRUST
II.1 I DIVIETI ANTITRUST E ALCUNI ASPETTI AD ESSI RELATIVI

Competition Law & Practice, 2013, p. 514 ss.; E. Szyszczak, «Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, p. 681 ss.; É. Szyszczak – J. Davies – M. Andenas – T. Bekkedal (eds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, 2011;

J. van de Gronden – C.S. Rusu, «Services of General (Economic) Interest post-Lisbon», in *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, (eds.) M. Trybus - L. Rubini, Cheltenham, 2012, p. 413 ss.; R. Whish – D. Bailey, *Competition Law*, 9^a ed., Oxford, 2018.

I RAPPORTI TRA DIRITTO ANTITRUST E DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Sommario: **I.** L'interazione tra le due normative: finalità convergenti o conflitto intrinseco? – **II.** I diritti di proprietà intellettuale e la disciplina in materia di intese. – II.1. Gli accordi di trasferimento di tecnologia. – a) I pool tecnologici. – b) Gli accordi transattivi. – c) Il caso Roche/Novartis. – II.2. Gli accordi di standardizzazione. – **III.** I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante.

I. L'interazione tra le due normative: finalità convergenti o conflitto intrinseco?

La normativa a tutela della proprietà intellettuale attribuisce al titolare del bene immateriale una protezione di tipo assoluto. Il titolare di un brevetto, di un diritto d'autore, di un marchio o di altre "privative" ha un diritto esclusivo di sfruttamento di tali beni immateriali: può impedirne *tout court* l'utilizzo da parte di terzi o può consentirlo imponendo delle limitazioni volte a proteggere i propri interessi. Ciò in quanto lo sfruttamento esclusivo dei diritti di proprietà intellettuale (DPI), che porta con sé un intrinseco incentivo all'innovazione e uno stimolo alla creatività umana, costituisce la sostanza stessa di tali diritti. Questa caratteristica tipica dei DPI determina un inevitabile intreccio tra la disciplina a protezione dei diritti in questione e le regole *antitrust*; intreccio che si risolve, secondo alcuni, in un insanabile conflitto tra i due ambiti normativi, secondo altri, nel perseguimento di obiettivi convergenti. La seconda tesi è quella sostenuta dall'esecutivo euro-unitario, che ha, in più

occasioni, rilevato come il diritto della concorrenza e la disciplina a tutela della proprietà intellettuale perseguano, pur con strumenti diversi, analoghe finalità, essendo entrambi volti a favorire l'allocazione efficiente delle risorse e a incentivare la ricerca e l'innovazione¹. Non è questa la sede per approfondire le argomentazioni che stanno alla base dell'una e dell'altra tesi. Ciò che preme rilevare è che l'incontro tra le due discipline, che richiede necessariamente di tracciarne i rispettivi confini e individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, ha dato luogo ad una ricca casistica (in applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE) e a diversi interventi regolatori (e di *soft law*), di cui si darà brevemente conto nei §§ che seguono². Si tratta,

¹ Cfr. comunicazione della Commissione *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di trasferimento di tecnologia*, in G.U.U.E. C 89, 28 marzo 2014, p. 3-50, § 7 (Linee direttrici); comunicazione della Commissione recante *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U.U.E. C 164, 19 aprile 2022, p. 1-121, § 444 (Linee guida orizzontali).

² La presente trattazione si concentrerà su alcune delle principali fattispecie rilevanti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, tralasciando altri ambiti in cui le normative di cui si tratta vengono a contatto. Si pensi, ad esempio, alle questioni che possono sorgere con riferimento ai DPI nel contesto di accordi di ricerca e sviluppo e di specializzazione (cfr. il Reg. (UE) 2023/1066 della Commissione, 1 giugno 2023, relativo all'applicazione dell'articolo 101 paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo, in G.U.U.E. L 143, 2 giugno 2023, p. 9-19, e il Reg. (UE) 2023/1067 della Commissione, 1 giugno 2023, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione, in G.U.U.E.

peraltro, di questioni e interrogativi che

L 143, 2 giugno 2023, pp. 20-26). Sul punto, basti notare che le esenzioni previste da tali regolamenti si applicano anche in presenza di disposizioni c.d. “accessorie” – ossia, direttamente collegate e necessarie all’esecuzione degli accordi in questione e che non ne costituiscono l’oggetto principale – relative alla cessione o alla concessione in licenza di DPI. Analogamente, in materia di accordi verticali, l’esenzione per categoria prevista dal relativo regolamento «si applica agli accordi verticali contenenti disposizioni relative alla cessione all’acquirente o all’uso da parte dell’acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che tali disposizioni non costituiscano l’oggetto primario degli accordi e che esse siano direttamente collegate all’uso, alla vendita o alla rivendita di beni o servizi da parte dell’acquirente o dei suoi clienti» (cfr. l’art. 2, comma 3, del Reg. (UE) 2022/720 della Commissione, 10 maggio 2022, *relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in G.U.U.E. L 134, 11 maggio 2022, pp. 4-13). Un altro ambito di incontro tra la normativa antitrust e quella relativa ai DPI è quello della gestione in comune di diritti d’autore e di diritti connessi per il tramite di *collecting societies* (cfr. Dec. Comm. UE, 16 luglio 2008, COMP C2/38.698, «CISAC», parzialmente annullata in appello dal Trib. UE, 12 aprile 2013, causa T-442/08, ECLI:EU:T:2013:188, e altre cause connesse). In proposito, è opportuno osservare come, nell’ultimo decennio, tale settore sia stato oggetto di diverse istruttorie in Italia: si vedano, in tal senso, la decisione relativa alla gestione e intermediazione dei diritti connessi al diritto d’autore spettanti agli artisti, interpreti ed esecutori, conclusa con l’accettazione degli impegni offerti dall’ex monopolista Nuovo Imaie (cfr. Delib. AGCM, 22 marzo 2017, n. 26497 in Boll. n. 13/2017), quella riguardante (*inter alia*) i servizi di gestione del diritto d’autore non coperti da riserva di legge, conclusa con l’accertamento dell’abuso di posizione dominante da parte di SIAE (cfr. Delib. AGCM, 25 settembre 2018, n. 27359 in Boll. n. 40/2018, confermata dal TAR Lazio, sentenza 26 settembre 2019, n. 11330, nonché dal Consiglio di Stato, sentenza 15 febbraio 2023, n. 1580) e, da ultimo, la pronuncia in materia di raccolta e distribuzione di compensi di copia privata nel settore audiovisivo, anch’essa conclusa con l’accettazione degli impegni proposti dalle parti del procedimento, ossia SIAE, l’Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediali (ANICA) e ANICA Servizi S.r.l., l’Associazione Produttori Audiovisivi (APA) e APA Service S.r.l., Univideo e l’Agenzia per lo Sviluppo dell’Editoria Audiovisiva S.r.l. (ASEA) (cfr. Delib. AGCM, 25 novembre 2021, n. 29916 in Boll. n. 50/2021).

spesso si intrecciano con l’obiettivo della Commissione europea di realizzare il mercato unico. Si pensi, ad esempio, al tema delle limitazioni territoriali alla circolazione – *inter alia* – delle opere (audiovisive, musicali, editoriali, ecc.) protette da *copyright* (c.d. “geoblocco”)³. Tali limitazioni, e l’interazione tra DPI e diritto *antitrust*, sono state oggetto di recenti pronunce della Commissione europea e delle Corti euro-unitarie: si veda, da ultimo, la sentenza del Tribunale dell’Unione europea (Tribunale) nel caso *Valve*, relativo al blocco geografico dell’attivazione o dell’utilizzo di determinati videogiochi (mediante una funzionalità tecnologica, offerta dalla piattaforma Steam agli sviluppatori dei videogiochi stessi, capace di impedirne le vendite passive transfrontaliere). In quell’occasione, il Tribunale ha ribadito che l’oggetto specifico del copyright è di garantire al

³ In tale ambito, il legislatore euro-unitario ha adottato il Reg. 2018/302 del 28 febbraio 2018 *recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell’ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE*. Nell’ottica di «realizzare il pieno potenziale del mercato interno», e intervenendo in maniera complementare al diritto della concorrenza, tale regolamento vieta ai professionisti, a prescindere dal loro potere di mercato, di porre in essere unilateralmente blocchi geografici in danno di clienti che acquistano per uso finale. Giova sottolineare come i «servizi audiovisivi, compresi quelli il cui principale obiettivo consiste nel fornire accesso alla trasmissione di eventi sportivi, e che sono forniti sulla base di licenze territoriali esclusive» siano attualmente esclusi dall’ambito di applicazione del Reg. 2018/302 (cfr. il considerando n. 8). Inoltre, il divieto di praticare condizioni generali di accesso diverse in base alla nazionalità, luogo di residenza o di stabilimento degli utilizzatori finali – che costituisce una delle disposizioni centrali del medesimo regolamento – non si applica, allo stato, ai «servizi che consistono principalmente nel fornire l’accesso a opere tutelate dal diritto d’autore o altri beni protetti, compresa la vendita di opere tutelate dal diritto d’autore o altri beni immateriali protetti, e nel permetterne l’uso» [cfr. art. 4, comma 1, lett. b)].

suo titolare il diritto di sfruttare commercialmente l'opera protetta, concedendo licenze a fronte del pagamento di un compenso, e non la facoltà di ottenere il più alto compenso possibile, né tantomeno di differenziare in modo artificioso i prezzi mediante la compartimentazione dei mercati nazionali⁴.

⁴ Cfr. Trib. UE, 23 settembre 2023, causa T-172/21, *Value Corporation c. Commissione*, ECLI:EU:T:2023:587, punto 204. Cfr. anche C. giust. UE, 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League/QC Leisure e altri*, ECLI:EU:C:2011:631, punto 108. Si veda, inoltre, il caso *Accesso transfrontaliero alla televisione a pagamento*, avente ad oggetto talune clausole, afferenti a un'esclusiva territoriale assoluta, contenute negli accordi bilaterali di licenza di film per la trasmissione nel Regno Unito e in Irlanda, intervenuti tra alcune delle principali case di produzione cinematografica (*inter alia*, Warner Bros., Sony Pictures, NBCUniversal, Disney e Paramount Pictures) e l'emittente televisiva a pagamento Sky. Nelle comunicazioni degli addebiti, inviate il 23 luglio 2015 e il 12 gennaio 2018, la Commissione europea aveva raggiunto la conclusione preliminare che dette clausole avessero un oggetto anticoncorrenziale in quanto volte a «vietare o limitare la vendita passiva a dimensione transfrontaliera di servizi al dettaglio di televisione a pagamento e ad assegnare un'esclusiva territoriale totale sui contenuti degli studi cinematografici». Con decisioni del 26 luglio 2016, nei confronti di Paramount, e del 7 marzo 2019, nei confronti di Walt Disney, Universal, Sony Pictures, Warner Bros e Sky, la Commissione europea ha, poi, chiuso il procedimento accettando gli impegni presentati dalle imprese interessate, consistenti, in estrema sintesi, nell'eliminare, in tutti gli accordi di licenza, le clausole contestate e nel non pretendere l'esecuzione con riferimento ai contratti ancora in essere. L'emittente televisiva Canal +, che aveva concluso con Paramount un accordo di licenza che prevedeva un'esclusiva relativa al territorio francese, ha impugnato la decisione del 2016, ottenendone l'annullamento da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte di Giustizia) per motivi fondati sulla violazione del principio di proporzionalità, in base al quale la Commissione sarebbe stata tenuta a valutare gli impegni offerti anche con riguardo alla loro incidenza sugli interessi dei terzi (cfr. C. Giust. UE, 9 dicembre 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal + c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2020:1007.

Il Trib. UE, 12 dicembre 2018, causa T-873/16, ECLI:EU:T:2018:904, aveva invece confermato il provvedimento del 2016). A seguito di siffatto annullamento, peraltro, la Commissione ha revocato anche la decisione del 2019, in quanto gli impegni accettati con la stessa erano sostanzialmente identici rispetto a quelli censurati dalla Corte di Giustizia. Si vedano anche i casi relativi al c.d. "licensed merchandising", aventi a oggetto la distribuzione di prodotti incorporanti DPI e la relativa concessione in licenza (Dec. Comm. UE 25 marzo 2019, AT.40436, *Ancillary Sports Merchandise*, Dec. Comm. UE 9 luglio 2019, AT.40432 *Character Merchandise* e Dec. Comm. UE 30 gennaio 2020, AT.40433, *Film Merchandise*). Nelle relative decisioni, la Commissione europea ha ritenuto che le pratiche in questione comportassero restrizioni tali da impedire o limitare le vendite transfrontaliere e, pertanto, fossero soggette alle norme *antitrust*, e ha ribadito come «a misuse of intellectual property rights may amount to an infringement of competition rules». Giova altresì ricordare, incidentalmente, la casistica relativa all'interazione tra le discipline nazionali in materia di DPI e le disposizioni sulla libera circolazione delle merci all'interno dello Spazio Economico Europeo (SEE). In particolare, si segnala il c.d. "principio dell'esaurimento", in base al quale il diritto di impedire le importazioni di prodotti in circolazione all'interno dello SEE non può essere giustificato da ragioni di tutela della proprietà intellettuale qualora il bene sia stato messo in commercio dal titolare della privativa, o con il suo consenso, in uno qualsiasi dei Paesi facenti parte di tale accordo. Sul punto, cfr. sentenze della C. giust. CE: 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, ECLI:EU:C:1974:114; 14 luglio 1981, causa 187/80, *Merck c. Stephar*, ECLI:EU:C:1981:180 (in materia di brevetti); 22 giugno 1994, causa C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik-Uwe Danzinger c. Ideal-Standard - Wabco Standard - "Ideal Standard"*, ECLI:EU:C:1994:261; 17 ottobre 1990, causa C-10/89, *SA Cnl-Sucal c. Hag GF - "HAG II"*, ECLI:EU:C:1990:359 (in materia di marchi); 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro*, ECLI:EU:C:1971:59; 24 gennaio 1989, causa 341/87, *EMI Electrola GmbH c. Patricia Im- und Export ed altri*, ECLI:EU:C:1989:30; 18 marzo 1980, causa 62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri c. Ciné Vog Films ed altri*, ECLI:EU:C:1980:84; 3 luglio 2012, causa C-128/11 *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp*, ECLI:EU:C:2012:407 (in materia di diritto d'autore).

II. I diritti di proprietà intellettuale e la disciplina in materia di intese

II.1. Gli accordi di trasferimento di tecnologia

Gli accordi tra due imprese relativi al trasferimento di DPI sono stati oggetto di analisi da parte della Commissione europea, nel contesto di regolamenti di esenzione per categoria, sin dagli anni '80. In anni più recenti, sono entrati in vigore il Reg. 316/2014⁵, che prevede un'esenzione generale per tutti gli accordi bilaterali di trasferimento di tecnologia che presentino determinate caratteristiche in termini di quote di mercato delle parti e non contengano specifiche restrizioni fondamentali (individuate in numero limitato nella c.d. "lista nera"), e le relative Linee direttrici, che recano le indicazioni per la corretta applicazione del regolamento e i criteri per valutare la compatibilità con l'art. 101 TFUE degli accordi che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento stesso⁶. Più in particolare, il Reg. 316/2014 dispone l'esenzione dall'applicazione dell'art. 101 TFUE per gli accordi di licenza o di cessione⁷ dei c.d.

⁵ Reg. 316/2014 della Commissione del 21 marzo 2014 *relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia*, in G.U.U.E. L 93, 28 marzo 2014, p. 17-23. Il Reg. 316/2014 rimarrà in vigore fino al 30 aprile 2026. In vista di tale scadenza, la Commissione europea ha avviato la fase di valutazione e consultazione in merito alla possibile proroga o revisione dello stesso (cfr. la pagina disponibile al seguente indirizzo *internet*: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2023-technology-transfer_en#a-evaluation-phase).

⁶ Il Reg. 316/2014 e le Linee direttrici hanno sostituito, rispettivamente, il Reg. 772/2004, in G.U.U.E. L 123, 27 aprile 2004, e le relative linee direttrici, in G.U.U.E. C 101, 27 aprile 2004.

⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. c), del Reg. 316/2014, le cessioni di «diritti tecnologici» rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento solo

diritti tecnologici⁸: a) che hanno per oggetto la produzione di beni «che incorporano la tecnologia sotto licenza o che sono realizzati utilizzando i diritti tecnologici sotto licenza»; b) che intervengono tra due (e solo due) imprese⁹ e a condizione che queste ultime detengano: i) una quota di mercato congiunta non superiore al 20% (nei mercati rilevanti del prodotto e delle tecnologie), se concorrenti; ii) una quota di mercato individuale non superiore al 30% (nei mercati rilevanti del prodotto e delle tecnologie), se non concorrenti. Giova precisare che, a differenza della precedente disciplina, il Reg. 316/2014 copre anche gli accordi di trasferimento di tecnologia il cui principale obietti-

qualora «parte del rischio connesso allo sfruttamento della tecnologia rimanga a carico del cedente». Ciò avviene, in particolare, quando «il corrispettivo della cessione dipende dal fatturato realizzato dal cessionario attraverso la vendita dei prodotti che incorporano la tecnologia ceduta, dai quantitativi prodotti o dal numero di operazioni effettuate con la tecnologia in questione» (cfr. Linee direttrici, § 52).

⁸ Sono diritti tecnologici: il *know-how*, i brevetti, i modelli di utilità, i diritti su disegni e modelli, le topografie di prodotti a semiconduttori, i certificati complementari di protezione per i medicinali o altri prodotti per i quali possono essere ottenuti, i certificati relativi a nuove varietà vegetali, i diritti d'autore sul *software* o una loro combinazione, nonché le domande di registrazione di tali diritti (cfr. art. 1, comma 1, lettera b, del Reg. 316/2014). A differenza di quanto previsto dalla precedente normativa (cfr. § 51 delle precedenti linee direttrici), la licenza di diritti d'autore sul *software* concessa ai fini della semplice produzione di copie di un'opera protetta per la rivendita non rientra nell'ambito di applicazione del Reg. 316/2014 e delle Linee direttrici; tale riproduzione rientra nell'ambito di applicazione del Reg. (UE) 2022/720 e degli orientamenti sulle restrizioni verticali (cfr. Linee direttrici §§ 62 e 63). Ricade, invece, nel Reg. 316/2014 la concessione di una licenza volta a consentire al licenziatario di riprodurre il *software* integrandolo in un dispositivo con cui il medesimo interagisce (cfr. Linee direttrici § 63).

⁹ Nel valutare individualmente accordi di licenza conclusi tra più di due imprese, ma aventi la medesima natura di quelli ricompresi nel Reg. 316/2014, la Commissione europea applicherà per analogia i principi enunciati nel regolamento (cfr. Linee direttrici § 57).

vo sia l'acquisto di beni¹⁰ o la concessione in licenza di DPI diversi dai diritti tecnologici (in particolare, i marchi), purché l'impiego dei medesimi beni e DPI sia direttamente collegato alla produzione e alla vendita dei prodotti realizzati con i diritti tecnologici oggetto di licenza o di cessione¹¹. L'accordo non deve poi contenere alcune restrizioni considerate fondamentali (*"hardcore"*). Anche su questo aspetto, il Reg. 316/2014 distingue l'ipotesi in cui le parti siano concorrenti¹² da quella in cui non lo siano. Sono considerate restrizioni fondamentali tra concorrenti (anche se sono previste talune eccezioni) quelle che incidono sulla libertà di una parte di determinare i prezzi di rivendita, quelle che limitano la produzione,

quelle che si risolvono nella ripartizione dei mercati¹³ o della clientela e quelle che impediscono al licenziatario di sfruttare la propria tecnologia o alle parti di svolgere attività di ricerca e di sviluppo (salvo il caso in cui ciò sia indispensabile per tutelare il *know how* sotto licenza)¹⁴. Per quanto concerne gli accordi tra imprese non concorrenti, la lista nera è stata significativamente modificata rispetto a quanto previsto nel precedente Reg. 772/2004, in quanto vi risultano ora incluse le restrizioni delle vendite passive dei licenziatari nei territori o ai gruppi di clienti assegnati ad altri licenziatari (ammesse, entro certi limiti, dal precedente Reg. 772/2004). In particolare, il regolamento in vigore non consente più al licenziante di accordare ad un proprio licenziatario una protezione territoriale assoluta per i primi due anni, ossia di vietare agli altri licenziatari di effettuare vendite attive e passive nel territorio assegnato a tale licenziatario¹⁵. Resta, al contrario, consentita l'imposizione al licenziatario dell'obbligo di non effettuare vendite passive nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo riservati al licenziante¹⁶. Per il resto, la lista nera include

¹⁰ Conformemente alla precedente disciplina, invece, il Reg. 316/2014 non si applica alle parti degli accordi di trasferimento di tecnologia relativi a beni non impiegati per la produzione dei prodotti incorporanti la tecnologia licenziata o ceduta (Linee direttrici § 46, dove viene proposto il seguente esempio: «nei casi in cui il latte viene venduto assieme alla concessione della licenza di tecnologia per la produzione di un formaggio, solo il latte utilizzato per la produzione del formaggio con la tecnologia sotto licenza rientrerà nel capo di applicazione del RECTT»).

¹¹ Il Reg. 316/2014 copre gli accordi di trasferimento di tecnologia «anche se il principale interesse delle parti risiede nello sfruttamento del marchio piuttosto che della tecnologia» (cfr. Linee direttrici § 47). Laddove non rientrino nell'ambito di applicazione del Reg. 316/2014, le disposizioni relative alla cessione all'acquirente o all'uso da parte di quest'ultimo di DPI (in particolare, relativi a marchi, diritti d'autore e *know-how*) devono essere valutate separatamente; in talune circostanze, tali disposizioni possono beneficiare dell'esenzione di cui al Reg. (UE) 2022/720 in materia di intese verticali. Quanto, poi, alla valutazione di licenze di marchio al di fuori del contesto di regolamenti di esenzione, cfr. Dec. Comm. UE, 23 dicembre 1977, n. 78/253/CEE, IV/171, 856, 172, 117, 28.173, «Campari», in G.U.C.E. L 70, 13 marzo 1978, p. 69-78.

¹² Con riferimento agli accordi tra concorrenti, si distinguono quelli «reciproci» (per i quali la Commissione europea mostra un approccio più rigoroso) e quelli «non reciproci» (che vengono trattati con maggiore benevolenza). Per le definizioni cfr. l'art. 1, comma 1, lett. d) e e) del Reg. 316/2014.

¹³ Con riferimento agli accordi non reciproci, beneficiano dell'esenzione anche le licenze esclusive, indipendentemente dall'estensione del territorio. Pertanto, rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento anche le licenze di portata mondiale, dove il licenziante si astiene dall'entrare o dal restare sul mercato (cfr. Linee direttrici § 107).

¹⁴ La c.d. lista nera per gli accordi tra concorrenti è rimasta sostanzialmente invariata rispetto a quella contenuta nel Reg. 772/2004.

¹⁵ Cfr. articolo 4, comma 2, lett. b). Tuttavia, pur se non coperta dall'esenzione, la suddetta restrizione può essere ritenuta compatibile con il diritto della concorrenza, per un periodo limitato (normalmente di 2 anni), laddove risulti oggettivamente necessaria al licenziatario per entrare in un nuovo mercato la cui penetrazione richieda ingenti investimenti (cfr. Linee direttrici § 126).

¹⁶ Inoltre, le restrizioni delle vendite attive nei territori o ai gruppi di clienti dei licenziatari beneficiano dell'esenzione senza che sia «necessario che al licenziatario protetto sia stato assegnato un territorio esclusivo o un gruppo di clienti esclusivo».

l'imposizione al licenziatario di un prezzo di rivendita (fatta salva la possibilità di raccomandare un prezzo o di imporre un prezzo massimo) e il divieto, per un licenziatario membro di un sistema di distribuzione selettiva e operante nel commercio al dettaglio, di effettuare vendite attive o passive agli utilizzatori finali. Il regolamento individua, poi, all'art. 5, alcune restrizioni c.d. "escluse", ovvero restrizioni che, seppur non coperte dall'esenzione, non impediscono agli accordi in cui sono inserite di beneficiarne. Si tratta, segnatamente: i) dell'obbligo imposto al licenziatario di concedere in licenza esclusiva o di cedere, in tutto o in parte, al licenziante (o ad un terzo da esso designato) i diritti relativi ai perfezionamenti o alle nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza realizzati dal licenziatario stesso (c.d. clausola di retrocessione esclusiva)¹⁷; ii) dell'obbligo imposto a una parte di non contestare la validità dei diritti di proprietà di beni immateriali che l'altra parte¹⁸ detiene nell'Unione (c.d. clau-

sola di non contestazione)¹⁹, fatta salva la possibilità, in caso di licenza esclusiva, di recedere dall'accordo di trasferimento di tecnologia qualora il licenziatario contesti la validità di uno qualsiasi dei diritti tecnologici sotto licenza (c.d. "termination clause")²⁰; iii) nel contesto di accordi tra

comma 1, lettera b, del Reg. 316/2014, il nuovo regolamento appare escludere dall'esenzione anche gli obblighi eventualmente assunti dal licenziante di non contestare i diritti tecnologici del licenziatario.

¹⁹ La *ratio* che sta alla base di tale esclusione è che i DPI invalidi costituiscono un freno all'innovazione e vanno, pertanto, eliminati (cfr. C. giust. CE, 25 febbraio 1986, causa 193/83, *Windsurfing International c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:75, punto 92, ove si afferma che «manifestamente una clausola del genere non rientra nell'oggetto specifico del brevetto, il quale non può essere interpretato nel senso di garantire una tutela anche contro le azioni di contestazione della validità del brevetto, tenuto conto dell'interesse pubblico all'eliminazione di ogni ostacolo che potrebbe derivare per l'attività economica da un brevetto concesso indebitamente»). Per quanto concerne le clausole di non contestazione concluse nel contesto di accordi di composizione transattiva e di non rivendicazione, esse sono in genere considerate lecite, in quanto «è insito in tali accordi il fatto che le parti convengano di non contestare a posteriori i diritti di proprietà di beni immateriali oggetto della controversia» (cfr. Linee direttrici § 242). Tuttavia, a differenza di quanto previsto nella precedente comunicazione, le Linee direttrici puntualizzano che, in determinate circostanze, anche tali clausole possono produrre effetti anticoncorrenziali e rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Ad esempio, ciò può accadere quando «un diritto di proprietà di beni immateriali è stato concesso a seguito di informazioni inesatte o fuorvianti» (cfr. Linee direttrici §§ 242-243; si veda anche C. giust. UE, 6 dicembre 2012, causa C-457/10 *Astra Zeneca/Commissione*, ECLI:EU:C:2012:770). Con specifico riferimento al marchio, cfr. Dec. Comm. UE, 23 marzo 1990, n. 90/186/CEE, IV/32.736, *Moosehead-Whitbread*, in G.U.C.E. L 100, 20 aprile 1990, p. 32-37, punto 15.4, in cui la Commissione europea ha ritenuto che una clausola di non contestazione non costituisca una sensibile restrizione della concorrenza, in considerazione della scarsa notorietà del marchio di cui si trattava.

²⁰ Diversamente dal Reg. 772/2004, il Reg. 316/2014 estende l'esenzione solo alle clausole di risoluzione afferenti a licenze esclusive; negli altri

In particolare, «L'esenzione per categoria si applica alle restrizioni delle vendite attive quando per un particolare territorio o gruppo di clienti sono stati designati più licenziatari» (cfr. Linee direttrici § 120). Rientrano, altresì, nell'esenzione tutte le restrizioni delle vendite, attive e passive, imposte al licenziante (cfr. Linee direttrici § 120).

¹⁷ Secondo la Commissione europea, le clausole di retrocessione esclusiva riducono gli incentivi ad innovare del licenziatario, che non può sfruttare, tra l'altro tramite la concessione di licenze a terzi, i perfezionamenti realizzati. Gli obblighi di retrocessione non esclusivi beneficiano, invece, dell'esenzione. Diversamente da quanto previsto dal precedente Reg. 772/2004, che escludeva dal suo campo di applicazione solo le clausole di retrocessione esclusiva aventi ad oggetto i perfezionamenti «separabili» (ossia, che possono essere sfruttati senza violare la tecnologia sotto licenza), attualmente tutte le suddette clausole, a prescindere dalla natura (separabile o non separabile) dei relativi perfezionamenti, non beneficiano dell'esenzione (cfr. articolo 5, comma 1, lettera a).

¹⁸ Il Reg. 772/2004 faceva ricadere al di fuori dell'esenzione esclusivamente l'obbligo del licenziatario di non contestare i diritti tecnologici del licenziante. Dato il tenore letterale dell'articolo 5,

non concorrenti, della limitazione della facoltà del licenziatario di sfruttare i propri diritti tecnologici o di svolgere attività di ricerca e sviluppo, fatto salvo il caso in cui quest'ultima restrizione sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del *know how* sotto licenza. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione del Reg. 316/2014 sono soggetti a valutazione individuale, sulla base dei principi contenuti nelle Linee direttrici. Nell'ambito di tale analisi, rivestono particolare importanza l'esistenza di tecnologie sostituibili, la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e degli acquirenti di prodotti realizzati sotto licenza, le barriere all'ingresso e la maturità del mercato²¹. Le Linee direttrici forniscono, inoltre, indicazioni in materia di *pool* tecnologici e di accordi transattivi.

a) *I pool tecnologici*

Per *pool* tecnologici si intendono gli accordi «mediante i quali due o più parti costituiscono un pacchetto di tecnologie che viene concesso in licenza non solo a coloro che partecipano al *pool*, ma anche a terzi»²². Tali accordi non rientrano nel campo di applicazione del Reg. 316/2014 e sono disciplinati dalle Linee direttrici, in un'ampia sezione ad essi dedicata. Al riguardo, le Linee direttrici prevedono una presunzione di compatibilità con l'art. 101, paragrafo 1, TFUE (quindi, di fatto, un *safe harbour*), per i *pool* tecnologici²³ che, a prescindere dalla quota di mercato

casi, siffatte clausole sono soggette a una valutazione individuale.

²¹ Cfr. Linee direttrici §§ 157-159. Sono, inoltre, previste regole per la revoca del regolamento in casi individuali, nonché per la sua disapplicazione in caso di reti parallele di accordi simili che coprano più del 50% di un mercato rilevante.

²² Cfr. Linee direttrici § 244.

²³ Nel c.d. *safe harbour* rientrano la creazione e il funzionamento dei *pool*, inclusa la concessione di licenze all'esterno.

delle parti, soddisfino tutte le seguenti condizioni: a) la partecipazione al processo di creazione del *pool* sia aperta a tutti i titolari dei diritti tecnologici interessati; b) vengano adottate misure di salvaguardia sufficienti per garantire che solo le tecnologie essenziali siano messe in comune; c) vengano adottate «misure di salvaguardia sufficienti per limitare ogni scambio di informazioni riservate (come i dati relativi ai prezzi e alla produzione) e nella misura necessaria alla creazione e al funzionamento dei *pool*»; d) «le tecnologie messe in comune siano autorizzate su base non esclusiva»; e) le tecnologie messe in comune siano concesse in licenza a tutti i licenziatari potenziali a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie; f) le parti che contribuiscono al *pool* e i licenziatari abbiano la facoltà di contestare la validità e la pertinenza delle tecnologie messe in comune; g) le parti che contribuiscono ai *pool* e i licenziatari siano liberi di sviluppare prodotti e tecnologie concorrenti²⁴. Inoltre, quando il *pool* detiene una posizione dominante sul mercato, «le *royalties* e le altre condizioni della licenza dovrebbero essere non eccessive e non discriminatorie e le licenze non dovrebbero essere esclusive»²⁵.

b) *Gli accordi transattivi*

Per quanto concerne gli accordi transattivi, le Linee direttrici contengono una sezione dedicata alle fattispecie in cui siano previste compensazioni per limitare (c.d. "*pay for restriction*") o per ritardare

²⁴ Cfr. Linee direttrici § 261.

²⁵ Cfr. Linee direttrici § 269. Per quanto concerne la prassi decisionale della Commissione europea in materia di *pool* tecnologici, cfr., *inter alia*, i comunicati stampa: IP/00/1135, del 9 ottobre 2000, COMP 37.506 *DVD patent licensing group*, relativo ad un *patent pool* per tecnologia DVD e COMP C3/38.143, *DVB-T France Telecom/Matsushita/Philips*, in G.U.C.E. C174, 19 giugno 2001, p. 6.

(“*pay for delay*”) l’ingresso sul mercato di una tecnologia o di un prodotto che incorpora la medesima tecnologia, evidenziando le criticità concorrenziali ad esse sottese²⁶.

Il tema è stato affrontato in maniera approfondita dalla Commissione europea nel contesto dell’indagine relativa al settore farmaceutico, conclusa l’8 luglio 2009²⁷. In quell’occasione, la Commissione ha rilevato che gli accordi di composizione delle controversie che «limitano la commercializzazione di medicinali generici e comprendono un trasferimento di valore dall’azienda *originator* a una o più aziende generiche costituiscono un esempio di accordi potenzialmente anti-competitivi, in particolare nei casi in cui la motivazione dell’accordo è la ripartizione degli utili mediante pagamenti dalle aziende *originator* alle aziende generiche a detrimento dei pazienti e dei bilanci di sanità pubblica»²⁸. A seguito dell’indagine, la Commissione ha avviato diversi procedimenti nei confronti di alcune imprese farmaceutiche aventi ad oggetto accordi di *pay for delay*, arrivando ad accertare violazioni dell’art. 101 TFUE²⁹. Di particolare

rilievo è il caso *Lundbeck*, in occasione del quale la Commissione³⁰ ha fornito precise indicazioni in merito all’individuazione degli illeciti in commento. Il caso aveva ad oggetto degli accordi transattivi intercorsi tra la società farmaceutica Lundbeck, originariamente titolare dei brevetti sull’antidepressivo Citalopram, un farmaco di grande successo commerciale, e talune imprese intenzionate a immettere in commercio il corrispondente generico. Scaduti i brevetti sul Citalopram, Lundbeck aveva tentato di impedire l’ingresso dei generici asserendo la sussistenza di una violazione di alcuni residui brevetti sul procedimento di produzione. In questo contesto, la società aveva concluso, con diversi “genericisti”, degli accordi transattivi caratterizzati dalla previsione di c.d. “pagamenti invertiti”, ossia effettuati, contrariamente a quanto avviene di solito in sede di definizione di siffatte controversie, dal titolare del brevetto che si asserisce violato (e non da chi ha posto in essere la asserita violazione). La Commissione ha ritenuto, in proposito, che gli accordi conclusi con Merck, Arrow, Alpharma e Ranbaxy fossero volti esclusivamente a impedire l’ingresso nel mercato dei prodotti generici. L’esecutivo europeo perviene a tali conclusioni prendendo in considerazione, *inter alia*, i seguenti fattori: l’entità dei trasferimenti

²⁶ Cfr. Linee direttrici §§ 238 e 239.

²⁷ Cfr. Commissione europea, *Pharmaceutical Sector Inquiry - Final Report*, 8 luglio 2009, disponibile sul sito della Commissione al seguente indirizzo: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>. Successivamente, la Commissione ha condotto «esercizi di monitoraggio» degli accordi di composizione delle controversie brevettuali; cfr., ad esempio, il *8th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2016)*: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report8_en.pdf.

²⁸ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Sintesi della relazione relativa all’indagine sul settore farmaceutico*, p. 23, disponibile sul sito della Commissione al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_it.pdf.

²⁹ Sul punto, si veda la relazione di aggiornamento sulla concorrenza nel settore farmaceutico

del 26 gennaio 2024 (*Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Aggiornamento sull’applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2018-2022) – Le autorità europee garanti della concorrenza collaborano per garantire la disponibilità di medicinali innovativi e a prezzi contenuti*, COM(2024) 36 final). Tale documento comprende una sezione dedicata agli accordi *pay for delay* nella quale, dopo avere rimarcato come gli stessi siano «spesso sottoscritti nel contesto di controversie tra *originator* e imprese di prodotti generici in merito alla validità e/o alla violazione dei brevetti secondari dell’*originator*», la Commissione offre una panoramica della propria attività di *enforcement* nonché delle relative pronunce delle Corti.

³⁰ Cfr. Dec. Comm. UE, 19 giugno 2013, COMP/39226.

di valore effettuati da Lundbeck; il fatto che i relativi importi tenessero conto del fatturato o dei profitti che i “genericisti” prevedevano di realizzare se avessero fatto ingresso nel mercato; la circostanza che Lundbeck non avrebbe potuto ottenere, facendo valere in giudizio i suoi brevetti relativi al procedimento di produzione, le stesse restrizioni all’ingresso garantite dagli accordi; nonché l’assenza di previsioni tali da impedire al produttore, alla scadenza degli accordi, di intentare azioni nei confronti delle controparti volte a far valere la violazione dei propri brevetti³¹. La Commissione ha, tuttavia, precisato, nella medesima decisione, che non tutti gli accordi di composizione amichevole di una disputa brevettuale, ancorché comprensivi di pagamenti invertiti, sono illeciti. A titolo di esempio, non è stata considerata problematica la transazione conclusa tra la medesima Lundbeck e la società farmaceutica genericista Neolab, in quanto il pagamento invertito era stato effettivamente accordato al fine di comporre la controversia tra le parti, a fronte dell’impegno della Neolab di non chiedere alcun risarcimento dinanzi ai giudici competenti. In particolare, si evince, dalla decisione della Commissione, che Lundbeck aveva accordato tale pagamento a Neolab in ragione della possibilità che tale impresa potesse ottenere, in giudizio, una pronuncia di invalidità del brevetto controverso, oltre al risarcimento dei danni derivanti dall’ingiunzione proposta da Lundbeck, sulla base dello stesso, che aveva ritardato l’ingresso sul mercato del prodotto generico³². Il Tribunale si è

poi espresso in merito all’impugnazione proposta da Lundbeck, confermando integralmente la posizione assunta dall’esecutivo euro-unitario, sulla scorta della considerazione che «l’esistenza stessa di pagamenti invertiti e la loro natura sproporzionata fossero elementi rilevanti al fine di dimostrare che gli accordi controversi costituivano violazioni della concorrenza «per oggetto», ai sensi dell’articolo 101 TFUE, in quanto, con tali pagamenti, il laboratorio produttore di medicinali originali ha incentivato le imprese di medicinali generici a non proseguire più autonomamente nel tentativo di entrare nel mercato»³³. Successivamente a tale pronuncia, la Corte di Giustizia si è espressa, per la prima volta, in materia di accordi *pay for delay* nella nota sentenza *Generics (UK)* del 2020³⁴, resa a fronte di un rinvio pregiudiziale proposto dal *Competition Appeal Tribunal* britannico. In tale occasione, la Corte ha delineato, nei suoi tratti essenziali, il quadro analitico da applicare alla valutazione degli accordi in commento. In primo luogo, la sentenza ha confermato che un accordo di composizione amichevole di una controversia, relativa alla validità di un brevetto di titolarità del produttore di un farmaco originario, che preveda l’impegno, da parte del fabbricante del relativo medicinale generico, a non entrare nel mercato del medicinale in questione in cambio di pagamenti invertiti, può essere qualificato come restrizione

³³ Cfr. Trib. UE, 8 settembre 2016, causa T-472/13 *Lundbeck A/S + altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:449, punto 355.

³⁴ Cfr. C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK)*, ECLI:EU:C:2020:52. Si noti che, oltre ai profili rilevanti ai fini della disciplina in materia di intese, la Corte di Giustizia ha sostenuto che la condotta del produttore di un farmaco originario, in posizione dominante, che concluda, tanto in via preventiva quanto nell’ambito di controversie che mettano in discussione la validità di un brevetto, una serie di accordi transattivi volti a ritardare l’ingresso nel mercato dei potenziali concorrenti può costituire violazione dell’art. 102 TFUE.

³¹ Cfr. Dec. Comm. UE, 19 giugno 2013, COMP/39226, punto 662.

³² Cfr. Dec. Comm. UE, 19 giugno 2013, COMP/39226, punti 164 e 639. Neolab aveva ritardato l’ingresso nel mercato del suo farmaco generico come conseguenza delle azioni per violazione brevettuale minacciate da Lundbeck e attendeva l’esito di una causa avente il medesimo oggetto pendente tra la medesima Lundbeck e una terza società “genericista”.

della concorrenza per oggetto. Ciò si verifica «qualora dall'analisi dell'accordo di composizione amichevole di cui trattasi risulti che i trasferimenti di valore previsti da quest'ultimo trovano unicamente spiegazione nell'interesse commerciale sia del titolare del brevetto sia del presunto contraffattore a non farsi concorrenza basata sui meriti»³⁵. In particolare, un accordo deve essere considerato restrittivo per oggetto quando il saldo positivo dei trasferimenti (monetari e non) dal produttore di medicinali originari al "genericista" non si può giustificare con la presenza di contropartite o rinunce legittime di quest'ultimo, ed è sufficiente a indurlo dall'astenersi ad entrare nel mercato interessato (senza che il "saldo" debba necessariamente risultare superiore agli utili che il produttore di medicinali generici avrebbe tratto se fosse risultato vittorioso nel procedimento in materia brevettuale). Tale qualificazione è, tuttavia, esclusa laddove l'accordo abbia effetti favorevoli per la concorrenza (dimostrati, pertinenti e sufficientemente rilevanti), che permettano di dubitare ragionevolmente dell'oggetto anticoncorrenziale. Ove un accordo *pay for delay* non sia restrittivo per oggetto, la Commissione ovviamente può dimostrare che lo stesso abbia effetti negativi sensibili, potenziali o reali, sulla concorrenza. Tale

³⁵ Cfr. sentenza Generics (UK), punto 87. Si veda anche il punto 97, in cui la Corte ha sostenuto che «se la conclusione, da parte del titolare di un brevetto, di un accordo di composizione amichevole con un presunto contraffattore che non eccede la portata e la durata di validità residua del brevetto costituisce certamente l'espressione del diritto di proprietà intellettuale del suo titolare e lo autorizza, in particolare, a opporsi a qualsiasi contraffazione (v., in tal senso, sentenza del 31 ottobre 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punto 9), resta il fatto che, come rilevato anche dall'avvocato generale al paragrafo 114 delle sue conclusioni e come ricordato al punto 79 della presente sentenza, detto brevetto non autorizza il suo titolare a concludere contratti che violerebbero l'articolo 101 TFUE».

analisi «non presuppone che sia accertato che, in assenza di tale accordo, il produttore di medicinali generici parte di tale accordo avrebbe probabilmente avuto esito positivo nel procedimento relativo al brevetto di processo controverso, o le parti di detto accordo avrebbero probabilmente concluso un accordo di composizione amichevole meno restrittivo»³⁶. La Corte di Giustizia ha, in seguito, applicato tali criteri interpretativi nella sentenza relativa al caso Lundbeck, con la quale ha respinto l'impugnazione, della già citata sentenza del Tribunale, proposta dall'omonimo produttore di farmaci originari, ritenendo corretta la qualificazione degli accordi come restrizioni per oggetto³⁷. Si noti come, nel periodo successivo all'indagine relativa al settore farmaceutico del 2009, la Commissione abbia condotto tre ulteriori istruttorie in materia di accordi *pay for delay*. La prima è quella relativa al caso *Fentanyl*³⁸, all'esito della quale sono state sanzionate le società farmaceutiche Johnson&Johnson e Novartis, in solido con le rispettive controllate olandesi, per aver concluso un accordo di promozione in comune al solo fine di ritardare la commercializzazione nei Paesi Bassi, da parte di Sandoz (controllata olandese di Novartis), del farmaco generico equivalente del farmaco analgesico Fentanyl di Johnson&Johnson, per il quale erano scaduti i brevetti. Anche in questo caso, la Commissione ha ritenuto che le parti avessero concluso un accordo di *pay for delay* restrittivo della concorrenza per oggetto, in quanto, al di là della veste formale impiegata (ossia, contratto di co-promozione), Johnson&Johnson si obbligava a corrispondere al concorrente potenziale importi mensili «superiori ai guadagni

³⁶ Cfr. sentenza Generics (UK), punto 121.

³⁷ Cfr. C. giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-591/16 P, *Lundbeck A/S + altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:243.

³⁸ Cfr. Dec. Comm. UE, 10 dicembre 2013, COMP/39685.

previsti dalla vendita del prodotto generico, e ciò fintantoché nessun prodotto generico fosse lanciato sul mercato olandese»³⁹. Con una successiva decisione, relativa al caso *Perindopril (Servier)*⁴⁰, la Commissione ha fornito, poi, ulteriori elementi di analisi. Al fine di proteggere dalla concorrenza dei generici la propria specialità medicinale Coversyl, impiegata nella cura dei disturbi cardiovascolari, la società farmaceutica francese Servier aveva posto in essere, in prossimità della scadenza dei relativi brevetti, un'articolata strategia escludente consistente, tra l'altro: (i) nel depositare un elevato numero di brevetti secondari; (ii) nell'acquistare brevetti sulle tecnologie di produzione alternative; (iii) nel proporre molteplici azioni di tutela brevettuale; (iv) nel concludere accordi transattivi, volti a dirimere dette controversie brevettuali, con cinque produttori di farmaci generici (Niche/Unichem, Matrix, Teva, Krka e Lupin). Proprio tali accordi transattivi sono stati ricondotti a forme di *pay for delay* restrittive della concorrenza per oggetto, in quanto, nella sostanza, venivano previsti ingenti pagamenti inversi non correlati alle dispute per la cui soluzione bonaria erano asseritamente pattuiti⁴¹ e

volti, invece, a compensare i “genericisti” per l'assunzione degli obblighi di non contestare la validità dei brevetti secondari detenuti da Servier e di astenersi dal commercializzare i generici del Coversyl fino alla scadenza di tali brevetti. All'esito del procedimento, la Commissione europea ha ricondotto la complessa strategia escludente di Servier ad un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE e gli accordi transattivi a violazioni dell'art. 101 TFUE⁴². Più di recente, la

infringed is high. There, a patent settlement may legitimately include not only a withdrawal from the market of the generic product but also a payment from the generic undertaking to the originator undertaking to settle the damage suffered by the latter. Likewise, a patent settlement could include a payment from the originator undertaking to the generic undertaking if originally, through legal threats or court action of the originator undertaking, the generic undertaking had refrained from entering the market or had been legally prevented from marketing its product pursuant to an injunction and both parties come to consider later on, for instance in the course of on-going litigation, that there is in fact a high likelihood either that a court would find the patent invalid or not infringed. If in that case a patent settlement is concluded that allows for immediate market entry by a generic undertaking, such a settlement could legitimately include a payment by the originator company to the generic company to compensate the latter for the damage suffered» (cfr. punto 1143).

³⁹ Peraltro, la Commissione ha accertato che Sandoz non ha svolto (o ha svolto in maniera molto limitata) le attività promozionali (non specificate nel contratto) in ragione delle quali riceveva i versamenti da parte di Johnson & Johnson.

⁴⁰ Cfr. Dec. Comm. UE, 9 luglio 2014, COMP/39612, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39612/39612_12448_6.pdf, si veda anche il comunicato stampa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_en.htm.

⁴¹ La Commissione ha ribadito come il *value transfer* possa costituire un lecito strumento per risolvere conflitti brevettuali, ma tale liceità debba essere valutata di volta in volta sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto. In particolare, nella decisione si legge quanto segue: «where, for example, the generic undertaking had already entered the market and if each party in the course of litigation comes to consider that the likelihood that a court would consider the patent valid and

⁴² La decisione è stata confermata dal Tribunale, per quanto afferisce alla valutazione degli accordi transattivi – ad eccezione di quelli conclusi tra Servier e Krka – con la sentenza 12 dicembre 2018, T-691/14 *Servier SAS e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:922. Il Tribunale ha annullato, invece, il provvedimento della Commissione europea nella parte relativa all'abuso, ritenendo che la stessa fosse incorsa in una serie di errori nella delimitazione del mercato rilevante e, conseguentemente, nell'accertamento della posizione dominante. La Corte di Giustizia si è pronunciata in merito all'appello di Servier con sentenza 27 giugno 2024, causa C-201/19 P, *Servier SAS e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:552, confermando la valutazione sostanziale dell'illiceità degli accordi svolta dal Tribunale. Anche la Commissione europea ha proposto impugnazione avverso la sentenza di primo grado, che la Corte ha accolto

Commissione ha condotto un procedimento istruttorio, riguardante medicinali contenenti il principio farmaceutico attivo modafinil, nei confronti del produttore del farmaco originario Cephalon e del “genericista” Teva⁴³. Nel caso di specie, la Commissione ha analizzato l'accordo transattivo congiuntamente ad accordi commerciali e di licenza conclusi, tra le medesime parti, nell'ambito della risoluzione della controversia brevettuale, ritenendo che, in assenza dell'impegno di Teva a non entrare nel mercato del modafinil, tali accordi non sarebbero stati stipulati – o, quantomeno, non alle stesse condizioni – e che, pertanto, gli stessi non avessero altra spiegazione se non l'interesse commerciale delle parti a non esercitare una concorrenza in base ai meriti. D'altra parte, la Commissione ha escluso l'esistenza di effetti favorevoli comprovati, pertinenti agli accordi e sufficientemente rilevanti, tali da ostare alla constatazione di una restrizione per oggetto. Anzi, ha rilevato che gli stessi accordi avessero, altresì, effetti negativi sulla concorrenza, in quanto limitavano l'indipendenza di Teva, impedendole di entrare nel mercato del modafinil, nonché la sua capacità di contestare la validità dei brevetti di Cephalon⁴⁴.

in parte con sentenza 27 giugno 2024, C-176/19 P, *Commissione c. Servier*, ECLI:EU:C:2024:549, rinviando al Tribunale affinché statuisca sulla possibile qualificazione degli accordi tra Servier e Krka come restrizioni per oggetto, nonché in merito all'abuso di posizione dominante.

⁴³ Cfr. Dec. Comm. UE, 26 novembre 2020, AT.39686. La decisione è stata integralmente confermata dal Tribunale, che ha respinto il ricorso proposto da Teva e Cephalon con sentenza 18 ottobre 2023, causa T-74/21, *Teva e Cephalon c. Commissione*, ECLI:EU:T:2023:651. La sentenza è stata impugnata innanzi alla Corte di Giustizia e la causa, rubricata al numero C-2/24 P, è tuttora pendente.

⁴⁴ Giova osservare come, a livello nazionale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia recentemente avviato un procedimento istruttorio volto a verificare l'esistenza di un possibile

c) Il caso Roche/Novartis

Un tema che presenta talune analogie con quello appena trattato è stato affrontato, in Italia, nel noto caso *Roche/Novartis*⁴⁵. Nel 2014, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autorità o AGCM) ha irrogato sanzioni al gruppo Roche e al gruppo Novartis per avere concertato la differenziazione artificiosa dei rispettivi farmaci utilizzati per la cura di gravi patologie della vista, al fine di impedire l'utilizzazione, in Italia, del più conveniente Avastin (commercializzato da Roche) e favorire le vendite del Lucentis (commercializzato da Novartis)⁴⁶. Secondo

coordinamento tra il gruppo Samsung Bioepis, produttore e titolare dell'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) del farmaco biosimilare Byooviz, e le società che producono e distribuiscono l'*originator* Lucentis (per il quale la protezione brevettuale in Italia è scaduta nel 2022). In particolare, la tesi istruttoria è che Samsung Bioepis potrebbe avere posticipato la commercializzazione di Byooviz in Italia e in altri mercati – anche mediante l'adozione di condotte dilatorie dell'*iter* regolatorio successivo all'ottenimento dell'AIC – come contropartita dell'autorizzazione di Genentech, produttrice di Lucentis, di iniziare a vendere il biosimilare negli Stati Uniti prima della scadenza del certificato di protezione complementare del farmaco *originator*.

⁴⁵ Cfr. Delib. AGCM, 27 febbraio 2014, n. 24823 in Boll. n. 11/2014.

⁴⁶ L'impresa farmaceutica statunitense Genentech, controllata da Roche, ha sviluppato, partendo dal medesimo principio attivo (la molecola denominata bevacizumab) un farmaco antitumorale denominato Avastin e un medicinale destinato al trattamento di alcune malattie della vista, tra le quali la degenerazione maculare senile (DMS), denominato Lucentis. Genentech ha concesso i diritti di sfruttamento commerciale di Avastin e Lucentis nel mondo, ad eccezione degli Stati Uniti d'America, rispettivamente a Roche e Novartis, le quali hanno ottenuto, dalle competenti autorità nazionali, l'autorizzazione all'immissione in commercio dei medesimi farmaci per gli specifici utilizzi cui erano originariamente destinati (c.d. uso “*on label*”). Successivamente, però, anche sulla base di studi indipendenti, l'Avastin ha iniziato ad essere impiegato (“*off label*”, ossia per uno scopo diverso da quello per il quale era stato autorizzato) in

l'AGCM, Roche e Novartis avevano posto in essere una complessa strategia collusiva, volta a limitare l'impiego di Avastin da parte dei medici curanti e dei pazienti, ingenerando immotivati timori sulla sua sicurezza. In buona sostanza, tale strategia era finalizzata a fare in modo che Avastin venisse utilizzato esclusivamente nell'ambito terapeutico (quello della lotta ai tumori) per il quale era stata richiesta e ottenuta l'autorizzazione all'immissione in commercio. Le Parti avevano sostenuto che le iniziative intraprese andassero ricondotte al lecito rapporto verticale di licenza in essere tra le stesse e la comune licenziante Genentech (controllata da Roche); tale tesi è stata rigettata dall'AGCM, la quale ha rilevato come «la concertazione orizzontale che ha interessato Roche e Novartis esorbita senz'altro dai normali rapporti ricorrenti in generale tra licenzianti e licenziatari, e nello specifico da quelli riconducibili ai rispettivi rapporti verticali con Genentech»⁴⁷.

ambito oftalmico e, in particolare, per la cura della DMS. Per la cura di tale patologia, il farmaco in parola risultava più efficace e, soprattutto, significativamente più economico del Lucentis, arrivando a costare anche 25 volte meno. L'uso *off label* di Avastin in campo oftalmico incideva negativamente sulle vendite di Lucentis, riducendo direttamente i profitti di Novartis, che lo commercializzava, e indirettamente quelli di Roche, che, tramite la controllata Genentech, percepiva delle *royalties* per la concessione dei diritti di sfruttamento.

⁴⁷ Cfr. punto 191. La decisione è stata confermata dal Tar del Lazio, con la sentenza 2 dicembre 2014, n. 12168, e dal Consiglio di Stato, con la sentenza 15 luglio 2019, n. 4990. Nel corso del giudizio, il Consiglio di Stato ha sottoposto, mediante un rinvio pregiudiziale, alcune questioni di diritto alla Corte di Giustizia, che si è espressa fissando i seguenti principi: «1) L'articolo 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, ai fini dell'applicazione di tale articolo, un'autorità nazionale garante della concorrenza può includere nel mercato rilevante, oltre ai medicinali autorizzati per il trattamento delle patologie di cui trattasi, un altro medicinale la cui autorizzazione all'immissione in commercio non copra detto trattamento, ma che è utilizzato a

II.2. Gli accordi di standardizzazione

tal fine e presenta quindi un rapporto concreto di sostituibilità con i primi. Per determinare se sussista un siffatto rapporto di sostituibilità, tale autorità deve – sempreché le autorità o i giudici competenti a tal fine abbiano condotto un esame della conformità del prodotto in questione alle disposizioni vigenti che ne disciplinano la fabbricazione o la commercializzazione – tener conto del risultato di detto esame, valutandone i possibili effetti sulla struttura della domanda e dell'offerta. 2) L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che un'intesa convenuta tra le parti di un accordo di licenza relativo allo sfruttamento di un medicinale la quale, al fine di ridurre la pressione concorrenziale sull'uso di tale medicinale per il trattamento di determinate patologie, miri a limitare le condotte di terzi consistenti nel promuovere l'uso di un altro medicinale per il trattamento delle medesime patologie, non sfugge all'applicazione di tale disposizione per il motivo che tale intesa sarebbe accessoria a detto accordo. 3) L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che costituisce una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi di tale disposizione, l'intesa tra due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto – in un contesto segnato dall'incertezza delle conoscenze scientifiche – la diffusione presso l'Agenzia europea per i medicinali, gli operatori sanitari e il pubblico, di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per il trattamento di patologie non coperte dall'autorizzazione all'immissione in commercio di quest'ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso sull'uso dell'altro medicinale» (cfr. sentenza 23 gennaio 2018, causa C-179/16 *Hoffman - La Roche e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, ECLI:EU:C:2018:25). La complessa «saga giudiziaria» relativa alla decisione Roche/Novartis è, infine, giunta al termine con le ulteriori conferme della correttezza della sentenza n. 4990/2019, cit., da parte delle giurisdizioni superiori italiane. Infatti, la Corte di Cassazione, statuendo a Sezioni Unite (sentenza del 5 ottobre 2021, n. 26920), ha rigettato i ricorsi proposti dalle società dei gruppi Roche e Novartis, ritenendo, *inter alia*, che il giudice amministrativo di ultima istanza avesse adempiuto agli obblighi di accertamento fattuale derivanti dalla pronuncia della Corte di Giustizia. In parallelo, al Consiglio di Stato, un giudizio di revocazione – nell'ambito del quale la Corte di Giustizia è stata nuovamente chiamata ad esprimersi in via pregiudiziale, cfr. sentenza 7 luglio 2022, causa C-261/21, ECLI:EU:C:2022:534 – concluso con

Un ulteriore rilevante punto di contatto tra la disciplina *antitrust* e i DPI si riscontra con riferimento ai c.d. accordi di standardizzazione (o normazione tecnica), ovvero quegli accordi aventi ad oggetto la definizione delle specifiche tecniche o qualitative di prodotti, processi di fabbricazione, processi di *due diligence* in relazione alla catena del valore, servizi o metodi attuali o futuri. La definizione di uno *standard* (c.d. “norma”) può, infatti, comportare – e sempre più frequentemente comporta – l’integrazione di una o più tecnologie protette da diritti di proprietà intellettuale⁴⁸; il che fa sorgere delicati problemi, specialmente in termini di selezione delle tecnologie da includere nello *standard* e di accesso ai relativi DPI da

parte dei terzi⁴⁹. Queste ed altre questioni sono disciplinate nella sezione dedicata agli accordi di standardizzazione delle Linee guida orizzontali, di recente oggetto di revisione, “che forniscono *inter alia* un quadro analitico” delle procedure che, se seguite dalle organizzazioni di normazione, determinano, generalmente, l’inapplicabilità ai relativi accordi dell’art. 101, paragrafo 1, TFUE⁵⁰. L’intenzione della Commissione europea è, evidentemente, quella di indurre tali organizzazioni ad affrontare i problemi che possono scaturire dall’introduzione di DPI all’interno di uno *standard* prima della sua adozione, ovvero prima che il settore sia vincolato a

sentenza definitiva 8 maggio 2023, n. 4632, con cui sono stati dichiarati inammissibili i relativi ricorsi.

⁴⁸ L’integrazione di più tecnologie protette da DPI è alla base del processo di trasformazione tecnologica – ad esempio, verso l’*Internet of Things* – attualmente in corso. Sul punto, la Commissione ha evidenziato come «Standards support innovation and growth in Europe, in particular providing for interoperability of digital technologies that are the foundation of the Digital Single Market (DSM). For example, computers, smartphone or tablets connect to the internet or other devices via standardised technologies such as long-term evolution (LTE), WiFi, or Bluetooth, all of which are protected by SEPs. Without the widespread use of such standardised technologies, such interconnectivity would not be possible. In the hyper-connected era, interconnectivity becomes even more crucial. A wide range of new products needs to be interconnected, as to provide consumers with additional products and services (e.g. smart house appliances) and to create new business opportunities for European companies» (cfr. Commissione, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – setting out the EU approach to Standard Essential Patents –, 29 novembre 2017, disponibile al seguente link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2017:712:FIN>).

⁴⁹ Al riguardo, le imprese interessate alla definizione delle norme possono: (a) operare solo a monte nello sviluppo e commercializzazione di tecnologie coperte da DPI; (b) operare solo a valle nella produzione e commercializzazione di prodotti o servizi che incorporano tecnologie coperte da DPI di terzi; (c) essere integrate verticalmente, operando sia nello sviluppo di tecnologie proprietarie sia nella produzione e commercializzazione di prodotti e servizi per i quali devono ottenere licenze da terzi. Gli incentivi di tali categorie di imprese nella definizione delle norme – e, in particolare, con riferimento alla determinazione dell’ammontare delle *royalties* – sono, ovviamente, diversi (cfr. Linee guida orizzontali, § 440). Un altro profilo delicato, su cui si concentra l’attenzione della Commissione europea, è quello relativo alla necessità di consentire a tutti i concorrenti di partecipare al processo di definizione della norma.

⁵⁰ La Commissione europea riconosce, tuttavia, che «le organizzazioni di normazione rimangono totalmente libere di istituire norme e procedure che non violano le norme in materia di concorrenza pur essendo diverse» da quelle descritte nelle Linee guida orizzontali (cfr. § 450). Ove l’accordo di standardizzazione non si conformi ai principi illustrati nelle Linee guida orizzontali (§§ 451-457), occorrerà prendere in considerazione gli effetti probabili della norma sui mercati interessati. Nel condurre tale valutazione assumono rilevanza diversi fattori, quali le quote di mercato dei beni o dei servizi basati sullo *standard*, la libertà dei partecipanti agli accordi di sviluppare norme o prodotti alternativi (non conformi alla norma concordata), le modalità di partecipazione al processo di definizione, le condizioni di accesso allo *standard*, ecc. (Linee guida orizzontali §§ 463-474).

determinate tecnologie. In particolare, la Commissione europea richiede: *i)* che, in fase di definizione della norma, i partecipanti all'accordo rendano nota l'esistenza di diritti di privativa ad essi riconducibili e che possano essere essenziali per l'attuazione della norma stessa⁵¹, e *ii)* che coloro i quali desiderino che la loro tecnologia sia inclusa nello *standard*, si impegnino irrevocabilmente per iscritto – anche in questo caso, prima che sia adottata la norma – a concedere in licenza i relativi DPI a tutti i terzi interessati a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (*fair, reasonable and non-discriminatory terms* – c.d. “impegno FRAND”). Le Linee guida orizzontali non chiariscono cosa debba intendersi per «condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie»⁵². Vengono, però, proposti alcuni metodi che possono essere seguiti per stabilire se il canone richiesto sia ragionevole in relazione al valore economico dei DPI⁵³. Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio le previsioni contenute nelle Linee guida orizzontali. Giova, però, rilevare come le misure indicate dall'esecutivo comunitario appaiano alquanto pervasive e, in taluni casi, suscettibili di costituire un disincentivo alla partecipazione al processo di

standardizzazione da parte dei titolari di DPI⁵⁴.

⁵⁴ Un'altra questione di grande interesse di cui era stata investita la Corte di Giustizia atteneva alla licenza di brevetti essenziali per gli standard (SEP) della tecnologia mobile ad imprese attive nell'industria automobilistica. In quella circostanza, il Landgericht Düsseldorf tedesco aveva formulato una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte (causa C-182/21), che, però, è stata cancellata dal registro in seguito alla composizione amichevole della sottostante controversia tra le parti. La domanda verteva, *inter alia*, sulla possibilità, per un'impresa operante a valle della catena commerciale, che abbia acquisito, dal rispettivo fornitore, un prodotto intermedio integrante la tecnologia coperta da uno *standard*, di opporsi all'azione di contraffazione esperita dal titolare del SEP, sollevando eccezione di abuso di posizione dominante, laddove questi abbia rifiutato di concedere una licenza illimitata a condizioni FRAND al fornitore del prodotto intermedio. Si trattava, in sostanza, di determinare entro quali limiti il titolare di un SEP ha il diritto di scegliere a quale livello della catena commerciale concedere le licenze. La vicenda, per come può essere ricostruita dalle poche notizie ricavabili dalla stampa specializzata, nasce dal rifiuto dell'impresa asseritamente dominante Nokia di concedere in licenza i propri SEP ai produttori di componenti per autoveicoli, tra cui Valeo, Continental, Bury e Gemalto. Sul punto, è opportuno ricordare come i SEP per la comunicazione mobile stiano acquisendo sempre maggiore importanza (sino quasi a divenire fondamentali) anche in settori diversi da quello originario (ossia, della comunicazione mobile propriamente detta) in ragione dell'evoluzione della c.d. *Internet of Things*. Nel settore *automotive*, in particolare, tali brevetti sono fondamentali per lo sviluppo delle *connected car* e per la realizzazione degli autoveicoli a guida autonoma. In questo contesto, Nokia – ma sembrerebbe che adottassero la stessa politica commerciale anche gli altri principali detentori di SEP per la comunicazione mobile, quali Qualcomm ed Ericsson – era disponibile a concedere licenze (in ipotesi, FRAND) solo ai produttori di autoveicoli (l'impresa che realizza il prodotto finale) e non riteneva di essere obbligata a negoziare con i produttori di componenti o, comunque, con chiunque ritenesse di avere interesse ad accedere alla tecnologia. Tale scelta sembrerebbe conforme alla prassi invalsa nel settore della comunicazione mobile e giustificabile con i costi e l'estrema complessità sottesi alla concessione di un numero illimitato di licenze. Daimler riteneva, invece, che il titolare di un SEP sia tenuto a concedere licenze a chiunque ne faccia richiesta: la casa automobilistica

⁵¹ Ciò al fine di evitare, tra l'altro, che si realizzino casi di c.d. “*patent ambush*”, ovvero situazioni in cui un soggetto, nel partecipare all'adozione della norma, non riveli di essere titolare di DPI relativi a tecnologie essenziali ai fini dello *standard* e successivamente richieda il pagamento di *royalties* per l'utilizzo di tali diritti. Cfr. il noto caso *Rambus*, (v. *infra* III).

⁵² La difficoltà di valutare il rispetto di tali condizioni è emersa chiaramente nel caso *Qualcomm* (Dec. Comm. UE, 24 novembre 2009, COMP 39.247, *Qualcomm*). Il procedimento era stato avviato dalla Commissione europea, ai sensi dell'art. 102 TFUE, per valutare se le *royalties* applicate da Qualcomm per l'utilizzo dei propri DPI fossero eccessivamente elevate. L'istruttoria è stata, poi, chiusa nel 2009 dopo che i denunciati avevano ritirato le segnalazioni (o dichiarato di volerlo fare).

⁵³ Cfr. Linee guida orizzontali §§ 460-461.

III. I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante

In linea generale, qualsiasi impresa, anche se detiene una posizione dominante, è libera di scegliere le proprie controparti commerciali e può, quindi, rifiutarsi unila-

reputava più conveniente che fossero i suoi fornitori a negoziare i SEP e farsi carico dei costi e delle eventuali dispute. La posizione di Daimler sembrerebbe fare leva anche sulla seguente affermazione fatta dalla Commissaria Margrethe Vestager nel 2015, in occasione della 19 IBA Competition conference: «If a member of a standard setting organisation owns a patent for a technology that will be included in the standard, that member must commit in advance to license it to all third parties on fair, reasonable and non-discriminatory terms.» (cfr. “Intellectual property and competition” – evidenziazione aggiunta – disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/intellectual-property-and-competition_en). In merito alla medesima questione, risulta che la Commissione abbia inviato, alla fine del mese di maggio del 2019, dei questionari, tra gli altri, ai titolari dei brevetti e ai produttori di componenti per autoveicoli (cfr. Mlex 21 May 2019 *Nokia's connected-cars SEP licensing prompts EU queries on R&D to parts makers*; 20 May 2019 *Nokia's SEP licensing draws EU questions for patent holders, carmakers*; 16 May 2019 *Nokia SEP pressure grows as Gemalto joins antitrust complaint on connected-cars licensing*; 29 Apr 2019 *Comment: Connected-cars patent fight to explore legal gray area for licensing*; 27 Apr 2019 *Huawei exec says Avanci license fees for connected-car patents seem 'high' (update*)*; 26 Apr 2019 *Daimler's Nokia antitrust complaint should have come from parts makers, Audi exec says*; 17 Apr 2019 *Nokia faces EU antitrust car-parts complaints from Continental and Valeo (update*)*; 5 Apr 2019 *Nokia faces antitrust complaint over patents from German car-parts maker Bury*; 4 Apr 2019 *Nokia SEP's probe still in very early stages, Vestager says*; 28 Mar 2019 *Nokia lawyer says patents best licensed to makers of cars, not components*; 21 Mar 2019 *Comment: Daimler fight with Nokia shines light on value-chain licensing*; 20 Mar 2019 *Daimler files EU complaint against Nokia over communications patents*). Si noti, inoltre, che la Commissione ha pubblicato, nel 2023, una proposta di Regolamento relativo ai brevetti essenziali (cfr. COM(2023) 232 final) dando atto, nella sua Relazione introduttiva, di un «aumento delle controversie riguardanti le licenze per i brevetti SEP nel settore automobilistico».

teralmente di contrarre. Ciò vale, naturalmente, anche per le imprese (in posizione dominante) che dispongano di DPI⁵⁵. Per costante giurisprudenza, atteso che l'utilizzo esclusivo fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, anche «un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione»⁵⁶. Ed infatti, se un'impresa in posizione dominante avesse l'obbligo di concedere in licenza a terzi i propri DPI, non sarebbe incentivata ad allocare considerevoli risorse nella ricerca e sviluppo, mentre i concorrenti potrebbero essere tentati di sfruttare i suoi sforzi, anziché investire autonomamente (c.d. “free-riding”)⁵⁷. In circostanze eccezionali, tuttavia, ove il rifiuto riguardi *input* indispensabili per esercitare una determinata attività, la libertà in parola può essere compressa dal diritto della concorrenza. La questione è stata affrontata per la prima volta dalla Commissione europea nel caso *Magill*⁵⁸. In quella occasione, l'esecutivo comunitario ha condannato tre emittenti

⁵⁵ È appena il caso di notare come la titolarità di un DPI non conferisca automaticamente alcuna posizione dominante (cfr. C. giust. CE, 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena srl c. Eda srl ed altri*, ECLI:EU:C:1971:18, punti 16 ss.).

⁵⁶ Cfr. C. giust. CE, 5 ottobre 1988, causa C-238/87, *Volvo AB - Erik Veng Ltd - “Volvo”*, ECLI:EU:C:1988:477, punto 8. Cfr. anche C. giust. CE, 5 ottobre 1988, causa C-53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (Cicra) e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, ECLI:EU:C:1988:472.

⁵⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione recante Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C-45, 24 febbraio 2009. Si noti che la Commissione ha recentemente adottato una nuova Comunicazione (2023/C 116/01), apportando talune modifiche alla precedente, che ha però lasciato impregiudicate le valutazioni in commento.

⁵⁸ Dec. Comm. UE, 21 dicembre 1988, n. 89/205/CEE, IV/31.851, “*Magill*”.

televisive, titolari dei diritti d'autore relativi agli elenchi settimanali dei rispettivi programmi, per aver rifiutato di fornire in anticipo tali elenchi ad un editore che intendeva pubblicare una guida radiotelevisiva completa, contenente informazioni sui programmi di tutte e tre le emittenti. Nel ritenere tali condotte abusive, la Commissione europea ha attribuito un significativo rilievo al fatto che il rifiuto impedisse l'introduzione sul mercato di un nuovo prodotto⁵⁹, per il quale esisteva chiaramente una domanda potenziale da parte dei consumatori. La decisione della Commissione europea è stata confermata dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno ribadito come dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare possa, in «casi eccezionali», derivare un comportamento abusivo. In particolare, nel caso di specie rilevava il fatto che il rifiuto avesse ad oggetto un bene indispensabile per l'attività di cui si trattava, avesse ostacolato l'emergere di un prodotto nuovo, non fosse giustificato e avesse consentito ai titolari di riservarsi un mercato derivato, escludendo qualunque tipo di concorrenza sullo stesso⁶⁰. Le condizioni in presenza delle quali un rifiuto di concedere licenze di DPI⁶¹ sia

riconducibile ad un abuso sono state, poi, precisate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel noto caso *IMS Health*⁶². Il giudizio traeva origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla corte dal Landgericht di Francoforte sul Meno nell'ambito di una controversia tra *IMS Health GmbH* (IMS) e *NDC Health GmbH* (NDC), entrambe attive nel mercato dei servizi di dati sulle vendite regionali del settore farmaceutico in Germania. Con la collaborazione delle industrie farmaceutiche, IMS aveva creato una struttura c.d. «a 1860 aree» per la presentazione dei suddetti dati, che funzionava, di fatto, come *standard* del settore. IMS, facendo leva sul proprio diritto d'autore, aveva poi ottenuto dal giudice tedesco diverse ingiunzioni che vietavano a NDC e ad altri operatori di utilizzare strutture derivate da quella a 1860 aree. Nell'ambito di tali giudizi, veniva quindi chiesto alla Corte di giustizia se il rifiuto di concedere la licenza di diritto d'autore sulla struttura a 1860 aree potesse costituire un abuso di posizione dominante⁶³. Nel rispondere al quesito, la corte osservava che, «affinché il

GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG - "Oscar Bronner", ECLI:EU:C:1998:569.

⁶² Cfr. C. giust. CE, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH/NDC Health GmbH - "IMS Health"*, ECLI:EU:C:2004:257, punto 34.

⁶³ La medesima questione era stata oggetto di un intervento anche da parte della Commissione europea, la quale, in sede cautelare, aveva imposto a IMS di concedere ai propri concorrenti, a titolo oneroso, una licenza sulla struttura in parola (cfr. Dec. Comm. UE, 3 luglio 2001, n. 2002/165/CE, COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*). L'esecuzione della decisione della Commissione europea era stata, però, sospesa in sede di impugnazione dal presidente del Tribunale (ordinanza, 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, *IMS Health/Commissione*) e tale sospensione era stata, poi, confermata dal presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea (ordinanza, 11 aprile 2002, causa C-481/01 P(R), *NDC Health/IMS Health e Commissione*, ECLI:EU:C:2002:223).

⁵⁹ All'epoca, non esisteva una guida omnicomprendensiva che fornisse le informazioni sui programmi di tutte le emittenti e i consumatori dovevano, pertanto, acquistare tre guide separate, che venivano pubblicate dalle tre emittenti.

⁶⁰ Trib. CE, 10 luglio 1991, causa T-69/89, *Radio Telefís Éireann c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:39; Trib. CE, 10 luglio 1991, causa T-76/89, *Independent Television Publications Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:41; C. giust. CE, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91P e C-242/91P, *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98, punti da 53 a 56.

⁶¹ Per quanto concerne, più in generale, la questione circa l'accesso ad una infrastruttura essenziale (c.d. "*essential facility*"), cfr. C. giust. CE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*

rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato»⁶⁴. Con particolare riferimento alla condizione relativa all'«ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto», la corte ha rilevato come risulti necessario che l'impresa che chiede la licenza non voglia limitarsi a riprodurre prodotti o servizi che sono già offerti dal titolare del DPI, ma sia intenzionata a proporre prodotti o servizi nuovi non presenti sul mercato e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori. Tale condizione, che aveva destato rilevanti problemi interpretativi, è stata poi ulteriormente chiarita dal tribunale nel caso *Microsoft*⁶⁵. Secondo il Tribunale, affinché sia soddisfatto il requisito della novità è sufficiente che si ravvisi la possibilità per i licenziatari di innovare il prodotto o il servizio in que-

stione, proponendolo con caratteristiche diverse rispetto all'impresa in posizione dominante⁶⁶. In altre parole, non è richiesto che l'oggetto della privativa serva a realizzare un bene effettivamente nuovo e non esistente in senso proprio sul mercato, ricorrendo il pregiudizio alla concorrenza anche laddove venga ostacolata l'emersione di sviluppi tecnologici⁶⁷. A livello nazionale, l'AGCM ha dato applicazione alla giurisprudenza euro-unitaria appena illustrata nel caso relativo ai mercati di manutenzione di dispositivi diagnostici⁶⁸. Nel relativo procedimento istruttorio, l'Autorità ha valutato se potessero essere considerate abusive le condotte poste in essere dai produttori di dispositivi diagnostici ad alta tecnologia GE, Siemens e Philips. Tali condotte consistevano, *inter alia*, nel rifiuto di concedere in licenza a

⁶⁶ Sul punto della novità del prodotto, il Tribunale ha osservato come «il vantaggio artificiale in termini di interoperabilità che la Microsoft si riservava, in forza del suo rifiuto, dissuadeva i suoi concorrenti dallo sviluppare e immettere sul mercato sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro dotati di caratteristiche innovative, a danno, in particolare, dei consumatori» (Trib. CE, 17 settembre 2007, "*Microsoft*", cit., punto 653).

⁶⁷ In ambito nazionale, si segnala la sentenza con cui il Consiglio di Stato, annullando la pronuncia del TAR Lazio, ha confermato il provvedimento assunto dall'AGCM nei confronti di Bayer Cropscience ai sensi dell'art. 102 TFUE (cfr. sentenza 29 gennaio 2013, n. 548). Nel 2011, l'AGCM aveva sanzionato il comportamento posto in essere dalla società, dominante nel mercato italiano dei fungicidi a base di *fosetyl-aluminium*, consistente nel negare l'accesso a due studi, da essa condotti sugli effetti della predetta sostanza sull'uomo e sull'ambiente, ritenuti necessari (in quanto non duplicabili, ai sensi della normativa di settore) per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti a base di tale sostanza. Secondo l'autorità, la situazione era tale per cui risultava «necessario contemperare la discrezionalità del titolare del diritto di privativa in merito alle modalità di esercizio del suo diritto con l'esigenza di preservare la concorrenza».

⁶⁸ Cfr. Delib. AGCM, 30 marzo 2021, n. 28620 in Boll. n. 21/2021.

⁶⁴ C. giust. CE, 29 aprile 2004, "*IMS Health*", cit., punto 38.

⁶⁵ Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corporation c. Commissione* - "*Microsoft*", ECLI:EU:T:2007:289. La Commissione europea aveva ricondotto a un abuso di posizione dominante il rifiuto opposto da Microsoft, operatore sostanzialmente monopolista nel mercato dei sistemi operativi per *personal computer* (Windows), di fornire alle imprese attive nel mercato collegato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro (in cui Microsoft deteneva una posizione di dominanza) le informazioni necessarie per consentire l'interoperabilità tra i *server* di queste ultime e i sistemi operativi Windows di Microsoft; informazioni ritenute indispensabili per operare nel mercato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro, considerata la necessità per i *server* dei concorrenti di Microsoft di dialogare con l'architettura Windows (Dec. Comm. UE, 24 marzo 2004, COMP C-3/37.792 Microsoft).

imprese terze taluni *software* e manuali per la manutenzione dei rispettivi dispositivi, facenti parte dei c.d. “*set* di livello avanzato”, indispensabili per lo svolgimento di determinate attività di manutenzione particolarmente sofisticate. Al riguardo, giova menzionare che i produttori dei dispositivi avevano più volte espresso la disponibilità a offrire in licenza le risorse informative di cui al c.d. “*set* minimo”, sufficienti per lo svolgimento di altre attività di manutenzione meno avanzate, a condizioni eque e non discriminatorie. L’AGCM, pur ritenendo che ciascun produttore detenesse una posizione dominante nel mercato secondario della manutenzione dei dispositivi a marchio proprio, ha escluso che le condotte oggetto di indagine integrassero violazioni dell’art. 102 TFUE, anche in considerazione del fatto che, nel bilanciamento tra tutela della proprietà intellettuale e tutela della concorrenza, quest’ultima debba prevalere solo laddove il rifiuto di licenza precluda o ritardi lo sviluppo di beni o servizi innovativi, e non quando si limiti a impedire a terzi di sfruttare commercialmente l’oggetto della privativa per competere con l’impresa dominante. In tale occasione, l’Autorità ha, infatti, rilevato come «l’esigenza di tutela della concorrenza risulta prevalente solo ove sia raggiunta la prova che il bene o il servizio oggetto del diritto di esclusiva non sia in alcun modo replicabile da parte dei potenziali concorrenti per ragioni di carattere obiettivo derivanti dall’esistenza di impedimenti di natura tecnica, giuridica o economica idonei a impedire di fatto al potenziale concorrente di accedere al mercato con le proprie forze, creando la propria opera di ingegno e sviluppandola nel tempo per renderla costantemente competitiva. Diversamente, si finirebbe per assicurare tutela alla c.d. *competition by imitation* in luogo della *competition by innovation*, quest’ultima soltanto idonea a generare effetti favorevoli per il benessere

della collettività e del mercato»⁶⁹.

Un altro terreno di incontro tra diritti di privativa e normativa *antitrust*, con specifico riferimento all’applicabilità dell’art. 102 TFUE, è quello, di cui già si è detto per i profili di rilevanza in materia di interesse, dei c.d. *standard*. In proposito, riveste particolare interesse la vicenda che ha riguardato la società *Rambus Inc.*, nei confronti della quale la Commissione europea, nel 2007, aveva avviato un procedimento per accertare un possibile abuso di posizione dominante. Rambus era “accusata” di aver fatto in modo che il JEDEC, un’organizzazione di normazione statunitense (di cui anche Rambus inizialmente faceva parte), adottasse come *standard*, per le c.d. memorie DRAM, tecnologie su cui essa vantava diritti di privativa, per poi richiedere *royalties* particolarmente elevate per le relative licenze. Il procedimento si è concluso nel 2009 con l’accettazione degli impegni proposti da Rambus, consistenti, in sintesi, nella rinuncia alle *royalties* su determinati brevetti e alla pretesa di *royalties* più contenute su altri⁷⁰. Anche un’azione a tutela delle proprie privative può, in circostanze eccezionali, costituire un abuso di posizione dominante. La questione è stata affrontata dal Tribunale di primo grado nella causa *ITT Promedia*, avente ad oggetto l’impugnazione di una decisione (di archiviazione) della Commissione europea in cui era stato affermato che, affinché un’azione giudiziaria, instaurata da un’impresa dominante per tutelare i propri DPI, sia qualificabile, di per sé, alla stregua di un abuso occorre che essa *i)* non possa ragionevolmente considerarsi diretta a far valere i diritti dell’impresa e pertanto abbia carattere meramente defatigatorio, e *ii)* sia concepita nell’ambito di un piano avente

⁶⁹ Cfr. Delib. AGCM, 30 marzo 2021, n. 28620, cit., punti 487, 496 e 502.

⁷⁰ Cfr. Dec. Comm. UE, 9 dicembre 2009, COMP 38.636, “Rambus”.

lo scopo di eliminare la concorrenza. Nel confermare la decisione della Commissione europea, il Tribunale ha affermato che «solo in circostanze del tutto eccezionali il fatto di intentare un'azione giudiziaria può costituire un abuso di posizione dominante» e che «i due criteri cumulativi, costituendo un'eccezione al principio generale della tutela giurisdizionale, che garantisce il rispetto del diritto, devono essere interpretati e applicati restrittivamente»⁷¹. Sul tema, meritano poi particolare attenzione i casi *Motorola*⁷² e *Samsung*⁷³, in cui la Commissione europea ha fatto chiarezza in ordine alla compatibilità con l'art. 102 TFUE di iniziative giudiziali promosse dal titolare di un SEP.

Entrambe le società avevano avviato, innanzi ai tribunali di diversi Stati membri, azioni inibitorie contro Apple a tutela dei rispettivi SEP, che le stesse si erano impegnate a concedere in licenza a terzi a condizioni FRAND nel contesto del processo di definizione dello standard. Da notare che, in

tutti e due i casi, le azioni presentate nei confronti di Apple riguardavano SEP per i quali quest'ultima era disponibile a concludere accordi di licenza a condizioni FRAND. La Commissione ha chiarito che fare ricorso ad azioni inibitorie per la tutela dei propri diritti di proprietà intellettuale può integrare un abuso di posizione dominante quando il titolare di un SEP: (i) si sia impegnato, nell'ambito del processo di standardizzazione, a concedere in licenza a terzi il proprio brevetto a condizioni FRAND; e (ii) si rifiuti, poi, senza una giustificazione obiettiva, di avviare le relative negoziazioni con un potenziale licenziatario che abbia manifestato la propria disponibilità a concludere un accordo a tali condizioni (c.d. "*willing licensee*"). In particolare, nel caso *Motorola*, la Commissione ha ritenuto che il comportamento dell'impresa, consistente nel rifiutare diverse proposte, avanzate da Apple nel corso del procedimento giudiziale (per la conclusione di un accordo di licenza a condizioni FRAND), costituisse un abuso, tenuto conto anche del fatto che Apple aveva espressamente proposto di fissare il canone in via giudiziale⁷⁴. Nel caso *Samsung*, invece, la Commissione ha reso vincolante l'impegno, presentato dalla società, a non intentare azioni inibitorie presso alcuna corte dello SEE per violazione dei SEP, attuali e futuri, utilizzati negli *smartphone* e nei *tablet* ("*Mobile SEP*") nei confronti di un potenziale licenziatario che accetti e si conformi ad un particolare sistema di concessione di licenze⁷⁵. Successivamente, è

⁷¹ Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione* - "Promedia", ECLI:EU:T:1998:183.

⁷² Cfr. Dec. Comm. UE, 29 aprile 2014, AT.39985 *Motorola – Enforcement of GPRS Standard Essential Patent*. In particolare, Motorola aveva promosso le azioni giudiziali innanzi ai giudici della Repubblica federale di Germania sulla base di un brevetto essenziale per lo standard GSM/GPRS (*General Packet Radio Service*) al fine di imporre a Apple condizioni di licenza particolarmente gravose che quest'ultima altrimenti non avrebbe accettato. Peraltro, contestualmente all'avvio del procedimento appena richiamato (il 2 aprile 2012), la Commissione aveva iniziato un'altra istruttoria nei confronti di Motorola per condotte sostanzialmente analoghe, ma afferenti a distinti SEP e perpetrate in danno di Apple e Microsoft (cfr. caso AT.39986 *Motorola – Enforcement of ITU/ISO/IEC and IEEE standard essential patents*; il procedimento risulta tuttora pendente).

⁷³ Cfr. Dec. Comm. UE, 29 aprile 2014, AT.39939 *Samsung – Enforcement of UMTS Standard Essential Patents*. Samsung aveva richiesto azioni inibitorie contro Apple presso i tribunali di Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Regno Unito, sulla base di alcuni dei suoi SEP per l'UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*).

⁷⁴ Nel caso di specie, la Commissione ha deciso di non infliggere alcuna ammenda a Motorola in considerazione del fatto che (al momento della decisione) non esisteva una giurisprudenza delle corti comunitarie sulla questione (cfr., invece, ora la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso *Huawei Technologies, infra*) e che le corti nazionali avevano raggiunto conclusioni divergenti.

⁷⁵ «Il sistema di concessione di licenze è costituito da: i) un periodo di negoziazione della durata massima di 12 mesi; ii) la definizione delle condizioni FRAND ad opera di una terza parte qualora non si

intervenuta sul punto – per la prima volta – la Corte di giustizia⁷⁶ (caso *Huawei Technologies*), precisando le condizioni in presenza delle quali la proposizione di azioni inibitorie a tutela di un SEP costituisce un abuso di posizione dominante. In particolare, la corte ha stabilito che «l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che il titolare di un [SEP], che si sia irrevocabilmente impegnato nei confronti di un organismo di normalizzazione a concedere a terzi una licenza a condizioni FRAND, non abusa della sua posizione dominante ai sensi di tale articolo quando esperisce un'azione per contraffazione volta alla cessazione del pregiudizio arrecato al suo brevetto o al richiamo dei prodotti per la fabbricazione dei quali sia stato utilizzato tale brevetto, laddove: (i) prima di esperire la suddetta azione, da un lato, abbia avvertito il presunto contraffattore della contraffazione addebitatagli, indicando il suddetto brevetto e specificando il modo in cui esso è stato contraffatto, e, dall'altro, dopo che il presunto contraffattore ha confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, abbia trasmesso a tale contraffattore una proposta di licenza concreta e scritta alle suddette condizioni, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità di calcolo; e (ii) il suddetto contraffattore, continuando a sfruttare il brevetto di cui trattasi, non dia

giunga ad un accordo di licenza o non si concordi un metodo alternativo per definire le condizioni FRAND alla fine del periodo di negoziazione. La definizione delle condizioni FRAND ad opera di una terza parte consisterà nel deferimento della controversia ad arbitri o al giudice al fine di definire le condizioni FRAND dell'accordo di licenza unilaterale o dell'accordo di licenze incrociate. In caso di disaccordo tra Samsung e il potenziale licenziatario circa la sede di determinazione delle condizioni FRAND, la controversia sarà deferita al giudice.» (cfr. sintesi della decisione, punto 16).

⁷⁶ C. giust. UE, 16 luglio 2015, causa C-170/13 *Huawei Technologies Co. Ltd contro ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2015:477.

seguito a tale proposta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e in buona fede, circostanza che deve essere determinata sulla base di elementi obiettivi e implica in particolare l'assenza di ogni tattica dilatoria»⁷⁷. Una questione altrettanto interessante è stata oggetto di una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea⁷⁸ nel noto caso *AstraZeneca*. Nel 2005, la Commissione europea aveva irrogato alla società una sanzione di 60 milioni di euro: *i*) per aver reso dichiarazioni deliberatamente ingannevoli dinanzi agli uffici dei brevetti ed ai giudici nazionali di taluni Stati membri, al fine di prolungare illegittimamente la protezione brevettuale del suo farmaco Losec (e così escludere dal mercato i fabbricanti di prodotti generici), e *ii*) per aver chiesto strumentalmente la revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio del Losec in Danimarca, Svezia e Norvegia, al fine di ritardare ed ostacolare la vendita di farmaci generici in quei Paesi ed impedire le importazioni parallele del proprio prodotto⁷⁹. Con riferimento al

⁷⁷ C. giust. UE, 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies*, cit, punto 71. La corte ha, poi, precisato che non possono essere considerate abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE le azioni di contraffazione proposte dal titolare di un SEP contro un presunto contraffattore «volte alla presentazione di dati contabili relativi ai precedenti atti di sfruttamento di tale SEP oppure al risarcimento dei danni derivanti da tali atti», in quanto esse «non hanno conseguenze dirette sull'immissione o sul mantenimento nel mercato di prodotti conformi alla norma tecnica fabbricati dai concorrenti» (cfr. punto 74).

⁷⁸ C. giust. UE, 6 dicembre 2012, causa C-457/10P, *AstraZeneca AB, AstraZeneca plc c. Commissione - "AstraZeneca"*, ECLI:EU:C:2012:770.

⁷⁹ Cfr. Dec. Comm. UE, 18 giugno 2005, COMP A-37.507/F3 *AstraZeneca*. Nel 2010, il Tribunale UE ha ridotto la sanzione irrogata, ritenendo che la Commissione europea non avesse dimostrato che le condotte poste in essere in relazione al secondo abuso fossero idonee a limitare le importazioni parallele verso la Danimarca e la Norvegia (cfr. Trib. UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:266).

primo dei due abusi contestati, la corte ha rilevato come il comportamento «costante e lineare» di AstraZeneca, mediante il quale la società aveva intenzionalmente tentato di indurre in errore gli uffici dei brevetti e le autorità giudiziarie al fine di mantenere il più a lungo possibile il suo monopolio sul mercato in oggetto, non rientrasse nel concetto di concorrenza basata sui meriti⁸⁰. Con riferimento al secondo abuso, la corte ha osservato come sull'impresa in posizione dominante incomba una particolare responsabilità, che non le consente di «utilizzare procedure normative in modo da impedire o rendere più difficile l'ingresso di concorrenti sul mercato, in assenza di motivi attinenti alla difesa dei legittimi interessi di un'impresa impegnata in una concorrenza basata sui meriti o in mancanza di giustificazioni oggettive»⁸¹; ciò anche quando le procedure seguite siano perfettamente legittime in base ad altre norme che regolano la materia, diverse dal diritto della concorrenza⁸². Più di recente, la Commissione ha concluso un procedimento istruttorio nei confronti della società farmaceutica Teva, rilevando come la stessa abbia posto in essere condotte abusive volte a ritardare l'ingresso nel mercato dei produttori di medicinali generici concorrenti del suo farmaco

blockbuster per il trattamento della sclerosi multipla, Copaxone, la cui protezione brevettuale primaria era scaduta nel 2015. Le condotte esaminate dalla Commissione consistono, da una parte, nel deposito e successivo ritiro di diverse domande di brevetti divisionali, in modo tale da costringere i produttori di farmaci generici concorrenti a proporre più azioni volte a contestarne la validità; dall'altra, nell'adozione di una campagna di comunicazione denigratoria avverso i prodotti concorrenti, con l'obiettivo di creare una falsa percezione dei rischi per la salute associati all'uso degli stessi. La Commissione ha ritenuto che tali condotte abusive fossero complementari e, insieme, integrassero una violazione unica e continuata dell'art. 102 TFUE⁸³. A livello nazionale, merita di essere menzionato il caso *Pfizer*, nel quale il Consiglio di Stato⁸⁴ ha confermato un provvedimento con cui l'AGCM aveva sanzionato Pfizer per un abuso di posizione dominante consistente in un uso strumentale di procedure amministrative e nel ricorso ad azioni legali⁸⁵. Tale provvedimento era stato annullato dal TAR Lazio che aveva escluso che la mera tutela di diritti e di interessi legittimi costituisse un abuso di posizione dominante. In particolare, il TAR aveva ritenuto che la società farmaceutica non avesse utilizzato impropriamente le procedure amministrative e

⁸⁰ Così facendo, la Corte ha, in qualche modo, temperato le conclusioni cui era giunto il giudice di prime cure, affermando che «[I]l Tribunale non ha affatto dichiarato che le imprese in posizione dominante dovessero essere infallibili nelle loro transazioni con le autorità regolamentari e che ciascuna dichiarazione oggettivamente inesatta resa da una siffatta impresa costituisca un abuso di detta posizione, anche quando l'errore fosse stato commesso involontariamente e immediatamente rettificato» (cfr. C. giust. UE, 6 dicembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 99 e Trib. UE, 1° luglio 2012, "AstraZeneca", cit., punti 355-361). Cfr. TAR Lazio, sez. I, 9 settembre 2012, n. 7467.

⁸¹ Cfr. C. giust. UE, 6 dicembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 134.

⁸² Cfr. C. giust. UE, 6 dicembre 2012, "AstraZeneca", cit., punto 132.

⁸³ Cfr. Dec. Comm. UE, 31 ottobre 2024, AT.40588.

⁸⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

⁸⁵ La condotta censurata dall'AGCM consisteva, essenzialmente, in «comportamenti volti a prorogare artatamente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al proprio prodotto [Xalatan], mediante utilizzo strumentale ed improprio delle procedure amministrative e diffide ai genericisti produttori di specialità equivalenti allo Xalatan, volte ad impedirne la commercializzazione prima della scadenza brevettuale, [con] la conseguente instaurazione dei contenziosi», cfr. Delib. AGCM, 11 gennaio 2012, n. 23194, in Boll. n. 2/2012.

aveva statuito che, al fine di poter ricondurre le condotte volte ad estendere una protezione brevettuale ad un illecito anti-concorrenziale, «le stesse devono connotarsi di un evidente intento escludente alla luce di un *quid pluris* che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario»⁸⁶. Riformando la sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ha qualificato l'abuso di posizione dominante commesso da Pfizer come «specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto», istituto che presuppone «l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti»⁸⁷. Un tema che presenta talune analogie con quello appena trattato è stato affrontato, di recente, dall'AGCM, nel caso relativo ai sistemi di sigillatura multidiametro per cavi e tubi⁸⁸. Il procedimento istruttorio riguardava la condotta posta in essere dall'impresa Roxtec – che

aveva sviluppato un modulo passacavo sfogliabile la cui tecnologia era stata oggetto di un brevetto scaduto nel 2010 – nei confronti, in particolare, di un concorrente, Wallmax. Quest'ultimo aveva iniziato a commercializzare sistemi sigillanti dotati di moduli sfogliabili utilizzando la tecnologia sviluppata da Roxtec in seguito alla scadenza della relativa protezione brevettuale. Secondo la ricostruzione dell'AGCM, la Roxtec ha tentato di limitare l'ingresso e l'espansione di Wallmax nei vari mercati nazionali in cui operava, tra cui l'Italia. A tal fine, ha iniziato, dal 2015, a registrare presso l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) diversi marchi di forma caratterizzanti la tecnologia oggetto del brevetto scaduto e ad avviare una serie di azioni legali per violazione nel marchio e per concorrenza sleale nei confronti del concorrente, nonché ad adottare, nei suoi rapporti con i clienti, ulteriori condotte denigratorie a danno di Wallmax. L'Autorità ha ritenuto che l'insieme di questi elementi configurasse un'unica e complessa strategia escludente, in violazione dell'Art. 102 TFUE, rilevando «l'esistenza di un illecito articolato e complesso consistente, in primo luogo, in strumentali richieste di registrazione di marchio UE relative all'immagine, in diversi colori, della facciata principale del modulo brevettato, che, come riconosciuto dalla Commissione Ricorso della EUIPO, erano finalizzate a evitare che altri concorrenti potessero avvalersene una volta venuta meno la copertura brevettuale»⁸⁹ e sostenendo che «il ricorso al sistema di protezione del marchio per estendere un diritto esclusivo a beni immateriali, la cui tutela è limitata nel tempo, comprometterebbe le premesse alla base della tutela del marchio»⁹⁰. Con riferimento alle azioni giudiziarie intentate,

⁸⁶ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 9 settembre 2012, n. 7467.

⁸⁷ In particolare, secondo il Consiglio di Stato, elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono: «la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte». In sostanza, «l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore».

⁸⁸ Cfr. Delib. AGCM, 18 luglio 2023, n. 30737 in Boll. n. 31/2023. La decisione è stata impugnata innanzi al TAR Lazio. Il ricorso, con numero di registro generale 8523 del 2023, risulta pendente.

⁸⁹ Cfr. Delib. AGCM, 18 luglio 2023, n. 30737, punto 420.

⁹⁰ Cfr. Delib. AGCM, 18 luglio 2023, n. 30737, punto 443.

l'Autorità ha concluso che «il contenzioso intrapreso da Roxtec appare inserirsi pienamente nell'articolata strategia escludente portata avanti da Roxtec nei confronti di Wallmax. Infatti, si tratta di azioni costruite ad hoc sulla base di indebite registrazioni dei marchi e fatte anche sul piano extragiudiziale con i distributori e con i clienti, per ottenere la marginalizzazione della concorrente»⁹¹.

ENRICO FABRIZI – FABRIZIO DUCCI

Bibliografia

F. Ammassari, «Gli accordi di trasferimento di tecnologia», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. Catricalà e P. Troiano, Torino, 2010, p. 566 ss.; E. Arezzo, «Introductory notes regarding the intersection between intellectual property rights and competition law (1988-2011)», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 419 ss.; I. Brinker, «Competition Law and Copyright: Observations from the World of Collecting Societies», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, vol. 50, The Netherlands, 2012, (a cura di) G. Caggiano, G. Muscolo e M. Tavassi, p. 203 ss.; B. Caruso, «Diritti di proprietà intellettuale e intese restrittive della concorrenza: principali decisioni e sviluppi normativi dell'ultimo decennio nell'ordinamento dell'Unione europea», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 481 ss.; F. Denozza, «Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" versus "Categorical" Balancing», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 259 ss.; G. Ghidini, «The bride and the Groom. On the intersection between Intellectual Property

and Antitrust Law», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 27 ss.; M. Grillo, «Le linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale», in *Merc. Conc. Reg.*, II, 2011, p. 324 ss.; A. Italianer, «Prepared remarks on: Level-playing field and innovation in technology markets», conference on Antitrust in Technology 28 January 2013, Palo Alto (US); V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford, 2006; C.E. Mezzetti, «Diritto di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft», in *Dir. ind.*, III, 2008, p. 245 ss.; V. Mosca, «Diritti di proprietà intellettuale e disciplina delle concentrazioni - Rassegna delle decisioni comunitarie (2003-2011)», in *Conc. merc.*, 2012, p. 447 ss.; A. Muselli, «I diritti di proprietà intellettuale e l'abuso di posizione dominante - Rassegna delle decisioni comunitarie (1988-2010)», in *Conc. Merc.*, 2012, p. 425 ss.; L.F. Pace, «Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il «vincolo comunitario» imposto al legislatore nazionale: l'art. 1 l. n. 287/90», in *Riv. dir. pub. com.*, XI, 2001, p. 997; R. Pardolesi – M. Granieri, «Vizi e virtù dei diritti di proprietà intellettuale nell'era digitale», in *Merc. Conc. Reg.*, I, 2004, p. 7 ss.; L. Pepperkorn, «IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance», in *World. Comp.*, 2003, p. 527 ss.; S. Sattler, «Standardisation under EU competition rules - the Commission's new Horizontal Guidelines», in *E.C.L.R.*, vol. 32, VII, 2011, p. 343 ss.; M. Scuffi, «Le interferenze tra i diritti di proprietà intellettuale e la disciplina antitrust: problematiche processuali e sostanziali», in *Conc. merc.*, XIII-XIV, 2005-2006, p. 486 ss.; M. Siragusa, «The EU Pharmaceutical Sector Inquiry. New Forms of Abuse and Article 102 TFEU», in *Competition Law and Intellectual Property - A European Perspective*, cit., p. 177; L. Toffoletti, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi*

⁹¹ Cfr. Delib. AGCM, 18 luglio 2023, n. 30737, punto 487.

nell'applicazione dei divieti antitrust, Milano, 2009; R. Subiotta, D.R. Little, R. Lepetska, «The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, vol. 7, n. 4, p. 288; C. Desogus, «Manovre di avvicinamento tra l'Europa e gli Stati Uniti: il caso Servier sui patent settlements», in *Merc. Conc. Reg.*, II, 2016, p. 249; M. Siragusa, «Overview and Critical Analysis of the Main Developments in European antitrust Practice and Case Law», in *Riv. it. antitrust*, 2, 2017, p. 9; V. Falce, «Copyrights on Data and Competition Policy in the Digital Single Market Strategy», in *Riv. it. antitrust*, 1, 2018, p. 32; R. Jacob, A. Milner, «Lesson from Huawei v. ZTE», in *Riv. it. antitrust*, 1, 2017, p. 1; G. Ghidini, G. Trabucco, «SEPs Licensing: A Pro-competitive Determination of FRAND Royalties», in *Riv. it. antitrust*, 1, 2017, p. 19; E.A. Raffaelli, F. Massimino, «Reference Biological Medicines (“Originators”) and “Biosimilars: Competition and Patient Protection”», in *Riv. it. antitrust*, 2, 2017, p. 128; L. Arnaudo, G. Pitruzzella, «La cura della concorrenza», Roma, 2019; (a cura di) G. Muscolo e M. Tavassi, «*The Interplay Between Competition Law and Intellectual Property*», The

Netherlands, 2019; (a cura di) A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò, «Diritto antitrust», Milano, 2021; M. D'Ostuni, M. Beretta, «Il diritto della concorrenza in Italia», Torino, 2024; L. Solek, E.B. Blumental, «Geo-blocking at the cross-section between competition law and regulation», in *E.C.L.R.*, vol. 41, I, 2020, p. 48; A. Athanasiadou, «Side-deals as part of pharma patent settlements: a new landscape after Servier and Paroxetine?», in *E.C.L.R.*, vol. 41, XII, 2020, p. 620; A. Hase, «Pay-for-delay – pharmaceutical patents in the competition law assessment», in *E.C.L.R.*, vol. 44, VIII, 2023, p. 367; M. Jephcott, R. Malloch e L. Kingsbury, «Pay-for-delay is (almost) dead: long live the – not so novel – abuse of patent procedure and disparagement», in *E.C.L.R.*, vol. 44, IX, 2023, p. 373; R. Tremolada, M. Dolmans, «The European Commission proposal for a regulation on standard essential patents», in *E.C.L.R.*, vol. 44, X, 2023, p. 462; G. Ginex, «“Mercati paralleli”, equilibrio dei rapporti e direzione dell'efficienza», in *Merc. Conc. Reg. I*, 2022., p. 51; G. Ghidini, M.B. Armiento, «“What's past is prologue?” L'antitrust europeo alla prova della/e necessità», in *Merc. Conc. Reg. I*, 2022., p. 85.

IL DIRITTO ANTITRUST E LE DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI

Sommario: **I.** La concorrenza come *rationale* comune al diritto *antitrust* e al diritto degli appalti pubblici. – **II.** La nozione di operatore economico nelle Direttive appalti e la sua sostanziale omologabilità con la nozione d'impresa nel diritto *antitrust*. – **III.** Il raggruppamento d'impresa come *single economic entity*. – **IV.** Le intese restrittive in sede di gara ad evidenza pubblica. – **V.** *Lex specialis* e intento, *ex parte publica*, di restringere o falsare artificiosamente la concorrenza. – **VI.** L'abuso di posizione dominante nel contesto di procedure di appalto. – **VII.** L'esclusione dalla gara come sanzione pubblicistica dell'infrazione *antitrust ex parte privatorum* in sede di procedura d'appalto. – **VIII.** La compatibilità di finalità non economiche nel contesto di una gara pubblica d'appalto: le clausole di bando relative al diritto ambientale, sociale e del lavoro.

I. La concorrenza come *rationale* comune al diritto antitrust e al diritto degli appalti pubblici

In via di prima approssimazione, si può osservare che, mentre il diritto dell'Unione della concorrenza si occupa eminentemente di beni e servizi privati offerti sul mercato da imprese liberamente concorrenti fra di loro, senza che rilevi in alcun modo lo *status* giuridico dell'impresa¹, il diritto unionale degli appalti pubblici mira piuttosto a disciplinare, pubblicisticamente (*i.e.* nel

procedimento di scelta del contraente), il comportamento di Amministrazioni che aggiudicano un contratto "pubblico" (in un contesto di monopsonio) in vista dell'acquisto di beni e servizi da operatori economici privati in vista della creazione di beni/servizi "pubblici", direttamente o indirettamente, a favore della collettività.

Una prima linea di demarcazione fra le due discipline, dunque, sta nel tipo o forma di mercato oggetto delle stesse: generale e (quanto meno giuridicamente) ad accesso "libero" (o *barrier-free*), quello dell'*antitrust*, amministrativisticamente regolamentato e "condizionato" al possesso da parte degli operatori privati di precisi requisiti, tecnico-finanziari e professionali soggettivi, quello degli appalti pubblici.

In tale prospettiva, nel diritto dell'Unione europea degli appalti, almeno in certo tipo di mercati regolamentati (es. servizi sanitari, sociali e culturali²), vi è la tendenza a ritenere che il diritto di concorrenza sia suscettibile di applicazione al contratto d'appalto pubblico solo parzialmente, posto che l'Amministrazione aggiudicatrice difetterebbe, *in thesi*, di quella natura imprenditoriale necessaria per essere destinataria dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Al riguardo, è significativo il caso *Fenin*³, in buona parte discutibile, in

² Le stesse Direttive appalti consentono per questo tipo di servizi un regime c.d. "alleggerito" (cfr. considerando n. 118 della Direttiva n. 24) presentando un interesse a livello transfrontaliero solo a partire (attualmente) dalla soglia di 750 000 EUR.

³ La lettura data dal Tribunale (T-309/99) in merito al comportamento di un'autorità sanitaria che acquista beni e servizi dalle imprese è stata confermata successivamente, dalla Grande Sezione della Corte, in C-205/03P, *Fenin c/ Commissione* deciso l'11 luglio 2006.

¹ Cfr. sentenza della CGUE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfnér/Macrotron* e art. 106, comma 1, TFUE.

cui la Corte di giustizia ha confermato che non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzo successivo, posto che il carattere economico o meno dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato determina necessariamente il carattere dell'attività di acquisto.

Come ampiamente noto dal punto di vista dell'*antitrust* dell'Unione, l'applicazione degli articoli 101-102 TFUE dipende dalla cosiddetta regola *de minimis*, secondo la quale la collusione tra imprese e gli abusi di posizione dominante sono rilevanti solo e nella misura in cui si verificano in una parte sostanziale del mercato interno⁴.

Analogamente, leggiamo nelle Direttive appalti che "per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza" (Cons. n. 1 Dir. 2014/24/UE)⁵.

Si deve osservare, ancora, che le norme *antitrust* si indirizzano alle imprese (anzi, originariamente le uniche norme del Trattato ad avere come destinatari i privati) in un contesto di sostanziale libertà di mercato, ancorché spesso caratterizzato da significative asimmetrie informative; le norme sugli appalti pubblici, invece, contenute in Direttive, si indirizzano ad amministrazioni o organismi di diritto pubblico che devono rispettare alcuni principi fondamentali (trasparenza e *par condicio*, *in primis*) per consentire un confronto concorrenziale degli operatori privati su un

piano di parità in vista dell'aggiudicazione del contratto.

Pur tuttavia, nonostante le evidenti e plurime differenze che si possono individuare fra le due discipline, la matrice essenzialmente concorrenziale delle medesime non legittima solo, astrattamente, uno studio per così dire "contrastivo" delle discipline, ma ne impone una prospettiva in qualche modo unitaria⁶.

In altre parole, in uno studio sistematico del diritto della concorrenza dell'Unione europea, a rigore, gli appalti pubblici non dovrebbero rimanere arbitrariamente esclusi, dal momento che, così facendo, si espungerebbe una disciplina che non soltanto risponde ad un identico approccio in termini di "*economic analysis of law*", ma che è una vera e propria "*species*" della prima.

Basterebbe osservare che, nelle Direttive del 2014 (le nn. 23, 24 e 35)⁷, le ultime

⁶ Del resto, molte recenti pronunce della Corte che hanno ritenuto incompatibili disposizioni italiane in tema di appalto ad es., *Tedeschi Srl* - C402/18 del 27 novembre 2019 – sul limite del 20% in tema di subappalto, o ancora in tema di possesso in via maggioritaria dei requisiti da parte della capogruppo - *Caruter Srl*, C-642/20 sentenza 28 aprile 2022 – sono basate sostanzialmente sull'argomento della massima apertura alla concorrenza del contratto d'appalto pubblico.

⁷ La Direttiva 2014/23/UE riguarda le concessioni, mentre la Direttiva 2014/24/UE, si applica agli appalti tradizionali di cui alle tre Direttive classiche; infine, la Direttiva 2014/25/UE regola gli appalti nei settori speciali (a rete) come acqua, energia, trasporti. Si tratta di direttive sufficientemente precise, chiare e incondizionate e suscettibili di essere invocate, davanti al giudice nazionale, per ottenere la disapplicazione della norma nazionale eventualmente contrastante con la stessa: *ex multis*, cfr. le pronunce *Fratelli Costanzo* (103/88), *Metalmeccanica Fracasso* (C-27/98) e *Furlanis* (C-285/99 e C-286), nonché le conclusioni dell'A.G. N. Wahl in *Portgas*, causa C425/12, rese in data 18 settembre 2013 e la più recente sentenza della Grande Sezione, 10 ottobre 2017, *Elaine Farrell*, C-413/15. Fin dall'inizio, tuttavia, si è discusso se fosse opportuno che la disciplina unionale fosse introdotta nelle forme del regolamento (dotato notoriamente di diretta applicabilità: cfr. art. 288 TFUE) piuttosto che con quelle della direttiva.

⁴ V. la Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (c.d. Comunicazione «*de minimis*»), 2014/C 291/01.

⁵ Per i contratti sotto soglia, si veda tuttavia la pronuncia *Secap* (C-147/06) e la nozione, ivi elaborata, di "*interesse transfrontaliero certo*".

di una lunga serie, peraltro, oggi, in via di ripensamento da parte della Commissione⁸, si chiarisce già dal primo considerando che “l’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza” (cons. n. 1 Direttiva n. 2014/24/UE).

Pertanto, le norme sugli appalti pubblici dell’UE hanno come base giuridica la competenza in tema di mercato interno (cfr. artt. 2-6 TFUE), essendo richiamati in particolare l’art. 53, paragrafo 1, l’art. 62 e l’art. 114 del TFUE: va da sé che queste Direttive sono espressione di una competenza concorrente dell’UE, stante la loro immediata collocazione nel contesto del mercato interno: quattro libertà, *antitrust*, aiuti di stato, discipline di normalizzazione, discipline giuslavoristiche *etc.*

Di qui una sostanziale coincidenza con il principio di concorrenza che ispira le Direttive, posto che, anche nel noto Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, si rinviene che “il mercato interno ai sensi dell’art. 3 del Trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata”.

E la giurisprudenza della Corte è assolutamente pacifica al riguardo: si vuole evitare qualunque effetto di “scompartimentazione” (o isolamento) del mercato interno, come viene anche definito nella giurisprudenza della Corte⁹, effetto che naturalmente produce *ex se* un risultato anticoncorrenziale sulle merci o servizi provenienti da altri Stati membri.

In effetti, secondo la Corte di giustizia, se è vero che l’art. 34 (con l’art. 35) e gli artt. 101-102 TFUE hanno finalità e delimitazioni applicative diverse, pur tuttavia queste differenze non modificano il fatto che i due articoli (come altri) perseguono lo stesso scopo fondamentale così come enunciato agli art. 3 del trattato TFUE, vale a dire l’instaurazione ed il mantenimento di un mercato interno (ed il ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri). A tal fine, essi vietano (fra l’altro) rispettivamente i provvedimenti nazionali e gli accordi fra imprese che ne sono responsabili.

D’altro canto, la contiguità della disciplina degli appalti con le esigenze proprie del mercato interno e di libera circolazione e, quindi, con la libera concorrenza, è agevolmente individuabile anche nel precedente sulla legge italiana per il mezzogiorno (l. n. 64/86) che riservava una quota di appalti di forniture alle imprese collocate nel mezzogiorno.

La Corte ha avuto modo di chiarire che l’art. 34 TFUE va interpretato nel senso che si oppone ad una normativa nazionale che riservi alle imprese ubicate in determinate regioni del territorio nazionale una percentuale degli appalti pubblici di forniture¹⁰.

Inoltre, l’art. 18 della medesima Direttiva 2014/24/UE, che reca “*Principi*

⁸ La Commissione ha aperto il c.d. *consultation period* (13 December 2024 - 07 March 2025) per la valutazione delle tre Direttive summenzionate, in vista dell’approvazione delle nuove *in subiecta materia*.

⁹ Causa *Torfaen*, C-145/88.

¹⁰ Sentenza 20. 3. 1990, *Du Pont De Nemours italiana SpA c. Unità sanitaria locale, n. di Carrara*, C-21/88, punto 18.

per l'aggiudicazione degli appalti", stabilisce significativamente che "la concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici".

In tal senso è evidente che, sia pure eccezionalmente, l'Amministrazione aggiudicatrice possa, essa stessa, porre in essere violazioni degli artt. 102, 106, 107-108 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4.3 TUE, secondo un risalente ma ancora valido filone giurisprudenziale¹¹.

II. La nozione di operatore economico nelle Direttive appalti e la sua sostanziale omologabilità con la nozione d'impresa nel diritto *antitrust*

L'art. 2 della Direttiva n. 2014/24/UE, al n. 10, definisce l'«operatore economico» come una persona fisica o giuridica o un

ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

La vicinanza linguistica e semantica della nozione di "operatore economico" di cui alle Direttive appalti con quella di "impresa" ai sensi dell'*antitrust* unionale appare evidente: è ben noto, del resto, che il diritto dell'Unione europea della concorrenza prescinde dalla forma giuridica quanto alla nozione di impresa, essendo stato definito tale "un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie dato che nel contesto del diritto della concorrenza questa qualifica si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento Höfner¹².

Anche in materia del trasporto pubblico, disciplinato dal Regolamento n. 1370/2007, che pure contiene norme in tema di appalti (cfr. art. 5)¹³, l'art. 2, lett. d), definisce operatore di servizio pubblico un'impresa o un gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

In linea con l'approccio sostanzialista nella definizione di impresa, la Corte ha affermato, nella sentenza 18.12.2014¹⁴,

¹² Su questa linea, anche la sentenza 18/12/1986, *Villa Banfi c/ Regione Toscana*, C-312/85 in ordine alla possibilità che una società di capitali possa essere qualificata come imprenditore agricolo a titolo principale.

¹³ Si veda, sul punto, l'ordinanza 31 gennaio 2025 del Consiglio di Stato di rinvio ex art. 267 TFUE.

¹⁴ Causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze contro Data Medical Service Srl*.

¹¹ Secondo la costante giurisprudenza della Corte, ancorché gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, resta il fatto che tali articoli, letti in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che instaura un dovere di collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, obbligano questi ultimi a non adottare o a non mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (v. sentenze del 5 dicembre 2006, *Cipolla*, punto 46; nonché 10 luglio 2010, *Sbarigia*, punto 31; infine, sentenza 12 dicembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contro SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, punto 37).

che la direttiva 92/50/CEE del Consiglio, in materia di appalti pubblici di servizi, osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari.

Quanto poi alla questione del finanziamento dell'impresa, si è affermato (*ibidem*) che i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità di cui alle Direttive devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia, precisando, tuttavia, che, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico all'impresa, con facoltà – se del caso – di respingere tale offerta.

L'A.G. Jacobs, a margine del servizio pubblico di ambulanza nella causa *Ambulanz Glöckner*¹⁵, ha ricordato che secondo, una consolidata giurisprudenza della Corte, anche gli enti pubblici impegnati in attività economiche possono essere considerati imprese. Diversamente, attività svolte nell'esercizio di poteri pubblici sono sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza. Inoltre, la nozione di «impresa» è un concetto relativo al punto che un dato ente potrebbe essere considerato come impresa per una parte delle sue attività, mentre per altre esserne sottratto.

Si aggiunga che la giurisprudenza della Corte richiede che un organo dello Stato con poteri regolamentari su un dato mercato debba essere indipendente da qualunque impresa che operi su detto mercato.

Da siffatta giurisprudenza parrebbe ricavarsi, tuttavia, che l'eventuale attività regolamentare di tali autorità non debba essere considerata come un'attività economica, quanto piuttosto che l'eventuale conflitto di interessi è incompatibile con il Trattato¹⁶.

III. Il raggruppamento d'impresa come *single economic entity*

Com'è noto, sin dai tempi di *Centrafarm/Sterling*¹⁷, la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 101 TFUE non colpisce accordi o pratiche concordate fra imprese appartenenti allo stesso gruppo, come società madre ed affiliata, laddove le medesime costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di effettiva autonomia nella strategia di mercato, cosicché gli accordi o pratiche all'interno del gruppo economico unitario sono semplicemente frutto di una ripartizione di compiti all'interno del gruppo.

La conseguenza, sul piano dell'applicazione dell'art. 101.1 TFUE è che, stante il divieto di collusione fra almeno due soggetti economicamente indipendenti, si deve ritenere che l'art. 101 TFUE riguardi unicamente i rapporti tra entità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una con l'altra, ad esclusione di quegli accordi e pratiche concordate tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo che costituiscano una unità economica (*single economic entity*)¹⁸.

¹⁶ Cfr. l'art. 24 della Direttiva 2014/24/UE sulla nozione di conflitto di interessi. Si veda al riguardo anche la sentenza del 1 luglio 2008, *Motoe*, C-49/07.

¹⁷ Sentenza 31 ottobre 1974, C-15/74.

¹⁸ Sentenza CGUE, *Viho Europe BV*, 24. 10. 1996, in C-73/95 P.

¹⁵ CGUE sentenza del 17 maggio 2001, causa C-475/99.

La nota regola *antitrust* trasposta nel diritto degli appalti pubblici è finanche intuitiva: è un gruppo economico unitario il “raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un’opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi” (art. 2, n. 10, Dir. n. 2014/24/UE).

In altre parole, la cooperazione di concorrenti all’interno di uno stesso gruppo economico è consentita, primariamente perché si tratta della stessa unità economica: come ha chiarito la Corte già nella causa *Hydrotherm/Andreoli*¹⁹, nel diritto della concorrenza, il termine “impresa” deve essere inteso come designazione di un’unità economica ai fini dell’oggetto dell’accordo anche se, sul piano giuridico formale, tale unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche²⁰.

Pertanto, vi può essere un’impresa come “*single economic entity*” anche dal punto di vista del singolo contratto, esattamente secondo quanto avviene nel contesto dell’aggiudicazione di un contratto pubblico.

Per converso, l’Amministrazione aggiudicatrice non può escludere un operatore per presunta mancanza di qualificazione se fa parte di un gruppo economico composto da altri operatori che sono invece in possesso della qualificazione richiesta, perché, nell’ambito della procedura di aggiudicazione, il raggruppamento dev’essere apprezzato e valutato, per l’appunto, come un’entità economica unitaria.

La soluzione coerente della Corte per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione non solleva particolari dubbi: è stato osservato, infatti, nel contesto della prima Direttiva appalti (i.e. la direttiva 71/305) che quest’ultima deve essere interpretata nel senso di consentire, ai fini della valutazione dei criteri che un imprenditore

deve soddisfare in sede di esame di una domanda di iscrizione della persona giuridica dominante di un raggruppamento, di prendere in considerazione i requisiti delle società appartenenti a tale raggruppamento, purché la persona giuridica in questione possa provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali società necessari per la realizzazione dei lavori²¹.

E nella causa *Holst Italia*²², la Corte ha chiarito lo stesso concetto per quanto concerne la direttiva sui servizi pubblici (Direttiva n. 92/50).

In definitiva, nel caso di un appalto pubblico aggiudicato da un’Amministrazione aggiudicatrice, la disciplina delle Direttive sui raggruppamenti economici, da un lato, consente una forma di collaborazione nel contratto aggiudicato che si presume “legittima” ai fini dell’applicazione del divieto di cui all’art. 101.1, TFUE (e ciò ancorché risulti composto da imprese ipoteticamente concorrenti sul mercato); dall’altro, il medesimo RTI costituisce un’unità economica d’impresa e dovrà essere trattato coerentemente in sede di valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Tanto peraltro consente, in un’ottica per così dire di “*workable competition*”, l’accesso a commesse importanti anche alle PMI in favore delle quali esistono precise indicazioni nelle Direttive UE: fra le molte, val la pena di ricordare l’art. 46 (Dir. 2014/24/UE) sulla suddivisione degli appalti in lotti²³.

In definitiva, il *rationale* concorrenziale – che potremmo rendere con “*the more you increase competition the more you will obtain*”

²¹ Sentenza 14 aprile 1994, *Ballast*, C-389/92.

²² Causa C-197/98, decisa il 2 dicembre 1999.

²³ Approccio, peraltro, notoriamente esistente anche in *antitrust*: si veda, fra l’altro, il *Final Report* della Commissione sugli *Specialisation Agreements and SMEs*, pubblicato nel 2022, reperibile in <http://www.europa.eu>.

¹⁹ Sentenza del 12 luglio 1984, causa 170/83.

²⁰ Si veda il par. 12 della pronuncia.

better goods and services” – sotteso alla disciplina unionale degli appalti pubblici è così pervasivo e connaturato alla stessa che, senza alcun dubbio, merita condivisione qualunque tentativo dottrinale di porre la giusta enfasi sul bene giuridico della concorrenza.

Come osserva autorevole dottrina, “*a general principle of competition could properly be developed to support this latter objective of removing restrictions on participations*” (Arrowsmith).

Questa conclusione è rafforzata oggi dalle nuove disposizioni in tema di esclusione per avere il candidato posto in essere pratiche anticoncorrenziali (cfr. art. 57, 4, lett. d, Dir. 2014/24/UE).

In concreto, la *ratio* concorrenziale può e deve illuminare l’interpretazione di molte disposizioni che si rinvencono nella disciplina degli appalti pubblici, spesso volte frutto di fraintendimenti da parte degli interpreti e della giurisprudenza.

IV. Le intese restrittive in sede di gara ad evidenza pubblica

Se la partecipazione alla gara in forma di raggruppamento di operatori o imprese normalmente concorrenti è ammessa, non è consentito invece che questi soggetti, dimenticandosi di essere un gruppo economicamente unitario (in termini di *Andrioli/Hydroterm*), perseguano – in un contesto di procedura di aggiudicazione d’appalto – interessi propri colludenti in contrasto con l’art. 101, n. 1 TFUE, con quello di altri membri del raggruppamento o con altri partecipanti alla procedura.

Analogamente, il singolo operatore economico non può colludere con altri partecipanti alla gara per evitare l’incertezza del mercato.

Il *bid-rigging* in letteratura è sempre stato oggetto di attenzione da parte della dottrina, posto che, nei c.d. *bidding mar-*

kets, “*companies compete for specific contracts*” (non necessariamente pubblici).

Non è un caso se, a livello internazionale, si trovino agevolmente raccomandazioni volte a creare un ambiente di maggior consapevolezza sul rischio di collusione nel contesto degli appalti pubblici: l’OECD, ad esempio, con la sua *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* del 2023²⁴, mira ad allertare i governi sul rischio effettivo di *bid-rigging* nel contesto degli appalti pubblici e in particolare “*in pre-tender market research activities*”.

Il che ci riporta puntualmente alla previsione contenuta nelle Direttive in tema di consultazioni preliminari di mercato (art. 40, Direttiva 2014/24/UE): viene così precisato che, “prima dell’avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell’appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi”, ad esempio sollecitando o accettando consulenze “a condizione che non abbiano l’effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza”.

Nel passato, tuttavia, la Corte ha avuto modo di precisare²⁵ che la prima direttiva ricorsi (la Direttiva n. 89/665) osta a che l’autorità aggiudicatrice possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura (ovvero, la presentazione di un’offerta) da parte di un’impresa legata ad una persona in precedenza incaricata della ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo di lavori, forniture o servizi, allorquando tale impre-

²⁴ *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, rinvenibile in OECD/LEGAL/0396 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>.

²⁵ Sentenza *Fabricom SA* del 3 marzo 2005, resa nelle cause riunite C-21/03 e C-34/03.

sa possa provare di non beneficiare per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza.

È stato osservato in dottrina che “*detecting a bid rigging may a be a difficult endeavour*”: e pur tuttavia, le autorità nazionali di concorrenza hanno individuato alcuni “*patterns*” che i *bid ringers* generalmente seguono e che costituiscono indizi: ad esempio, in presenza di un “*obvious pattern of rotation of successful bidders*”, oppure in presenza di “*an unusually high margin between the winning and the unsuccessful bids*” o, infine, “*when all bid prices drop when a potential new bidder who is not a member of the cartel comes on the scene*” (Lianos-Korah-Siciliani).

In effetti, la fattispecie criminosa della turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p., in molte delle sue manifestazioni concrete²⁶, prima ancora di essere un reato, integra la violazione dell'art. 101 TFUE.

E' significativo comunque che la Corte di giustizia, in un'ottica di consentire una “concorrenza effettiva” o “*workable competition*”²⁷, abbia precisato che non è possibile escludere automaticamente un concorrente che si trovi in una situazione di controllo e/o collegamento negoziale.

Secondo la Corte, infatti, l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una tale situazione di collegamento o controllo con altri candidati o offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi, *i.e.* l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza. In tal modo si escluderebbe la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offer-

te, in contrasto con l'interesse dell'Unione alla partecipazione più ampia possibile di concorrenti²⁸.

In ogni caso, la conseguenza dell'illecito concorrenziale sarà che non solo il comportamento illecito sarà sanzionabile dall'Autorità di concorrenza, ma anche che l'Amministrazione aggiudicatrice potrà procedere all'esclusione dalla gara, in presenza di prove sufficientemente certe della collusione.

In effetti, in virtù dell'art. 57 (“*motivi di esclusione*”), n. 4 (Direttiva n. 24) “le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) “se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza”.

Si deve, infine, concludere ricordando che, anche in sede di appalto pubblico, esiste la possibilità di “*self-cleaning*”: ai sensi dell'art. 57, n. 6 della Direttiva n. 2014/24/UE, un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 [*i.e.* cause di esclusione obbligatorie e facoltative] può fornire prove del fatto che le misure dallo stesso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, pur in presenza di un pertinente motivo di esclusione.

²⁶ Quanto meno laddove l'art. 353, 1° comma, fa riferimento a “collusioni o altri mezzi fraudolenti”.

²⁷ Sentenza *Sintesi Spa* del 7 ottobre 2004, C-247/02, in cui la Corte ha fatto uso della stessa terminologia riservata notoriamente all'*antitrust*: cfr. *Metro I*, 25 ottobre 1977, in C-26/76.

²⁸ Si veda, tuttavia, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 1956/2024, che non pare confrontarsi adeguatamente con un tale orientamento.

V. *Lex specialis* e intento, *ex parte publica*, di restringere o falsare artificiosamente la concorrenza

Le scelte della stazione appaltante in tema di criteri di aggiudicazione, com'è noto, sono inevitabilmente contrassegnate da discrezionalità, tecnica ed amministrativa ad un tempo, vuoi nella fase dell'individuazione dei criteri a monte della gara vuoi nella fase applicativa in sede di concreta aggiudicazione del contratto.

Si può, tuttavia, osservare come le caratteristiche dell'oggetto del contratto e la valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza ("*workable competition*") costituiscono punti di riferimento fondamentali di ogni procedura di aggiudicazione, tali in qualche modo da costituire anche un vincolo alla discrezionalità *ex parte publica*, vuoi nella scelta dei requisiti di partecipazione, vuoi del criterio di aggiudicazione, cui le stazioni appaltanti devono soggiacere, vuoi infine nella concreta individuazione dell'offerta migliore.

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto (art. 58, n. 3, Dir. 2014/24/UE): quanto al fatturato, tuttavia, le Direttive opportunamente precisano che il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono possedere non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture²⁹.

In generale, poi, per quanto concerne la scelta del criterio di aggiudicazione, *i.e.*

dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione, si può affermare che, nel caso in cui sia possibile ed opportuno che il candidato od offerente partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, vi sarebbe una sorta di doverosità, per la stazione appaltante, di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente di apprezzare al meglio l'apporto qualitativo del concorrente.

Del resto, le Direttive del 2014, in tema di criteri di aggiudicazione, stabiliscono in generale che "le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa: quest'ultima è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione" (art. 67 Dir. 2014/24/UE).

Val la pena di ricordare ancora che, allorquando nel passato era possibile ricorrere al criterio del prezzo più basso o a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte aveva concluso che l'art. 30, n. 1 della Direttiva 93/37/CEE (appalti di lavori pubblici), dovesse essere interpretato nel senso di ostare ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso (sentenza *Sintesi Spa* del 7 dicembre 2004)³⁰.

Analogamente, gli appalti relativi ai servizi socio-sanitari ed educativi e, più in generale, ai servizi sociali, particolarmente in considerazione della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e

²⁹ Nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera, l'Ad. Pl. n. 8 del 21 maggio 2019 ha affermato esservi l'obbligo di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

³⁰ In causa C-247/02.

della qualificazione del personale paiono *naturaliter* predicare la scelta a favore del criterio di cui all'art. 108 del nuovo *Codice contratti*.

Più in generale, poi, tutti i servizi di tipo tecnologico, la cui specificità e complessità richiede, nell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione di aspetti qualitativi ed innovativi, si impone la scelta del criterio di cui all'art. 108 richiamato.

Il tema delle cd. specifiche tecniche, poi, è particolarmente importante nel diritto dell'Unione europea degli appalti, posto che si tratta di un aspetto che, lasciato alla discrezionalità del legislatore nazionale, finirebbe non solo con il rendere incoerente l'intero sistema europeo di armonizzazione e normalizzazione, ma finanche di reintrodurre degli ostacoli alla libera circolazione di merci che è notoriamente una delle libertà fondamentali dei Trattati originari (cfr. oggi artt. 26 ss. TFUE)³¹.

Non è un caso che le Direttive precisino, pur non essendovene bisogno, che "le specifiche tecniche dovrebbero essere

redatte in modo da evitare di restringere artificialmente la concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti" (cons. n. 74, Dir. 2014/24/UE)³².

L'importanza della disciplina è persino scontata nella parte in cui prevede che a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti (art. 42, n. 4, Dir. 2014/24/UE).

Eccezionalmente, quando la descrizione della specifica tecnica potrebbe non essere sufficientemente precisa, "siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione 'o equivalente'" (*ibidem*).

Coerentemente, il nuovo *Codice contratti* pare imporre adeguatamente il rispetto di siffatta disciplina allorquando, all'Allegato II.5 - specifiche tecniche ed etichettature (articolo 70, comma 3) riprende il contenuto dell'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE.

In particolare, va ricordato che tali caratteristiche possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del suo ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.

D'altra parte, nella giurisprudenza della Corte si rinviene che l'art. 34 TFUE osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato di oneri relativo ad un

³¹ Il tema, à vrai dire, è risalente ed era già presente nelle prime Direttive degli anni 70', al punto che anche il legislatore italiano, nella L. 584/77, aveva previsto, *sub* art. 7, che "è vietato, a meno che ciò non sia giustificato dal particolare oggetto dell'appalto, introdurre nelle clausole contrattuali prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese, o di eliminarne altre o che indichino marche, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. Indicazioni del genere, accompagnate dalla menzione "o equivalente", sono ammesse allorché non sia possibile una descrizione dello oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili". Non a caso il testo WTO del GPA (o *Government Procurement Agreement*) del 2012 stabilisce, a proposito di tali specifiche tecniche, che "*a procuring entity shall not seek or accept, in a manner that would have the effect of precluding competition, advice that may be used in the preparation or adoption of any technical specification for a specific procurement from a person that may have a commercial interest in the procurement*" (Article 10, n. 4).

³² Con riferimento agli appalti di servizi si vedano gli artt. 20-23.

appalto pubblico di lavori che non supera la soglia della Direttiva una clausola che prescrive, per l'esecuzione dell'appalto, l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione "o equivalente"³³.

In altre parole, il diritto dell'Unione in materia di specifiche tecniche è a tal punto inderogabile da costituire una sorta di *noyau dur* di applicazione necessaria, finanche per gli appalti sotto soglia.

La Corte giustizia UE³⁴ ha avuto modo di ribadire puntualmente la gravità di violazioni *eiusdem generis* in un caso di ecotichettatura.

Com'era stato puntualmente segnalato dall'A.G., l'amministrazione aggiudicatrice non può esigere che i prodotti da fornire si fregino di un concreto marchio di qualità, dovendo invece ammettere anche altri marchi di qualità e finanche prodotti sprovvisti di qualsiasi marchio purché aventi caratteristiche ambientali equivalenti ai requisiti posti dall'amministrazione aggiudicatrice³⁵.

E la Corte ha ribadito che i principi di aggiudicazione degli appalti pubblici di *par condicio* e trasparenza rivestono un'importanza determinante in relazione alle specifiche tecniche, in considerazione dei rischi di discriminazione connessi vuoi alla scelta di queste ultime, vuoi al modo in cui sono formulate.

Il Consiglio di Stato è giunto ad analoghe conclusioni in ordine all'interpretazione dell'art. 68, co. 13, del d.lgs. n. 163 del 2006³⁶.

Vanno segnalate, tuttavia, per la grave incuria, pronunce di organi amministrativi

che hanno fatto strame di quel che appare essere *jus receptum in subiecta materia*.

In particolare, a fronte di una censura che segnalava in modo piano e pacifico la violazione dell'art. 23, par. 8, dir. 18/2004/CE (ovvero uso – nelle specifiche tecniche della *lex specialis* – di un marchio o nome commerciale senza l'espressione "o equivalente"), il Tar Piemonte³⁷ si è spinto sino ad affermare che se un prodotto marchiato non è protetto da esclusiva in Italia, il candidato o offerente potrebbe procurarsi il medesimo sul mercato, eventualmente anche dal proprio concorrente.

Il Consiglio Stato, in sede di gravame³⁸, ha inspiegabilmente avallato siffatti comportamenti illegittimi precisando anzi che l'indicazione del gas richiesto con richiamo alla denominazione commerciale "SUVA 134"³⁹ non identificava – in contrasto con l'art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006 – un prodotto determinato, di talché, in assenza di clausola di esclusiva (*sic*!), non avrebbe precluso sul piano sostanziale l'offerta di prodotto con composizione chimica equivalente, ancorché introdotto in commercio con un nome diverso (*sic*!).

Si tratta naturalmente di una giurisprudenza "quodlibetale", priva di ogni logica e idonea solo a "scriminare" un comportamento patentemente illegittimo dell'Amministrazione aggiudicatrice, in contrasto con principi scontati di libera concorrenza, *par condicio* e divieto di disparità di trattamento.

VI. L'abuso di posizione dominante nel contesto di procedure di appalto

Anche l'art. 102 TFUE è suscettibile di ordinaria applicazione nel contesto delle

³³ CGUE, sez. II, 03/12/2001, C-59/00, *Bent Moustens Vestergaard c. Spottrup Boligselskab*.

³⁴ CGUE, 10 maggio 2012, *Comm. europea c. Regno Paesi Bassi* (in causa C-368/10).

³⁵ Conclusioni dell'A.G. Kokott, in causa C-368/10, punto 151.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 06/12/2010, n. 8543.

³⁷ Tar Piemonte, sentenza n. 1241/12.

³⁸ Cons. Stato, sez. III, 1487/2013.

³⁹ Si trattava di un marchio di proprietà della *DuPont*, nota multinazionale americana della chimica.

procedure di appalto pubblico, specie in tema di aggiudicazione di concessioni con riferimento a soggetti economici forti che assumono la qualifica di *incumbent*.

Il Tar Lazio, ad esempio, nella pronuncia n. 8752/13, ha ritenuto che Italgas, stante la sicura posizione dominante (*n.d.r.*: Italgas svolgeva in Italia il servizio per la distribuzione del gas in centinaia di Comuni), aveva l'obbligo di comunicare, nel contesto di un servizio pubblico locale, le informazioni essenziali di cui, in quanto precedente concessionario, era in possesso. In altre parole, Italgas avrebbe abusato della propria posizione di *incumbent*, da un canto, per ritardare i termini per l'effettiva indizione della gara e, dall'altro, per limitare le informazioni su impianti, costo e potenziale redditività del servizio, così da distogliere i possibili concorrenti nella successiva gara per l'assegnazione del servizio, oltre a garantirsi rispetto a quelli una posizione di vantaggio.

Una più recente pronuncia del Consiglio di Stato ha confermato (parzialmente quanto alla sanzione comminata dall'AGCM) un analogo accertamento di Autorità di concorrenza nei confronti di un concessionario del trasporto pubblico osservando che un concessionario in esclusiva è in grado di condizionare – mediante una condotta dilatoria e inottemperante ai diversi obblighi imposti – l'avvio della procedura di gara e, prima ancora, la possibilità per l'Amministrazione di compiere scelte adeguate in ordine alla struttura e alle caratteristiche della gara che aveva intenzione di bandire (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2024 n. 5664).

Si tratta, tuttavia, di pronunciamenti in buona parte discutibili, astratti e finanche non agevolmente riconducibili nel solco di quella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai c.d. *non pricing abuses*⁴⁰ (quale

ad esempio la c.d. *vexatious litigation*), atteso che le Autorità di regolazione dei servizi pubblici sono per legge titolari di poteri azionabili davanti al Giudice amministrativo per costringere gli *incumbent* (o gestori uscenti del servizio pubblico) a consegnare ogni documentazione asseritamente necessaria o essenziale (spesso, peraltro, doverosamente già in proprio possesso); senza dire, che una volta scaduta la concessione, pare assai arduo affermare la permanenza di un significativo *market power* in capo al gestore uscente idoneo ad impedire una concorrenza effettiva sul mercato, *condicio sine qua non* per ogni corretto accertamento di violazione dell'art. 102 TFUE. Di talché, al riguardo, le sanzioni dell'AGCM paiono spesso caratterizzate da arbitrarietà.

Anche in tema di ricorso all'*in-house providing*, che oggi, dopo l'introduzione dell'art. 7 del nuovo *Codice contratti* (D.lgs. n. 36/2023), parrebbe diventato un'opzione del tutto "discrezionale", la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può e non deve essere illimitata (cfr. *infra*, sentenza CGUE, *Irgita*)⁴¹, dovendosi *inter alia* evitare forme di abuso di posizione dominante e rispettare i principi fondamentali del Trattato.

Così avverrebbe, ad esempio, se l'Amministrazione procedente in favore dell'*in-house* fosse perfettamente consapevole di non avere mezzi e risorse per soddisfare adeguatamente il servizio pubblico oggetto dell'operazione interna (nell'ottica di *Höfner Macrotron*, per intenderci) e, ciononostante, decidesse di attribuire il servizio ad una propria controllata, abilitandola magari a

C-457/10 P, nonché la più recente sentenza della Corte del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) Ltd e altri contro Competition and Markets Authority*.

⁴¹ Sentenza 3 ottobre 2019, *Irgita*, C-285/18; si veda altresì la sentenza 6 febbraio 2020, *Rieco Spa c/ Comune di Lanciano*, in causa C-89/19.

⁴⁰ Cfr. i casi *ITT Promedia*, T-111/96, 17 luglio 1998; *Astrazeneca* del 6 dicembre 2012, causa

fare ricorso a forme di *joint-venture* o PPP in un'ottica di "parziale" esternalizzazione del servizio.

E' stato condivisibilmente osservato dall'AG Sanchez-Bordona, nelle conclusioni del 13 settembre 2018, a margine di un'aggiudicazione diretta di appalti pubblici di servizi di trasporto di passeggeri mediante autobus, che «l'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare gli enti strumentali, entro i limiti descritti in precedenza, per l'affidamento di taluni compiti che, in linea di principio, dovrebbero essere oggetto di un appalto pubblico, ma che vi si sottraggono. (...) Tuttavia, quando gli enti strumentali, a loro volta, sono privi dei mezzi sufficienti per soddisfare – di per sé – i compiti loro affidati dall'amministrazione aggiudicatrice e si vedono costretti a ricorrere a terzi per ottenere detti mezzi, le ragioni che giustificano la deroga *in house* svaniscono e ciò che emerge è, in realtà, una forma dissimulata di subappalto pubblico, con cui l'amministrazione aggiudicatrice acquista beni e servizi da terzi, attraverso un intermediario (l'ente strumentale), sottraendosi alle direttive che dovrebbero disciplinarne l'aggiudicazione»⁴².

Del resto, ancorché la Direttiva n. 2014/23/UE riconosca il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione, la Corte ha chiarito, nella sentenza *Irgita* già richiamata, che la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata, dovendo, invece, essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, della libertà

di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (sentenza *Irgita*, punto 48).

Principi che, ancora una volta, devono essere intesi – ad una lettura attenta – come espressione del principio della concorrenza, pervasivo e trasversale in tutto il Trattato.

A ciò, nel contesto delle Direttive di materia, si aggiunga la sussistenza di un preciso obbligo delle Stazioni appaltanti di verificare la ricorrenza di effettive violazioni *antitrust* ai fini dell'esclusione dalla gara.

VII. L'esclusione dalla gara come sanzione pubblicistica dell'infrazione *antitrust ex parte privatorum* in sede di procedura d'appalto

Il nuovo *Codice dei contratti*, già in vigore dal 1° aprile 2023 ma efficace soltanto dal 1° luglio 2023, precisa utilmente che il grave illecito professionale (art. 98) è una causa di esclusione non automatica ai sensi dell'art. 95. lett. e)⁴³.

Ai sensi dell'art. 98, comma 3, "l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto.

⁴³ Ove si legge "che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi".

⁴² Cause riunite C-266/17 e C-267/17, *Rhein-Sieg- Kreis/Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH*, nota 33 delle conclusioni.

Infine, ai sensi dell'art. 96, comma 10, le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano: (...) *omissis* c) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente: (...) *omissis* 2) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto.

In definitiva, il nuovo Codice ha ricondotto la rilevanza dell'illecito concorrenziale ai fini di una partecipazione alla gara per un intero triennio a partire dal provvedimento irrogativo della sanzione.

In un recente caso d'appalto aggiudicato dalla Commissione UE, la Corte si è pronunciata in relazione ad un accordo consortile fra diverse società al fine della partecipazione all'aggiudicazione di lavori di ammodernamento di opere, affermando l'obbligo di adottare decisioni di esclusione o di imposizione di sanzioni finanziarie nel rispetto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, quale norma fondamentale nella materia.

Secondo la Corte, questa disposizione impone, al fine di rispettare le caratteristiche essenziali del motivo di esclusione facoltativo e il principio di proporzionalità, che un regime nazionale di trasposizione di tale Direttiva debba essere strutturato in modo tale da far sì che, prima dell'inserimento nell'elenco dei fornitori inaffidabili di un operatore economico membro di un raggruppamento cui era stato aggiudicato un contratto d'appalto poi risolto, debba esservi una valutazione *in concreto* di tutti gli elementi pertinenti forniti da tale operatore per dimostrare che il suo inserimento nell'elenco stesso era ingiustificato alla luce del suo comportamento individuale.

In altre parole, per la Corte, non si può ammettere che un operatore economico, in caso di risoluzione del contratto a causa di

significative o persistenti carenze nell'ambito dell'esecuzione di quest'ultimo, venga automaticamente qualificato come inaffidabile e sia oggetto di un'esclusione temporanea senza che il suo comportamento sia stato preliminarmente valutato, in modo concreto e individualizzato, alla luce di tutti gli elementi pertinenti della fattispecie (sentenza del 26 gennaio 2023, *HSC Baltic e a.*)⁴⁴.

Risulta, quindi, da un'applicazione per analogia della giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 2014/24, che "l'ordinatore responsabile è tenuto a valutare il comportamento della persona chiamata in causa in modo concreto e individualizzato quando attua l'articolo 136, paragrafo 1, lettera e), del regolamento finanziario 2018".

Sono naturalmente ammesse forme di *self-cleaning*, ai sensi dell'art. 57, n. 6 (Dir. 2014/24/UE) come già illustrato (v. *supra* sub 4).

In definitiva, come appare corretto e finanche intuitivo, una decisione d'esclusione e il conseguente inserimento dell'operatore economico in un elenco fra gli appaltatori inaffidabili non può essere assunta se non dopo un serio ed attento contraddittorio.

VIII. La compatibilità di finalità non economiche nel contesto di una gara pubblica d'appalto: le clausole di bando relative al diritto ambientale, sociale e del lavoro

Negli ultimi tre decenni, le legislazioni nazionali sembrano aver fatta propria l'idea che l'aggiudicazione degli appalti pubblici possa, in qualche modo, servire anche finalità diverse da quelle più strettamente economico-concorrenziali connesse con il

⁴⁴ In causa C682/21, punti 46 e 47.

contratto di lavori, forniture e servizi in concreto aggiudicato.

Il che, di per sé, per le ragioni che si possono anche agevolmente intuire, non è necessariamente incompatibile con il diritto dell'Unione in generale, né con il sistema degli appalti pubblici così come regolamentati dalle Direttive, in particolare.

Fin dalla prima pronuncia che si è occupata del tema, tuttavia, è apparso chiaro che la Corte sarebbe stata piuttosto restia a lasciare mano libera agli Stati membri, posto che un eccessivo margine d'azione avrebbe sicuramente condotto ad esiti arbitrari, privando sostanzialmente le Direttive del settore del loro "*effet utile*" in quanto norme comuni direttamente efficaci.

Ed invero, nella risalente pronuncia *Beentjes*⁴⁵, in cui si discuteva *inter alia* della condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili, la Corte, pur non optando per la sua irrimediabile incompatibilità, ha affermato che "si deve constatare anzitutto che una siffatta condizione non ha alcun rapporto né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto di cui all'art. 29 della direttiva" (punto 28).

Inoltre, siffatta condizione "potrebbe in particolare violare il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità sancito dall'art. 7, n. 2 del Trattato, qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l'imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori".

Dopo circa un decennio, la Corte è ritornata ad occuparsi del tema delle cd. esigenze sociali in *Nord-Pas-de Calais*⁴⁶.

La Commissione aveva aperto il procedimento di infrazione nei confronti della Francia perché, avendo presentato esplicitamente come criterio di aggiudicazione, in un certo numero di bandi di gara, una condizione relativa all'occupazione, condizione connessa ad un'azione locale di lotta contro la disoccupazione, le autorità francesi avrebbero violato l'art. 30 della direttiva 93/37, secondo cui i criteri di aggiudicazione dovrebbero fondarsi sul prezzo più basso ovvero sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

Richiamando il proprio precedente *Beentjes*, la Corte rammenta che la detta disposizione non esclude tutte le possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di ricorrere ad un criterio come la condizione connessa alla lotta contro la disoccupazione ammesso che una siffatta condizione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione, come esso deriva dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Inoltre, secondo la Corte, "la sua applicazione deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della detta direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità (v., in questo senso, con riferimento alla direttiva 71/305, la sentenza *Beentjes*, citata, punto 31). Ne consegue che un criterio di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione deve essere espressamente menzionato nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza di una siffatta condizione (v., in tal senso, la sentenza *Beentjes*, citata, punto 36)".

⁴⁵ Sentenza del 20 settembre 1988, in causa C-31/87.

⁴⁶ Sentenza del 26 settembre 2000, in causa C-225/98.

Nel caso concreto, la censura della Commissione relativa al criterio supplementare di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione venne respinta, sia perché la Commissione non era riuscita a dimostrare il carattere discriminatorio sia perché siffatto criterio secondario era stato ben pubblicizzato dal primo atto della procedura.

La Corte è ritornata ad occuparsi della problematica in altri due altri casi interessanti: *Concordia Bus* del 17 settembre 2002⁴⁷ e *Commissione europea c. Regno Paesi Bassi* del 10 maggio 2012⁴⁸.

Nel primo, il giudice del rinvio chiedeva in buona sostanza se un Comune (in concreto, quello di Helsinki) che assegna un appalto di servizi di trasporto di autobus sia legittimato a tenere conto di considerazioni ecologiche relative al materiale proposto (autobus alimentati a gas), in considerazione del fatto che l'offerta della Concordia (seconda classificata, la cui proposta economica era meno cara) sarebbe stata superiore a quella della HKL (aggiudicataria) laddove i punti assegnati in base ai criteri ambientali non potessero essere aggiudicati alla seconda.

La Corte, pur muovendo dall'assunto che il principio della parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (che mirano in particolare a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva), osserva tuttavia che "nel caso di specie, (...) i criteri di attribuzione di cui trattasi nella causa principale erano oggettivi e indistintamente applicabili a tutte le offerte. Inoltre, i detti criteri erano direttamente collegati al materiale offerto ed erano inseriti in un sistema di attribuzione di punti. Infine, nell'ambito di tale sistema, punti supplementari potevano essere accordati in base ad altri criteri collegati al materia-

le, quali l'impiego di autobus ribassati, il numero di posti a sedere e di strapuntini, nonché la vetustà degli autobus".

I giudici di Lussemburgo quindi concludono "nel senso che il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente, come quelli di cui trattasi nella causa principale, per il solo fatto che la propria azienda di trasporti dell'amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri".

Val la pena apprezzare, ai presenti fini, anche le peculiarità del caso *Commissione c/ Regno dei Paesi Bassi*, in causa C-368/10, deciso il 10/05/2012.

La provincia olandese Noord-Holland aveva pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un bando di gara per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè a decorrere dal 1° gennaio 2009.

Aspetto importante del contratto era, come puntualmente preannunciato nel bando, l'intenzione della provincia Noord-Holland di aumentare l'impiego di prodotti biologici e del commercio equo e solidale nelle macchine automatiche per il caffè.

La Corte, pur ammettendo – ancora una volta – la legittimità dell'utilizzo di un criterio di natura ambientale, persino in materia di specifiche tecniche⁴⁹, ha tuttavia rilevato che la procedura era sostanzialmente incompatibile per una serie di ragioni che qui di seguito vengono partitamente riportate.

Da un lato, infatti, la provincia Noord-Holland aveva stabilito una specifica tecnica incompatibile con l'art. 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18/CE [cfr. oggi art. 42, Dir. 24/2014/UE], nella misura in cui si

⁴⁷ In causa C-513/99.

⁴⁸ In causa C-368/10.

⁴⁹ Al punto 61 della pronuncia, si rinviene che "le specifiche tecniche possono essere formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali".

imponessa che taluni prodotti da fornire presentassero un'eco-etichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate.

Inoltre, i criteri di aggiudicazione apparivano incompatibili con la direttiva, a causa dell'attribuzione di un certo punteggio in presenza di determinati marchi di qualità, senza peraltro indicare i criteri sottesi a tali marchi di qualità, né aver autorizzato che fosse fornita con ogni mezzo appropriato la prova che un prodotto soddisfaceva tali criteri sottesi.

Infine, si era stabilito un livello minimo di capacità tecnica non autorizzato dalla direttiva stessa imponendo, a titolo di requisiti d'idoneità e di livelli minimi di capacità enunciati nel capitolato d'oneri applicabile nell'ambito del citato appalto, la condizione secondo la quale gli offerenti avrebbero dovuto soddisfare "i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese": le ditte inoltre avrebbero dovuto indicare, in sede di offerta, come venivano rispettati siffatti criteri contribuendo "al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e ad una produzione del caffè responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico", e ciò in palese contrasto con il principio di trasparenza.

Restano da ricordare le due celebri *Comunicazioni* rese dalla Commissione in *subiecta materia*.

La prima *Comunicazione Interpretativa*⁵⁰ datata 4 luglio 2001 ha ad oggetto "il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici".

In essa, la Commissione è assai precisa e puntuale nel ribadire che, come appare anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'obiettivo precipuo delle direttive sugli appalti pubblici è quello di evitare il rischio che, in sede di aggiudicazione,

venga riservata a priori la preferenza ad offerenti o candidati nazionali o, ancora, che considerazioni diverse da quelle economiche possano interferire in modo decisivo nelle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici: di qui la delicatezza del tema.

Le stesse considerazioni economiche, del resto, possono ben ricomprendere anche aspetti attinenti alla protezione dell'ambiente, ad esempio, il consumo di energia di un prodotto, di cui oggi si tiene correttamente conto attraverso il riferimento al ciclo vita del prodotto.

A questo riguardo, poi, anche il richiamo da parte della Commissione alla tematica delle c.d. esternalità appare interessante: si tratta, in effetti, di danni o vantaggi il cui costo non è sostenuto, in condizioni normali di mercato, dal responsabile del danno o dal fruitore del vantaggio e anche di questi ultimi, per l'appunto, si potrebbe ragionevolmente tenere conto nell'aggiudicazione dell'appalto in base all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dunque, la Commissione, pur in assenza all'epoca di riferimenti precisi nelle Direttive, concludeva nel senso che gli elementi ambientali possono legittimamente permettere di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora tali elementi comportino un vantaggio economico per l'ente aggiudicatore, attribuibile al prodotto o al servizio oggetto dell'appalto e si tratti di criteri indistintamente applicabili e non discriminatori.

Analogamente, la *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*⁵¹ precisa che è soprattutto nella fase di esecuzione (cfr. tuttavia le pronunce *Beentjes* e *Nord-Pas-de-Calais* già richiamate), ovvero "successivamente all'aggiudicazione", che un appalto pubblico può costituire uno

⁵⁰ COM(2001) 274 definitivo - Bruxelles, 4.7.2001.

⁵¹ Documento del 15.10.2001 COM(2001) 566 definitivo.

strumento con cui le Amministrazioni aggiudicatrici incoraggiano il perseguimento di obiettivi sociali compatibili con il diritto comunitario.

Siffatte clausole possono ricomprendere misure a favore di alcune categorie di persone e azioni positive per l'occupazione: in generale, osserva la Commissione, "qualsiasi amministrazione aggiudicatrice è libera, nel definire i prodotti o i servizi che intende acquistare, di scegliere di acquistare beni, servizi o opere che rispondano alle proprie esigenze in materia sociale, compresa la considerazione di varianti, a condizione che tale scelta non dia luogo a restrizioni di accesso all'appalto in questione, a danno degli offerenti di altri Stati membri".

Questa impostazione è stata alfine fatta propria dal Legislatore unionale, con le Direttive del 2014: ed invero, a tenore dell'art. 70 ("*Condizioni di esecuzione dell'appalto*"), è oggi previsto che "le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Queste condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione"⁵².

Va, infine, segnalato che il considerando n. 91 della Direttiva 2014/24/UE prevede opportunamente che l'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.

⁵² Si veda anche la recente Comunicazione della Commissione «Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)» (2021/C 237/01).

Le Direttive, pertanto, chiariscono in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo.

E' evidente, comunque, che il ricorso a questi criteri non potrà che avvenire, ragionevolmente, avendo sempre a mente l'oggetto specifico del contratto (i criteri non economici devono essere in altri termini "*contract specific*"), senza arrecare discriminazione di sorta, in forma trasparente e soprattutto cercando di evitare che l'interferenza di siffatti criteri abbia l'effetto in concreto di impedire la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di prezzo/qualità di cui agli artt. 67 e 68 della Direttiva 24/2014/UE.

In altre parole, e sia pure avendo riguardo ad una nozione ampia del principio di concorrenza, l'intrusione di criteri non economici non può essere tale da distorcere l'effettivo gioco della stessa e la ricerca del *best value for money*.

P. PIVA

Bibliografia

S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londra, 2005; Ch. Bovis, *Public Procurement and the Internal Market of the 21st Century: Economic Exercises versus Public Policy*, in *EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal Order*, capitolo 17, nonché Ch. Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006, 177 ss.; M. Campo Comba, *Non-economic Objectives Under 101 TFUE: Recent Trends*, in AA.VV., *Public and Private enforcement of EU competition law in the age of big data*, L. Calzolari, A. Miglio, C. Cellerino, F. Croci, J. Alberti eds., Torino, 2024, pp. 56 ss.; R.

- Caranta – S. Richetto, *On Self-cleaning*, in AA.VV., *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*: Burgi, M. Trybus, S. Treumer eds., Copenhagen, 2016, pp. 275 ss.; S. Dettori, *Commento sub art. 68*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2013, 983 ss.; D.C. Dragos – B. Neamtu, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in AA.VV. *Modernising Public Procurement: The New Directive*, F. Lichére, R. Caranta, S. Treumer eds., Copenhagen, 2014; J. Faull & A. Nipkay, *The EC Competition Law*, II ed., Oxford, 2007; I. Lianos – V. Korah with P. Siciliani, *Competition law, Analysis, cases and materials*, Oxford, I ed., 2019; T. K. Hervey, *If Only IT Were So Simple: Public Health Services and EU Law*, in AA.VV., *Market Integration and Public Services in the European Union*, ed. M. Cremona, Oxford, 2011, 179 ss.; G. Gormely, in AA.VV., *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, L. Gormley eds., *ERA Volume 24*, Colonia, 1997; C. Harlow – R. Rawlings, *The Pathways Model and Steering: Public Procurement*, pp. 142 ss. in C. Harlow – R. Rawlings, *Process and Procedure in EU Administration*, Oxford, 2014; J.-C. Piris, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010; P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in AA.VV. *I Contratti pubblici di lavori, Servizi e Forniture*, Milano 2014, Tomo I, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, p. 779-845; L. Radicati Di Brozolo, M. Gustaffson, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2002; M. Salerno, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra discrezionalità delle amministrazioni e principi comunitari*, in AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio – M. Cozzio, Milano, 2012, 351 ss.; A. Sánchez Graells, *Public procurement and the EU Competition rules*, Oxford-Portland, 2011; J. E. Stiglitz, in *Public Goods In Open Economies With Heterogeneous Individuals*, Working Paper No. 802 National Bureau Of Economic Research Working Paper Series, 1981; P. Trepte, *Public Procurement in the EU*, II ed., Oxford, 2007; P. Van Den Bosche -D. Prévost, *Essentials of WTO*, Cambridge, 2021, R. Whish-D. Bailey, *Competition law*, 10th ed., Oxford, 2021.

APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEI DIVIETI ANTITRUST

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** L'applicazione extraterritoriale degli artt. 101 e 102 TFUE: la prassi della Commissione. – **III.** (*Segue*): I poteri di accertamento della Commissione. – **IV.** I criteri utilizzati dalla Corte di giustizia. – **V.** (*Segue*): la sentenza "Pasta di legno" e gli sviluppi successivi. – **VI.** La giurisprudenza del Tribunale. – **VII.** La teoria degli effetti nella legislazione. – **VIII.** (*Segue*): mercato digitale e applicazione extraterritoriale della disciplina antitrust. – **IX.** Gli accordi bilaterali e multilaterali.

I. Introduzione

Il fenomeno dell'applicazione extraterritoriale del diritto interno, se è ben conosciuto al diritto internazionale privato, ha sollevato numerosi problemi nell'ambito del diritto internazionale pubblico che, com'è noto, vieta agli Stati, in applicazione dell'obbligo di non ingerenza negli affari interni di altri Stati, di svolgere qualsiasi attività, attraverso i propri organi, in territorio altrui, senza il consenso dello Stato ospite. In particolare, il dibattito si è concentrato sull'applicazione extraterritoriale della disciplina della concorrenza, perché in tale settore si registrano importanti e intricate correlazioni fra mercato (globale) e Stato, fra ambito di intervento privato e ambito di intervento pubblico. Infatti, l'applicazione delle regole sulla concorrenza di un qualsiasi Stato implica la valutazione automatica della loro efficacia extraterritoriale, ovvero la determinazione degli effetti su fatti o comportamenti lesivi della concorrenza che siano venuti in essere all'estero. Accade cioè, non di rado, che una pratica anticoncor-

renziale non esaurisca i suoi effetti entro i confini spaziali di uno Stato (ove le imprese in questione hanno la loro sede e/o i loro affari), ma li travalichi, producendo i suoi effetti – talvolta i suoi principali effetti – sul territorio di un altro Stato.

Nondimeno, l'applicazione delle regole sulla concorrenza di uno Stato a comportamenti tenuti da imprese straniere all'estero ha frequentemente incontrato la ferma opposizione da parte degli Stati stranieri interessati, che si è tradotta, talvolta, in proteste diplomatiche volte a far valere lamentate violazioni di sovranità, ma, molto più spesso, nell'adozione di legislazioni *ad hoc* dirette a neutralizzare gli effetti extraterritoriali delle norme in questione. Tali legislazioni, note come *blocking statutes* o *lois de blocage*, impediscono l'esercizio dei poteri delle Autorità degli Stati stranieri, vietando la produzione di prove dinanzi ad un Tribunale o ad Autorità amministrativa, oppure proibendo il rispetto dei comandi e/o delle direttive emanate da Autorità straniere, ovvero negando il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze pronunciate da tribunali stranieri. In generale, le disposizioni di blocco attribuiscono larghi poteri di intervento, per lo più discrezionali, ad alcune Autorità dello Stato del foro, al fine di far rispettare i divieti da esse stabiliti e fissano sanzioni in caso di inottemperanza delle loro prescrizioni.

Le disposizioni e la prassi hanno origini antiche, ma anche in casi più recenti la Commissione ha avviato le sue indagini e preso le sue decisioni nei confronti di imprese con sede in Paesi Terzi, sulla base di criteri di cui si dirà a breve¹.

¹ V. *infra* nota 25.

Ai limiti introdotti dalle legislazioni di blocco vanno aggiunti quelli eventualmente imposti da norme di diritto internazionale generale al potere degli Stati di attribuire alle disposizioni *antitrust* un determinato ambito di applicazione e di garantirne, in via giurisdizionale o strettamente amministrativa, l'attuazione. Tali limiti vanno ricostruiti in relazione alla volontà dello Stato del foro di portare ad attuazione, al proprio interno, taluni comandi normativi aventi efficacia extraterritoriale. Pertanto, il potere normativo dello Stato potrebbe essere esercitato legittimamente sul suo territorio, ma risultare illegittimo se e in quanto destinato a produrre effetti all'estero.

In questa prospettiva, vanno considerate tanto le norme che eventualmente decretino l'illegittimità di uno o più criteri di collegamento, isolatamente considerati, che lo Stato può utilizzare per definire l'ambito di applicazione delle proprie disposizioni sulla concorrenza; quanto quelle che stabiliscano criteri utili a dirimere conflitti tra le legittime pretese di due o più giurisdizioni statali.

In ogni caso, la ricerca di principi generali idonei a porre margini alla competenza normativa o a quella giurisdizionale di uno Stato va svolta con riferimento ad una precisa fattispecie e al conflitto che in ordine alla medesima si instaura tra le contrapposte pretese sovrane di due o più Stati. Di conseguenza, il giudizio sulla legittimità di un determinato criterio di collegamento ha valore soltanto qualora risponda all'esigenza di risolvere in concreto una controversia.

Guardando alla pratica della regolazione extraterritoriale della concorrenza, l'aspetto più importante (e grave) è quello dell'asimmetria tra normazione e prassi. In realtà, alcuni comportamenti ritenuti illegali in un Paese sono autorizzati in un altro; talvolta le Autorità competenti sono riluttanti a condannare pratiche che chiaramente falsano la concorrenza;

oppure *species* aventi caratteristiche strettamente analoghe sono oggetto di giudizi discordanti. Inoltre, il raccordo tra Autorità appare estremamente fragile e occasionale. Di sovente, è difficile ottenere da Autorità di altri Paesi le informazioni ed è ancora più faticoso far eseguire le decisioni adottate o riscuotere ammende.

Ancora più spesso si generano i conflitti di giurisdizione che sono risolti, sulla scorta della giurisprudenza della Corte suprema USA, alla luce della cortesia internazionale e del bilanciamento degli interessi². Più precisamente, si ritiene competente il foro che abbia un forte interesse ad occuparsi della fattispecie rispetto a quello degli altri Stati. Tale interesse viene individuato in considerazione: del grado di conflitto tra le varie legislazioni nazionali; della nazionalità, della sede o del centro di interessi delle parti; dell'effettiva possibilità di applicare le proprie norme da parte degli Stati coinvolti; del grado di pregiudizio per il commercio dei singoli Stati; della prevedibilità di tali effetti.

II. L'applicazione extraterritoriale degli artt. 101 e 102 TFUE: la prassi della Commissione

Nell'ordinamento dell'Ue, l'ambito di applicazione della normativa sulla concorrenza risulta semplificato dal dettato degli artt. 101 e 102 TFUE che condiziona l'operatività delle due disposizioni all'esistenza di un effetto anticoncorrenziale delle pratiche vietate sul territorio del mercato interno. Pertanto, tale disciplina si estende potenzialmente a tutti i comportamenti che, pur posti in essere all'estero, producano effetti distorsivi sul libero gioco della concorrenza nell'Ue.

² Famoso il caso "Timberlane Lumber Co.v. Bank of America", 1976 9th, risolto attraverso il *balancing test*.

La chiarezza delle norme in parola ha influito sulla cospicua prassi delle istituzioni dell'Ue. Tale prassi risulta caratterizzata dall'utilizzo di criteri diversi, richiamati per giustificare l'applicazione extraterritoriale di tali disposizioni e, di conseguenza, la competenza delle istituzioni. Invero, mosse dalla volontà (e dunque dall'interesse) di estendere oltre i confini dell'Ue la disciplina in parola, soprattutto per salvaguardare il libero gioco della concorrenza nel mercato interno, le istituzioni hanno dovuto basare le loro decisioni sui criteri più idonei al loro scopo, in ragione delle peculiarità della fattispecie da regolamentare.

In particolare, la Commissione ha adoperato il principio degli effetti in ogni sua decisione, apportando nel tempo talune importanti specificazioni. Il giudice dell'Ue, invece, talvolta ha ripreso la teoria degli effetti, talaltra si è basato sulla c.d. teoria dell'unità del gruppo di imprese, che considera come una sola entità il gruppo economico formato dalla società madre e dalle sue affiliate, altre volte ancora ha fatto riferimento alla teoria dell'attuazione. Parimenti il legislatore dell'Ue ha oscillato tra le diverse teorie.

La posizione della Commissione appare rigorosa e coerente sin dalle prime decisioni del 1964³. Alla luce del principio degli effetti, tale istituzione ha indirizzato le sue decisioni sia ad imprese stabilite nell'Ue sia ad imprese stabilite al di fuori del suo territorio⁴, ritenendo che non avesse alcun rlie-

vo la localizzazione della sede delle imprese responsabili di una restrizione alla concorrenza, ma dovessero essere presi in considerazione soltanto gli effetti prodotti all'interno del mercato comune dalle medesime restrizioni. Pure, attraverso un processo di perfezionamento del principio e di affinamento dei presupposti per il suo corretto funzionamento, la Commissione è giunta ad attribuire rilievo soltanto agli «effetti diretti ed immediati, ragionevolmente prevedibili e d'importanza sostanziale nell'ambito del mercato comune»⁵. E, in presenza di situazioni particolarmente complesse, tale Istituzione ha sempre ribadito l'importanza degli «effetti qualificati» con argomentazioni approfondite e adeguatamente costruite e collegate. Anche negli ultimi anni, essa ha fondato le sue decisioni sulla teoria degli effetti sia semplici («Gazprom», «Intel», «Candele di accensione»⁶, «Compagnie di trasporto marittimo di veicoli a motore»⁷, «Booking Holdings Inc.»⁸) sia sostanziali, immediati e prevedibili («Qualcomm»⁹). Anche la famosa saga «Google Shopping», ha visto la Commissione multare Google per 2,42 miliardi di euro, nonostante la società avesse sede negli Stati Uniti. Difatti, la Commissione ha ritenuto che la sua condotta avesse un impatto significativo sul mercato europeo, in quanto diretta a favorire il proprio servizio di comparazione

³ Cfr. le Decisioni dell'11 marzo 1964, *Grosfillex-Fillistorf* e del 10 giugno 1964, *Benedix-Mertens et Straet*, in G.U. n. 58 del 9 aprile 1964, e n. 92 del 10 giugno 1964, rispettivamente.

⁴ Decisione del 24 aprile 1996, *Gencor-Lonrho*, in G.U. L 11 del 14 gennaio 1997. Con Decisione del 28 giugno 2000, (caso COMP/M.1741- *MCI WorldCom/Sprint*, in G.U. L 300 del 18 novembre 2003), la Commissione ha ritenuto incompatibile con il mercato comune una concentrazione tra due imprese – la WorldCom Inc. e la Sprint Corp. – attive nel settore delle telecomunicazioni a livello mon-

diale ed aventi sede negli Stati Uniti. Sul punto v., anche, Trib. Ue 28 settembre 2004, causa T-310/00, «MCI/Commissione».

⁵ In tal senso le conclusioni della Commissione nel caso «Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation/Commissione». C. giust. 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73.

⁶ La decisione coinvolgeva anche un'impresa giapponese – C (2018) 929.

⁷ C (2018) 983.

⁸ C (2023) 6376.

⁹ Decisione del 31 marzo 2017, C (2017) 2258 final. V. anche la decisione sui premi di esclusiva del 24 gennaio 2018, C (2018) 240.

prezzi nei risultati di ricerca, a scapito dei concorrenti¹⁰.

III. (*Segue*): i poteri di accertamento della Commissione

La *ratio* sottesa all'applicazione extra-territoriale del diritto dell'Unione è, dunque, che chiunque intenda operare nel mercato interno deve rispettarne le regole. Anche di carattere procedurale¹¹. Infatti, è stato affermato che la Commissione può utilizzare i suoi poteri di accertamento al fine di scoprire qualsiasi comportamento che possa ledere il commercio tra Stati membri e abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Ciò vale a dire che essa può effettuare un accertamento nei locali di un'impresa se sospetta l'esistenza di un'intesa o di una pratica concordata i cui effetti si manifestano esclusivamente o anche sul mercato comune; per contro, non può esaminare documenti relativi a pratiche o intese che abbiano effetti soltanto al di fuori dell'Ue. Essa può altresì sequestrare ed esaminare documenti aziendali riguardanti progetti in Paesi terzi, ad esempio qualora tali documenti forniscano indicazioni sul funzionamento di un'intesa operante a livello mondiale oppure qualora i progetti di cui trattasi, a causa del loro stretto collegamento con operazioni interne all'Unione, possano esplicare a loro volta effetti sul mercato interno. È sufficiente cioè il dubbio che la documentazione oggetto di sequestro possa scoprire comportamenti che abbiano

effetti anticoncorrenziali per giustificare l'esercizio di poteri di accertamento da parte dalla Commissione.

Sempre in tale prospettiva potrebbe risolversi la vecchia questione se l'extraterritorialità degli artt. 101 e 102 TFUE possa colpire anche i cartelli tra imprese straniere che impediscano o ostacolino l'ingresso di imprese europee in mercati esteri. Sulla sorta delle statuizioni "Intel" si tratterebbe di valutare se fattispecie del genere abbiano un effetto immediato sostanziale e prevedibile nell'Unione. Chiaramente, andrebbe provato l'interesse dell'Unione a proteggere tanto le proprie imprese operanti su mercati globali, quanto la struttura o il livello di concorrenza nel mercato interno dall'indebolimento delle imprese europee dovuto a condotte anticompetitive subite su mercati esteri.

Al riguardo, risultano significative talune decisioni della Commissione relative ai casi di concentrazione fra imprese non stabilite sul territorio dell'Unione, ma assoggettate al suo controllo ai sensi del reg. 139/2004 e da essa autorizzate: ad esempio, Google e Motorola; Facebook e Whatsapp. In questi casi la Commissione ha lavorato assieme alla *Federal Trade Commission* americana, all'autorità australiana, a quelle cinese, canadese e sudcoreana. Pure vanno ricordate decisioni per pretesa violazione dell'art. 102 TFUE inviate a imprese molto note, quali Google¹² e la russa Gazprom¹³.

¹² V. *supra*.

¹³ Abuso di posizione dominante per Gazprom che ha messo in atto alcune pratiche commerciali scorrette nei mercati del gas dell'Europa centrale e orientale. La Commissione era giunta alla conclusione preliminare secondo la quale Gazprom avrebbe violato tali norme in taluni Paesi dell'Unione europea (Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia), praticando una politica dei prezzi sleale e subordinando le proprie forniture di gas all'assunzione di impegni di altra natura da parte dei rivenditori all'ingrosso per quanto riguarda le infrastrutture di trasporto del gas.

¹⁰ La decisione è stata confermata dalla C. giust. Ue con sentenza del 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, "Google e Alphabet/Commissione (Google Shopping)".

¹¹ Cfr. C. giust. Ue 25 giugno 2014, causa C-37/13 P, "Nexans".

Con riferimento alle concentrazioni, la Commissione è stata investita del compito di esaminare operazioni di tal genere, ai sensi dell'art. 22, par. 1, del reg. 139/2004, qualora la concentrazione sia diretta ad incidere sul commercio tra Stati membri e sulla concorrenza nel territorio dell'U¹⁴.

IV. I criteri utilizzati dalla Corte di giustizia

Sebbene la Corte abbia rivenuto la legittimità della sua competenza e, dunque, l'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust Ue su teorie e criteri di natura differente¹⁵, ha sempre mirato a riportare sotto il suo controllo tutti i casi in cui la pratica anticoncorrenziale alterava – direttamente o indirettamente, di fatto o in potenza¹⁶ – il commercio tra gli Stati membri o la struttura stessa del mercato interno. A tal fine, non sono mancate le ipotesi in cui i medesimi giudici hanno fatto ricorso, sia pure solo per implicito, alla teoria degli effetti, senza peraltro dimostrarne la vigenza nell'ordine comunitario. Ad esempio, nel caso “Beguelin”, del 1971, hanno affermato che, qualora gli effetti di un accordo

restrittivo della concorrenza si fossero prodotti sul territorio comunitario, non avrebbe costituito ostacolo all'applicazione delle regole comunitarie il fatto che un'impresa, parte di tale accordo, avesse la sua sede nel territorio di uno Stato terzo¹⁷. Altre volte, i giudici dell'Ue hanno esteso l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE a società di Paesi terzi basandosi sulla teoria dell'unità del gruppo di imprese (o della singola entità economica), secondo la quale sono soggette alle norme *antitrust* dell'Ue quelle imprese che, pur avendo la sede all'esterno dell'Unione, annoverano tra le sue controllate società stabilite in uno Stato membro. Al riguardo, va ricordato il caso “Materie coloranti” (“Dyestuffs” o “Ici”)¹⁸: un'impresa con sede nel Regno Unito (all'epoca ancora non Stato membro) che controllava una società con sede in Belgio. Nello specifico, la controllante aveva dato istruzioni alla controllata perché partecipasse ad una pratica concordata tra numerosi produttori di materie coloranti con la quale erano stati fissati i prezzi dei prodotti¹⁹. La Corte, schivando il grosso problema delle implicazioni della dottrina degli effetti sull'esercizio dei poteri da parte delle istituzioni, legittimava la competenza della Commissione sulla base di un mero criterio di territorialità, ovvero sul “principio dell'unità economica dell'impresa” o “dell'unità di comportamento”. E, di conseguenza, imputava alla società madre il comportamento anticompetitivo della società partecipata, specificando che allorché una società stabilita in uno Stato terzo avesse utilizzato il suo potere di decisione per imporre ad una affiliata comunitaria una decisione in materia di prezzi concordata

¹⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, decisione C (2021) 2847 final della Commissione europea, del 19 aprile 2021, relativa all'operazione di concentrazione diretta all'acquisizione da parte della Illumina del controllo esclusivo della Grail. La decisione è stata impugnata dinanzi al Trib.Ue, (13 luglio 2022, Illumina/Commissione, causa T-227/21) e avverso la sentenza è stata poi chiamata a pronunciarsi la C. giust. 3 settembre 2024, cause riunite C-611/22 P e C-625/22 P.

¹⁵ C. giust. Ue 14 luglio 1972, causa 48/69, “Imperial Chemical”, punto 134; 21 febbraio 1973, causa 6/72, “Europemballage Corporation e Continental Can Company”, punto 16; C. giust. Ue “Istituto Chemioterapeutico”, cit., punto 36.

¹⁶ C. giust. Ue 30 giugno 1966, causa 56/65, “LTM-MBU”, in Racc., 1966, p. 261; 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, “Costen and Grunding”, in Racc., 1966, p. 457.

¹⁷ C. giust. Ue 25 novembre 1971, causa 22/71, “Béguelin”, in Racc., 1971, p. 949, punto 10/12.

¹⁸ Si fa riferimento a C. giust. Ue “Imperial Chemical”, cit., punto 134.

¹⁹ Cfr., le conclusioni dell'avvocato generale, in “Istituto Chemioterapeutico”.

con altre imprese sarebbe incorsa in una pratica vietata dall'attuale art. 101 TFUE. Va rilevato che la prudenza del giudice di Lussemburgo era dettata non soltanto dalla volontà di respingere formalmente il principio dell'effetto, a causa delle note controversie sull'autonomia delle società figlie, ma anche dalla volontà di aprirsi a criteri più lineari e, quindi, di più semplice applicabilità.

La teoria del gruppo di imprese, che successivamente ha avuto una vasta eco sul fronte dell'applicazione extraterritoriale²⁰, va comunque valutata criticamente alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art. 6 della CEDU, giacché le sanzioni *antitrust*, che hanno natura "quasi penale", e gli illeciti delle imprese figlie vengono imputati alle imprese madri.

V. (*Segue*): la sentenza "Pasta di legno" e gli sviluppi successivi

Nelle ipotesi in cui la Corte non abbia potuto servirsi della teoria dell'unità del gruppo economico, per mancanza di controllate "agenti" sul territorio dell'Unione, ha adoperato la c.d. "teoria dell'attuazione" (*implementation theory*). Elaborata sulla base del principio di territorialità oggettiva (regolamentazione da parte dello Stato di atti compiuti sul proprio territorio). Tale teoria è stata espressa per la prima volta nella storica sentenza "Pasta di legno"²¹,

che nasce dal ricorso presentato da quarantuno produttori di pasta di legno, tutti stabiliti fuori dalla (allora) Comunità, contro la decisione della Commissione del 19 dicembre 1984, relativa ad un procedimento di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza²². Il ricorso si fondava sul presunto illegittimo esercizio, secondo il diritto internazionale, della competenza extraterritoriale dell'Ue.

Nella decisione impugnata, la Commissione confermava la sua tradizionale adesione alla dottrina degli effetti e riteneva applicabile la disciplina *antitrust* comunitaria alle operazioni e ai comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da imprese site in Stati terzi, allorché essi fossero attuati nel (o anche nel) territorio comunitario e producessero, in questo, effetti rilevanti. Pure, l'avvocato generale ribadiva con fermezza la validità della teoria degli "effetti qualificati" e collegava, quindi, l'esercizio della competenza comunitaria alle conseguenze di comportamenti *antitrust* previamente e specificamente determinati (effetti diretti, immediati, ragionevolmente prevedibili e sostanziali).

Sebbene gli elementi di fatto e di diritto della fattispecie implicassero almeno una generica valutazione del criterio degli effetti, ancora una volta, la Corte evitava con disinvoltura lo scoglio e affermava che l'accertamento di una violazione della disciplina comunitaria richiedeva due elementi: i) la conclusione di un accordo tra le imprese; ii) l'attuazione di tale accordo. Pertanto, il divieto di intese anticoncorrenziali trovava applicazione

²⁰ V. anche C. giust. Ue 31 ottobre 1974, causa 15/74, "Centrafarm BV e De Peijper/Sterling Drug", in Racc., 1974, p. 1147, punto 41; 14 febbraio 1978, causa 27/76, "United Brands Company", in Racc., 1978, p. 207, punto 28; 20 giugno 1978, causa 28/77, "Tepea BV", in Racc., 1978, p. 1391, punto 47; 13 febbraio 1979, causa 85/76, "Hoffmann-La Roche", in Racc., 1979, p. 461, punto 122.

²¹ C. giust. Ue 28 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, e 125-129/85, "Pasta di legno", in Racc., 1988, p. 5193 ss.

²² Decisione del 19 dicembre 1984, *Pasta di legno*, 85/202/CEE in G.U. L 85 del 26 marzo 1985. In particolare, la Commissione riteneva incompatibile con la disciplina comunitaria rilevante una pratica concertata tra produttori di pasta di legno stabiliti negli Stati Uniti, in Svezia, in Canada, in Finlandia, in Norvegia, in Portogallo e in Spagna e tra numerose associazioni professionali con la quale venivano fissati i prezzi dei loro prodotti.

anche nei confronti di imprese non comunitarie sia che operassero direttamente all'interno del mercato comune; sia che agissero per il tramite di affiliate stabilite nel territorio comunitario; sia, infine, che si limitassero a commercializzare in ambito comunitario i propri prodotti, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento.

Dunque, il luogo dove l'intesa era "posta in atto" diventava l'elemento fondante la legittimità dell'esercizio della competenza comunitaria soprattutto qualora, come nella specie, l'intesa si realizzava all'interno del mercato comune (c.d. criterio "dell'implementazione"). Ne conseguiva che, per l'attuazione della normativa comunitaria, fosse sufficiente un legame ragionevole tra la pratica anti-concorrenziale ed il territorio del mercato interno.

La rigida interpretazione ed applicazione del principio di territorialità oggettiva ha sollevato però numerosi dubbi e perplessità. Non va sottovalutata, in primo luogo, la potenziale discriminazione tra imprese Ue ed imprese non Ue. Difatti, agli accordi conclusi tra le prime che, di fatto o in potenza, impediscono, restringono o falsano la concorrenza è in ogni caso applicabile il divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE. Viceversa, gli accordi conclusi tra o con imprese non Ue sono vietati soltanto qualora producano un effetto all'interno dell'Ue. In secondo luogo, va considerata la difficoltà a giustificare la competenza di diritto dell'Unione rispetto a condotte omissive realizzate all'esterno; ovvero, se la *condicio sine qua non*, perché la disciplina dell'Ue sia operativa, è l'attuazione dell'accordo nel mercato interno, appare improbabile l'applicazione di tale disciplina alla categoria degli accordi che impongano obblighi di «non fare». Non ricadono, cioè, nel divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE, quelle pratiche che, impedendo un determinato comportamento, favoriscano

talune imprese e, di conseguenza, alterino il gioco della concorrenza.

Proprio in considerazioni di tali critiche, la Corte ha preferito, quando possibile, riprendere la teoria dell'unità economica. In tal senso, infatti, chiamata a pronunciarsi nel caso "Innolux", a seguito dell'impugnazione della sentenza del Tribunale, ha ribadito che, secondo costante giurisprudenza, «la nozione di impresa, inserita nel contesto del diritto della concorrenza, deve essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica, anche se, sotto il profilo giuridico, questa unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche»²³. Alla stessa stregua, nel caso "LG Electronics", ha sostenuto che «il gruppo LPD e le sue controllanti costituivano certamente un'impresa integrata verticalmente»²⁴.

Nondimeno, la teoria degli effetti qualificati è tornata all'attenzione della Corte con atti depositati presso la cancelleria tra il 7 e il 17 giugno 2023²⁵. Difatti, essa è stata chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione di talune sentenze del Tribunale²⁶, per ottenere l'annullamento della decisione della Commissione europea, del 17 marzo 2017,

²³ C. giust. Ue 9 luglio 2015, causa C-231/14 P. V. anche 12 luglio 1984, causa 170/83, "Hydrotherm Gerätebau", punto 11, nonché 29 settembre 2011, causa C-520/09 P, "Arkema", punto 37.

²⁴ C. giust. Ue 14 settembre 2017, causa C-588/15.

²⁵ Cause C-367/22 P, C-369/22 P, C-370/22 P, C-375/22 P, C-378/22 P, C-379/22 P, C-380/22 P, C-381/22 P, C-382/22 P, C-385/22 P, C-386/22 P, C-401/22 P e C-403/22 P.

²⁶ Trib. Ue 30 marzo 2022, causa T-323/17, "Martinair Holland/Commissione"; causa T-324/17, "SAS Cargo Group e a./Commissione"; causa T-325/17, "Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Commissione"; causa T-326/17, "Air Canada/Commissione"; causa T-334/17, "Cargolux Airlines/Commissione"; causa T-337/17, "Air France-KLM/Commissione"; causa T-338/17, "Air France/Commissione"; causa T-340/17, "Japan Airlines/Commissione"; T-341/17, "British Airways/Commissione"; causa T-342/17, "Deutsche Lufthansa e a./Commissione"; causa T-343/17, "Cathay Pacific Airways/Commissione"; causa T-344/17, "Latam Airlines Group e Lan Cargo/Commissione".

relativa a un'intesa sotto forma di infrazione unica e continuata nel mercato dei servizi di trasporto aereo di merci. Per quanto qui di interesse, tra i motivi di impugnazione è stata contestata la competenza della Commissione a constatare un'infrazione alla luce del solo criterio degli «effetti qualificati».

In attesa della sentenza, è opportuno segnalare che l'avvocato generale Rantos, nelle sue conclusioni presentate il 5 settembre 2024, ha ricordato che il criterio degli effetti qualificati è generalmente ammesso nel diritto internazionale pubblico, «in quanto principio giurisdizionale che consente di applicare il diritto nazionale della concorrenza in presenza di effetti economici, sul territorio nazionale, di pratiche poste in essere all'esterno di tale territorio da imprese parimenti stabilite al di fuori di esso (vale a dire, l'applicazione "extraterritoriale" di tale diritto)»²⁷. Su tale premessa ha riconosciuto la competenza della Commissione ad applicare le regole di concorrenza dell'Unione e del SEE e sanzionare una violazione dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, soggetta solo al criterio (sostanziale) della restrizione della concorrenza (per oggetto o per effetto) all'interno del mercato interno.

Va notato che taluni problemi, per così dire in una prospettiva rovesciata, sono stati sollevati con riguardo alle piattaforme online. Ad esempio, il 18 gennaio 2024 è stata sottoposta alla Corte una questione pregiudiziale, dal Rechtbank Amsterdam (Paesi Bassi) con la quale è stato chiesto se ai fini della constatazione di un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, sia rilevante che la piattaforma online gestita da Apple, in linea di principio sia accessibile in tutto il mondo²⁸.

VI. La giurisprudenza del Tribunale

Anche il Tribunale si è mosso tra il criterio degli effetti e quello dell'attuazione, facendo ricorso ora all'uno ora all'altro per giustificare l'applicazione delle regole Ue *antitrust*. Difatti, in taluni casi ha utilizzato e finanche chiarito la teoria dell'implementazione. Così, nel caso "Gencor"²⁹ e, più di recente, nel caso "Innolux"³⁰ ha precisato che, qualora il requisito dell'attuazione sia soddisfatto, «la competenza della Commissione ad applicare le norme dell'Unione in materia di concorrenza nei confronti di [violazioni dell'art. 101 TFUE] trae fondamento nel principio di territorialità che è universalmente accolto nel diritto internazionale pubblico». Per poi aggiungere che «il criterio dell'attuazione di un'intesa come elemento di collegamento della stessa con il territorio dell'Unione viene soddisfatto con la semplice vendita del prodotto oggetto del cartello all'interno di quest'ultima, a prescindere dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione».

Mentre, nel caso "ICF" (*Industries chimiques du fluor*), ha confermato la decisione sanzionatoria della Commissione concernente un'intesa sul mercato mondiale del fluoruro di alluminio, basata sulla teoria degli effetti, affermando che «il diritto della concorrenza dell'Unione è applicabile ad un'intesa che produca i suoi effetti nel territorio del mercato interno, a prescindere dal fatto che una delle imprese partecipanti ad un accordo sia situata in un Paese terzo»³¹.

Il Tribunale è giunto a riconoscere l'esistenza parallela e cumulativa delle due teorie, al fine di legittimare l'intervento della Commissione sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico ("Intel"). Ne deriva che qualora la competenza della

²⁷ Par. 32.

²⁸ Causa C-34/24, Stichting Right to Consumer Justice e Stichting App Stores Claims.

²⁹ Trib. Ue 25 marzo 1999, causa T-102/96.

³⁰ Trib. Ue 27 febbraio 2014, causa T-91/11.

³¹ Trib. Ue 18 giugno 2013, causa T-406/08.

Commissione possa essere accertata sulla base della realizzazione del comportamento di cui trattasi nell'Unione, non è necessario esaminare l'esistenza degli effetti per stabilire tale competenza. Alternativamente «per giustificare la competenza della Commissione secondo le norme del diritto internazionale pubblico, è sufficiente che i criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile nell'Unione siano soddisfatti»³², senza che risulti necessario dimostrare pure che la condotta è attuata nell'Unione.

VII. La teoria degli effetti nella legislazione

La legislazione, dal canto suo, ha accolto la teoria degli effetti. Infatti, nelle «Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri» di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (oggi 101 e 102 TFUE)³³, la Commissione ha chiarito che le disposizioni in questione si applicano agli illeciti «che sono in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri anche se una o più parti interessate sono situate al di fuori della Comunità, indipendentemente dal luogo dove le imprese sono situate o l'accordo è stato concluso, quando gli accordi o le pratiche sono posti in essere all'interno della Comunità o hanno effetti all'interno della Comunità».

Nel considerando 10 del Reg. 139/04, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, riprendendo con poche modifiche il considerando 11 del reg. 4064/89, è precisato che una concentrazione ha dimensione comunitaria qualora le imprese interessate superino determinate soglie di fatturato e svolgano attività sostanziali nel mercato interno, indipendentemente dal fatto che abbiano o meno, in tale mercato,

la loro sede o il loro campo principale di attività.

Inoltre, il tema dell'applicazione extraterritoriale della normativa europea della concorrenza ha assunto particolare rilievo nell'ambito dei procedimenti di clemenza dinanzi alla Commissione Ue³⁴. Infatti, la comunicazione dell'Unione sul trattamento sanzionatorio favorevole in vigore, precisa, nell'*incipit*, che essa «stabilisce le linee generali per ricompensare la cooperazione all'indagine della Commissione fornita da imprese che fanno o hanno fatto parte di cartelli segreti aventi ripercussioni negative sulla Comunità». Vale a dire che essa trova applicazione al di fuori del territorio dell'Unione, qualora sia stato posto in essere o vi sia la minaccia di un pregiudizio al mercato interno e ai consumatori europei. Sicché, con riferimento a tale problematica, trova conferma e attuazione la teoria degli effetti. E questo sia perché i procedimenti di *leniency* interessano imprese di nazionalità diverse, anche di Paesi extracomunitari, sia perché toccano interessi economici globali, sia perché coinvolgono solitamente gruppi societari aventi sede tanto nell'Ue quanto in altri Paesi. Si tratta, dunque, di procedimenti che richiedono un'effettiva ed efficace collaborazione tra la Commissione europea e le Autorità della concorrenza presenti nel mondo.

Peraltro, in generale, i casi di immunità dalla sanzione terminano con pronunce della Corte di giustizia sulla concessione del beneficio e/o sull'esatto importo dell'ammenda da irrogare. E, non di rado, accade che le imprese facciano valere, tra i

³² C. giust. Ue 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, «Intel», punto 18.

³³ 2004/C 101/07.

³⁴ Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese, in G.U.C.E. C 207 del 18 luglio 1996, sostituita dalla Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.C.E. C 45/3 del 19 febbraio 2002, a sua volta sostituita dalla Comunicazione del 2006, in G.U.C.E. C 298/17 dell'8 dicembre 2006.

motivi di ricorso, l'assoggettabilità a discipline non europee in ragione della propria sede legale al di fuori dell'Ue. Motivo che viene puntualmente rigettato dalla Corte in virtù della teoria degli effetti (v. ad esempio il caso "Tokai carbon"³⁵).

VIII. (*Segue*): mercato digitale e applicazione extraterritoriale della disciplina *antitrust*

La disciplina emanata più di recente dalle istituzioni europee per regolamentare le esigenze derivanti dalla transizione tecnologica e dallo sviluppo del mercato digitale riprende, riadattandole alle nuove fattispecie, le teorie già esaminate.

In particolare, l'Ue ha dovuto confrontarsi con una struttura di mercato di tipo oligopolistico e con alcune piattaforme che hanno raggiunto uno sviluppo tale da poter determinare, autonomamente, le condizioni di accesso a un mercato specifico. Questo fenomeno si verifica più frequentemente nel caso delle c.d. piattaforme "ecosistema", che permettono agli utenti non solo di fare ricerche e svolgere altre attività online, ma anche di operare come attori commerciali. In sostanza, esse funzionano sia come *marketplace* per operatori esterni sia come negozi virtuali che offrono prodotti.

Il contesto così articolato ha reso difficile affrontare le sfide dell'economia digitale attraverso le norme sulla concorrenza definite in passato.

I problemi si sono posti (e ancora si pongono), con riguardo agli elementi che devono essere presi in considerazione per l'applicazione della disciplina rilevante in materia. Il primo ostacolo si riscontra in relazione ai prezzi, giacché, nell'economia digitale, i servizi sono spesso offerti gratuitamente. Difatti, gli utenti, per accedere a un *social network* o effettuare ricerche online, scambiano i propri dati personali come forma di pagamento. La competizione tra le aziende non avviene, quindi, sui prezzi, come nei mercati tradizionali, ma si basa sui servizi offerti che hanno lo scopo di ottenere un maggior numero di dati da parte degli utenti, al fine di profilare meglio le loro preferenze.

Di talché, uno degli strumenti tradizionali per misurare la concorrenza, cioè il prezzo del prodotto o del servizio, perde di rilevanza. Inoltre, anche quando il prezzo entra in gioco come parte del contratto, le autorità antitrust non possono affidarsi a esso per individuare eventuali violazioni, in quanto la sua determinazione è il risultato di operazioni algoritmiche, che non implicano un vero accordo tra le parti, come richiesto dalle norme sulla concorrenza.

Un'altra difficoltà riguarda la definizione del mercato rilevante. A causa dell'assenza di confini fisici tipica del *web*, è complesso identificare con precisione il mercato geografico di riferimento. Per le piattaforme più diffuse, il mercato rilevante tende a coincidere con l'intero mondo e, peraltro, molte piattaforme operano in diversi mercati o gestiscono una varietà di attività commerciali, configurandosi come piattaforme "multiversante". Di conseguenza, anche la definizione del mercato del prodotto diventa estremamente complessa.

³⁵ Caso *Tokai Carbon* - COMP/37.667. Le imprese che avevano preso parte alle condotte anti-competitive erano otto: la Sgl Carbon Ag (Germania), la Carbone-Lorraine S.A. (Francia), la Ildem Co. Ltd, la Tokai Carbon Co. Ltd., la Toyo Tanso Co. Ltd., la Nippon Steel Chemical Co. Ltd. (Giappone), la Intech Edm B.V. (Olanda) e la Graftech International Ltd. (Stati Uniti), che ha ottenuto la piena immunità per aver informato la Commissione europea del cartello. Sulla questione v. altresì Trib. Ue 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, "Tokai Carbon" e C. giust. Ue 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, "SGL Carbon".

Infine, la stessa definizione di una posizione dominante solleva questioni complesse. Poiché i mercati digitali sono estremamente dinamici, una determinata quota di mercato potrebbe non riflettere una reale posizione di dominio, soprattutto se un'altra azienda è in grado di sviluppare un algoritmo più efficiente o di offrire un servizio in grado di ottenere maggior consenso da parte degli utenti. In altre parole, le posizioni dominanti potrebbero non avere la stabilità necessaria, che è invece un elemento fondamentale per la loro definizione.

In questo contesto, i rimedi tradizionali del diritto antitrust, come la nullità degli accordi anticoncorrenziali o la sanzione dell'abuso di posizione dominante, che di solito intervengono solo *ex post*, una volta che l'infrazione è avvenuta, sono non di rado risultati inadeguati. Ciò accade sia perché non affrontano efficacemente il problema delle posizioni oligopolistiche in un determinato momento, sia perché intervengono troppo tardi: ad esempio, quando l'algoritmo ha già fissato il prezzo o quando una piattaforma dominante ha già sfruttato i dati degli utenti per promuovere i propri prodotti a scapito dei concorrenti. A ciò si aggiunga che le sanzioni antitrust non sempre producono gli effetti desiderati, in quanto non possono modificare le preferenze degli utenti, che sono ormai abituati a una determinata piattaforma o *social network*.

In estrema sintesi, i *big data* hanno un valore che varia significativamente in base alla loro tempestività e quantità. Qualsiasi sanzione che intervenga in un secondo momento, con l'obiettivo di diffondere la conoscenza derivante dal loro possesso, risulta generalmente inefficace nel facilitare l'accesso al mercato per nuovi operatori.

Per far fronte a tali problematiche, l'Ue ha adottato normative che presentano un marcato carattere extraterritoriale.

Innanzitutto, un vero e proprio precursore dell'extraterritorialità è stato il Regolamento sulla protezione dei dati personali (cd. GDPR)³⁶, dal momento che è diretto a garantire parità di condizioni per le aziende attive nei mercati dell'Ue, in particolare, assicurando che tutte, siano esse stabilite nell'Ue sia in un Paese terzo, siano soggette alle stesse norme.

L'articolo 3, par. 2, del GDPR stabilisce infatti che le relative disposizioni si applicano a qualsiasi trattamento di dati personali effettuato nel contesto delle attività di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, che offre beni o servizi a soggetti nell'Unione e che monitora il comportamento di soggetti nell'Unione³⁷. In tal modo, tale norma si concentra sulla regolamentazione di attività che, sebbene condotte da imprese di Paesi terzi, hanno luogo nell'Ue.

Anche la Corte Ue, nella nota sentenza *Google Spain*, consapevole della portata globale delle problematiche sottese, ha affermato che la normativa dell'Unione sui dati personali si applica pure nel caso in cui i titolari del trattamento siano soggetti non europei e i dati medesimi vengano trattati prevalentemente fuori dal territorio Ue³⁸. In questo modo, essa ha inteso garantire un'adeguata tutela ai soggetti interessati e, al contempo, assicurare la libertà di concorrenza nel settore in questione.

³⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

³⁷ V. European Data Protection Board, Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Article 3), 2019, Version 2.1.

³⁸ C. giust. Ue 13 maggio 2014, causa C-131/12, "Google Spain e Google", punti 53-54. Sotto questo profilo, la Corte ha accolto una concezione flessibile di «stabilimento», sottolineando come l'art. 4 della direttiva 95/46/CE non esige che il trattamento dei dati debba essere effettuato dallo stesso stabilimento, ma è sufficiente che sia svolto nel contesto delle attività di quest'ultimo. V. altresì C. giust. UE 1° ottobre 2015, causa C-230/14, "Weltimmo", punti 25-29.

Più specificatamente, poi, con il DMA (*Digital Markets Act*)³⁹, il legislatore dell'Ue ha predisposto un quadro disciplinare completo di carattere orizzontale diretto ad assicurare condizioni di libera concorrenza nel mercato degli operatori digitali. Il suo ambito di applicazione si estende ai «servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei gatekeeper e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del servizio» (art.1, par. 2).

Più precisamente, il DMA vincola la sua applicazione alla definizione di *gatekeepers* che, ai sensi dell'art. 3, par.1, è tale se: «a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro». In estrema sintesi, il criterio fondamentale è quello che si basa sulla teoria degli effetti: l'offerta di servizi a consumatori nell'Unione, a prescindere dalla collocazione territoriale della sede sociale dell'operatore economico.

La disciplina dettata dal DMA è volta a trovare attuazione *ex ante*, in modo di anticipare l'effetto di garantire un mercato aperto e concorrenziale, che l'applicazione *a posteriori* della normativa antitrust, per le peculiari caratteristiche di questo settore economico, non sono in grado di assicurare.

³⁹ Regolamento 2022/1925, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

Di tenore quasi identico è il DSA (*Digital Services Act*)⁴⁰ che, come noto, introduce una serie di norme per regolamentare le responsabilità delle piattaforme online, specificatamente quelle che operano come intermediari tra i consumatori e i contenuti digitali, come i *social media*, i *marketplace* e i motori di ricerca. Esso adotta, però, un carattere verticistico, stabilendo che «si applica ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari».

In generale, va osservato che la disciplina definita dai due atti è applicabile ad attività che, attraverso gli strumenti digitali, sono svolte da soggetti che non sono stabiliti nel territorio dell'Unione, ma che in esso producono i loro effetti. Sia perché, in questo settore, è sempre più frequente il ricorso alla delocalizzazione delle imprese mediante la costituzione di società controllate in Paesi terzi, al fine di trarre profitto dal minor costo della forza lavoro, degli oneri sociali e del regime fiscale sia perché il web trascende da ogni limite territoriale.

Al fine di rendere più chiara l'applicazione delle regole, il DSA precisa, al considerando 8, che il «collegamento sostanziale con l'Unione dovrebbe considerarsi presente quando il prestatore di servizi è stabilito nell'Unione o, in mancanza di tale stabilimento, quando il numero di destinatari del servizio in uno o più Stati membri è significativo in relazione alla rispettiva popolazione, o sulla base dell'orientamento delle attività verso uno o più Stati membri».

È importante ribadire che, mentre ai fini dell'applicazione del DMA rilevano gli effetti dell'attività dei *gatekeepers*

⁴⁰ Regolamento 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

sul mercato interno, il DSA subordina la sua attuazione ad un'attività consistente nell'offrire servizi nell'Ue. Pure, è rilevante notare che i due atti, in considerazione delle finalità che perseguono – tutela della concorrenza e dei destinatari nei rapporti con le società multinazionali – hanno un'applicazione necessaria che deve essere assicurata a prescindere dall'eventuale attrazione del rapporto giuridico tra gestore della piattaforma e soggetto destinatario del servizio nell'ambito della legge di un Paese terzo.

Tanto l'applicazione extraterritoriale del DMA quanto quella del DSA sollevano una serie di sfide giuridiche. Tra i principali problemi, non va sottovalutata l'attenzione che le altre nazioni pongono sulla propria sovranità, in particolare gli Stati Uniti, dove hanno sede molte delle grandi piattaforme tecnologiche globali. Invero, il tentativo dell'Ue di applicare le proprie normative a piattaforme che operano principalmente fuori dal suo territorio può essere visto come un'ingerenza nelle questioni giurisdizionali interne.

Un altro ostacolo è rappresentato dalla pratica dell'*enforcement*. Se una piattaforma non europea rifiuta di conformarsi alle norme del DMA o del DSA, l'Ue potrebbe avere difficoltà nel far rispettare le proprie decisioni. Ad esempio, le autorità europee potrebbero non essere in grado di imporre sanzioni o di richiedere la modifica di determinati comportamenti se la piattaforma non ha una presenza fisica nell'Ue o se non esiste una cooperazione tra le giurisdizioni. Si segnala, sempre a titolo esemplificativo, che diverse multinazionali hanno cercato di aggirare le normative europee fiscali o di contestare le decisioni attraverso lunghe battaglie legali. Inoltre, il carattere dinamico dei mercati digitali rappresenta una sfida costante. Come già evidenziato, stabilire una posizione dominante in un mercato digitale è più complesso rispetto ai mercati tradizionali, data la rapida evoluzione tecnologica. Le

piattaforme possono rapidamente acquisire o perdere quote di mercato, e nuovi attori possono emergere con modelli di business innovativi, complicando ulteriormente l'applicazione del DMA in maniera coerente e tempestiva.

Altra questione è relativa alle divergenze normative. Le regole dei due atti potrebbero entrare in conflitto con le normative nazionali di altri Paesi. Ad esempio, negli Stati Uniti, la sezione 230 del *Communications Decency Act* offre una protezione significativa alle piattaforme online per i contenuti pubblicati dagli utenti, un principio che potrebbe entrare in conflitto con le regole più severe del DSA, che impone maggiori responsabilità alle piattaforme per la gestione dei contenuti illegali.

Purtuttavia, l'applicazione extraterritoriale rappresenta un'opportunità unica per l'Unione di affermarsi come leader globale nella regolamentazione delle piattaforme digitali. In un contesto in cui molte nazioni stanno ancora cercando di capire come gestire le grandi piattaforme tecnologiche, l'Ue potrebbe costituire un modello di riferimento per altri ordinamenti che intendono adottare normative simili (c.d. effetto Bruxelles).

In questa prospettiva si collocano le norme dettate dal Regolamento sull'IA che ha esteso ulteriormente il principio di extraterritorialità. Difatti, come si legge all'art. 3, le disposizioni si applicano a chiunque immetta sistemi di IA nel mercato europeo, anche se stabilito al di fuori dell'UE, ancorché sia previsto l'obbligo di nominare un rappresentante autorizzato nell'Ue, in modo da creare un legame territoriale ufficiale e sfuggire, almeno in prima battuta, all'intricate problematiche relative all'extraterritorialità.

Al di là di tali problemi, resta il fatto che non appena operano sul mercato europeo e raggiungono determinate soglie di dimensioni e fatturato, i "gatekeeper" per il DMA, gli "Internet Service Provider"

per il DSA e tutti gli operatori coinvolti nella catena di progettazione, produzione e diffusione di strumenti di intelligenza artificiale nell'AI Act sono vincolati al rispetto di obblighi *ex ante*, rispettivamente per prevenire pratiche sleali e violazioni del diritto della concorrenza, limitare la diffusione di contenuti illegali e la vendita di prodotti illeciti e favorire l'innovazione tecnologica nel rispetto dei diritti fondamentali. Modellati sul GDPR, questi testi normativi prevedono pesanti sanzioni corrispondenti a una percentuale del fatturato mondiale annuo dell'azienda interessata in caso di violazione.

Un altro tassello al complesso mosaico è stato inserito, seppure indirettamente, dalla direttiva sulla *due diligence* delle imprese ai fini della sostenibilità, del 13 giugno 2024⁴¹, il cui obiettivo principale è di proteggere i diritti fondamentali e l'ambiente nelle catene globali del valore, con un'esplicita ambizione extraterritoriale. Precisamente, il suo considerando n. 3 recita che la direttiva intende promuovere «il lavoro dignitoso in tutto il mondo».

Più specificamente, la dimensione extraterritoriale si manifesta in maniera indiretta, attraverso la regolamentazione della condotta delle filiali e dei subappaltatori delle imprese dell'Ue all'estero e, in maniera diretta, con la previsione dell'obbligo di diligenza a carico delle imprese extra-Ue (che generano un fatturato nell'Ue superiore a una certa soglia) per quanto riguarda le attività delle loro filiali e subappaltatori all'estero.

Va rilevato, tuttavia, che questa ricerca di condizioni di parità e la necessità di evitare distorsioni della concorrenza tra società di Stati membri diversi e tra società dell'Ue e società extra-Ue trova la sua *ratio*

più nell'esigenza di favorire il corretto funzionamento del mercato interno che in un vero e proprio collegamento territoriale dal punto di vista del diritto internazionale.

In effetti, le potenziali distorsioni della concorrenza che la nuova disciplina mira a prevenire non deriverebbero da comportamenti da regolamentare all'estero (danni ambientali, violazioni dei diritti umani, ecc.), ma dalla scelta dell'Ue di attribuire un ambito di applicazione più o meno ampio alle proprie disposizioni. In un certo senso, l'Ue cerca di estendere il proprio raggio d'azione extraterritoriale per evitare che le imprese dell'Ue siano soggette a normative più severe e costose nel mercato interno rispetto a quelle applicabili alle imprese straniere.

IX. Gli accordi bilaterali e multilaterali

Il sistema descritto è arricchito e completato da meccanismi di cooperazione e di coordinamento dell'attività delle Autorità competenti che sono stati predisposti, da un lato, per la crescente interdipendenza delle economie nazionali; dall'altro, per la notevole importanza che la corretta applicazione del diritto della concorrenza ha per il funzionamento dei mercati e degli scambi. Inoltre, come già notato, in mancanza di collaborazione tra Autorità competenti, il rischio di conflitti è molto alto tanto per la possibilità che siano adottate decisioni contraddittorie quanto per l'elevata probabilità che siano messi in causa gli interessi fondamentali di un altro Paese.

In tale contesto, vanno evidenziati gli effetti positivi della cooperazione tra la Commissione europea e l'*Antitrust Division del Department of Justice* (DOJ) degli Stati Uniti, instauratasi già da alcuni decenni. La collaborazione tra Unione e USA ha permesso la risoluzione, in via amministrativa e/o giudiziaria, dei procedimenti mediante conferma e applicazione della

⁴¹ Direttiva (UE) 2024/1760, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

teoria degli effetti formulata dalla giurisprudenza dell'Unione. La maggiore parte dei procedimenti recenti ha riguardato il settore delle telecomunicazioni, dei trasporti aerei e della tecnologia (ad esempio, i casi: "WorldCom/Mci", "General Electric/Honeywell", "Amadeus").

L'Ue opera di concerto con le omologhe Autorità degli Stati terzi anche nel quadro di accordi internazionali appositamente stipulati. Tale collaborazione spesso è accessoria alla politica commerciale, oppure è la prima tappa verso l'eventuale adesione. Sotto il primo profilo va osservato che, sebbene gli accordi commerciali non siano in principio diretti a regolare la concorrenza tra le parti, accanto a generici obblighi politici di cooperazione per disciplinare l'intervento delle imprese sui mercati interessati, contengono spesso disposizioni di grande rilievo per il settore indicato.

Sotto il secondo profilo va ricordato che numerosi accordi di associazione accolgono disposizioni dirette a disciplinare il libero gioco della concorrenza tra le parti. Per tal via, gli Stati terzi si impegnano ad introdurre nel loro ordinamento disposizioni analoghe a quelle dell'Ue e un comitato paritetico d'associazione sorveglia il rispetto degli obblighi assunti. Il sistema incontra tuttavia un limite dovuto all'impossibilità di sanzionare comportamenti anticoncorrenziali alla luce dell'accordo; infatti, è lasciato alla discrezionalità degli Stati prevedere appropriate sanzioni in caso di violazione delle norme disciplinanti la concorrenza.

A ciò vanno aggiunti taluni accordi specifici, quali i Trattati bilaterali con gli Stati Uniti d'America⁴², il Canada⁴³, il Giappone⁴⁴ e la Corea del Sud⁴⁵; nonché

i *memorandum* d'intesa con il Brasile⁴⁶, la Cina⁴⁷ e la Russia⁴⁸. In tali intese, le parti si impegnano ad applicare le proprie regole di concorrenza in modo trasparente, a promuovere la cooperazione e il coordinamento dell'attività e dell'assistenza delle autorità garanti della concorrenza, nonché a facilitare lo scambio delle informazioni⁴⁹.

Sempre nell'ambito delle questioni attinenti all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE al di fuori dell'ordinamento Ue, esistono poi contesti di collaborazione multilaterale. Innanzitutto, a partire dal 1° gennaio 1994, norme *antitrust* corrispondenti ai contenuti degli artt. 101 e 102 sono in vigore all'interno dello Spazio economico europeo.

Meno stringenti, sotto il profilo considerato, gli accordi conclusi tra l'Ue ed i Paesi in via di sviluppo che non impongono allo Stato terzo l'obbligo di disciplinare l'attività delle imprese sul mercato secondo i rigorosi parametri dell'Ue, giacché in tali Paesi la stessa nozione di libertà di concorrenza è sconosciuta.

I Paesi ACP, ad esempio, sono parti dell'accordo multilaterale di Cotonou, entrato in vigore il 1° aprile 2003⁵⁰. In siffatto contesto, la cooperazione tra le parti è diretta ad assicurare il costante sviluppo delle capacità giuridiche e normative necessarie a tutelare la libertà economica, ad impedire che sia ostacolata la competitività e a salvaguardare le esigenze dei consumatori. Invero, le parti riconoscono la fondamentale importanza delle regole di concorrenza per garantire un contesto favorevole agli investimenti, un processo di industrializzazione durevole e un accesso

⁴² OJ L 95/47 del 27 aprile 1995.

⁴³ Decisione n. 1999/445/EC, ECSC del 29 aprile 1999; v. anche il capo 17 dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada e l'Unione europea (2017).

⁴⁴ L 183/12 del 22 luglio 2003.

⁴⁵ L 202/36 del 4 agosto 2009.

⁴⁶ 8 ottobre 2009.

⁴⁷ 9 aprile 2019.

⁴⁸ 20 marzo 2011.

⁴⁹ Gli accordi sono tutti consultabili sul sito ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html.

⁵⁰ Accordo di partenariato 2000/483/CE, del 23 giugno 2000.

trasparente ai mercati. Di conseguenza, viene vietato – sia pure a determinate condizioni – ogni tipo di pratica anticompetitiva, compreso l'abuso di posizione dominante sul mercato comunitario e/o sul territorio degli Stati ACP.

Inoltre, la Commissione partecipa attivamente alle attività di un certo numero di organizzazioni multilaterali come, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD), l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). In tali sedi viene promossa la convergenza delle politiche attraverso il dialogo e lo scambio di opinioni e, in alcuni casi, attraverso la creazione di pratiche raccomandate. Più precisamente, il dibattito è concentrato soprattutto sui cartelli internazionali *hard core*, il cui "nucleo duro" è costituito da accordi orizzontali (tra imprese concorrenti) che producono gli effetti più nocivi per i consumatori e per il commercio internazionale, in quanto diretti a fissare i prezzi o le quantità prodotte e a ripartire i mercati. Tra questi, i cartelli all'esportazione rappresentano la pratica anticompetitiva più grave sul piano internazionale, dal momento che, molto frequentemente, l'Autorità del Paese "vittima" non è in grado di condurre un'azione adeguata alla reintegrazione dei danni, mancando di poteri all'uopo necessari. D'altra parte, l'Autorità del Paese da cui la condotta *antitrust* ha origine non sempre ha interesse a cooperare, proprio perché la pratica non produce effetti negativi sul mercato nazionale.

Infine, va segnalato che il sistema più evoluto di collaborazione è rappresentato dall'*International Competition Network* (ICN), costituito tra le Autorità di concorrenza di tutto il mondo. Il *forum* internazionale è stato costituito a New York il 25 ottobre 2001, sulla base di un progetto predisposto inizialmente dal *Department of Justice* e dalla *Federal Trade Commission* statunitensi, dal *Canadian Competition Office*

e dalla Commissione europea. L'ICN è soprattutto una rete virtuale che, grazie al suo carattere informale, ha facilitato i contatti tra i suoi membri, anche attraverso congressi annuali e riunioni periodiche in cui vengono discusse problematiche di rilievo ed esaminate questioni relative a pratiche anticompetitive di interesse comune.

L'adesione all'ICN è volontaria ed aperta a tutte le Autorità di concorrenza nazionale o multinazionale competenti a dare attuazione alla normativa *antitrust*. L'ICN coopera molto attivamente con le organizzazioni internazionali (ad esempio, OCSE, OMC, UNCTAD), con le associazioni di professionisti, le associazioni di consumatori e, più in generale, con gli esperti di settore (ad esempio, accademici).

L'obiettivo dell'ICN è la realizzazione di una convergenza procedurale e sostanziale nell'applicazione della normativa *antitrust* attraverso la definizione di principi-guida e l'adozione di raccomandazioni non vincolanti dirette ad eliminare le difficoltà di procedure farraginose o duplicative, per avvantaggiare i consumatori e per migliorare la cooperazione internazionale in materia di tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati. Nel caso in cui viene raggiunto un consenso generale su talune raccomandazioni o «*best practices*», la loro attuazione è rimessa alle Autorità nazionali.

PATRIZIA DE PASQUALE

Bibliografia

R. Adam, «Limiti esterni delle norme comunitarie sulla concorrenza», in *Riv. dir. internaz.*, 1975, p. 254 ss.; G. Adinolfi, «Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia *antitrust* fra politica commerciale e politica della concorrenza», in *Comun. e studi*, vol. XXII, 2002, p. 413 ss.; D. Agus,

«Una *global governance* della concorrenza?», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, II, p. 345; Z. Akhtar, «Mergers, Extraterritorial Jurisdiction and Convergence of EU and US Law», in *ERPL*, 2019, p. 59 ss.; V. Chimienti, «L'interazione tra la politica *antitrust* e gli scambi commerciali: problemi e prospettive», in *Dir. comm. internaz.*, 2007, IV, p. 829; G. D'Ippolito, «L'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust», in *Concorrenza, Mercato e Diritto dei consumatori*, (a cura di) G. Cassano – A. Catricalà – R. Clarizia, Torino, 2018, p. 467 ss.; M. De Bellis, «Gli *standards* globali per i servizi finanziari: concorrenza e reciproco rafforzamento tra diversi modelli di amministrazione globale», in *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, (a cura di) S. Cassese – M. Conticelli, Milano, 2006, p. 153 ss.; P. Demaret, «L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?», in *RTDE*, 1985, p. 1 ss.; Id., «L'application du droit communautaire de la concurrence dans une économie mondiale globalisée. La problématique de l'extraterritorialité», in *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, (ed.) J. F. Bellis, Baden-Baden, 2001, p. 13 ss.; M. Demetriou – A. Robertson, «US Extra-territorial Jurisdiction in *Antitrust* Matters: Recent Developments», in *Eur. CLR.*, 1995, p. 461 ss.; P. De Pasquale, *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005; M. Eifert – A. Metzger – H. Schweitzer – G. Wagner, «Taming the giants: The DMA/DSA package», in *CMLR*, vol. 58, n. 4, 2020, p. 987 ss.; E. M. Fox, «The WTO's First *Antitrust* Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition», in *JIEL*, 2006, 271 ss.; Id., «Can We Solve the *Antitrust* Problems of Globalization by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy»,

in *Antitrust Bulletin*, 2003, p. 370; A. T. Guzman, «The Case for International *Antitrust*», in *Berkeley Journal of Internat. Law*, 2004, XXII, p. 359; P.J.F. Huizing, «Fining Foreign Effects: A New Frontier of Extraterritorial Cartel Enforcement in Europe?», in *World Competition*, vol. 40 (3), 2017, p. 365 ss.; C. Kuner, «The Internet and the Global Reach of EU Law», in *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, (eds.) M. Cremona – J. Scott, Oxford, 2019, p. 124; F. Marongiu Buonaiuti, «L'ambito di applicazione territoriale del Digital Markets Act e del Digital Services Act», in *Verso una legislazione su mercati e servizi digitali*, (a cura di) G. Caggiano, G. Contaldi, P. Manzini, Bari, 2021, p. 171 ss.; M. Martyniszyn, «Foreign State's Entanglement in Anticompetitive Conduct», in *World Competition*, vol. 40 (2), 2017, p. 299 ss.; Id., «Intel, iiyama and Air Cargo: far-reaching extraterritorial application of EU competition law», in *European Competition Law Review*, vol. 43, n. 11, 2022, p. 505 ss.; F. Munari, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale. Il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 2003; Id., «Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza», in *Riv. dir. internaz.*, 2016, p. 34 ss.; B. Nascimbene, «Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria», in *Dir. comm. internaz.*, 2001, p. 309 ss.; L. F. Pace, «L'applicazione decentrata», in *Il nuovo diritto europeo della concorrenza-Aspetti procedurali*, (a cura di) G. L. Tosato – L. Bellodi, Milano, 2004, p. 221 ss.; Id., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005; A. Pappalardo, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2018, p. 92 ss.; C. Pesce, *I nuovi strumenti di public enforcement - Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Napoli, 2012, p. 133 ss.; P. Picone, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza

II. DIRITTO ANTITRUST

II.1 I DIVIETI ANTITRUST E ALCUNI ASPETTI AD ESSI RELATIVI

e il diritto internazionale», in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, p. 81 ss.; C. Plaidy, «L'accord entre les Communautés européennes et les Etats-Unis concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active: une étape vers l'internationalisation du droit de la concurrence», in *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, p. 4 ss.; L. Prete, «On implementation and effects : the recent case-law on the territorial (or extraterri-

torial?) application of EU competition rules», in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n. 8, 2018, p. 487 ss.; G. Tesauro, «Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali», in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, p. 19 ss.; B. Zelger, «EU Competition law and extraterritorial jurisdiction - a critical analysis of the ECJ's judgement in Intel», in *European Competition Journal*, vol. 16, nn. 2-3, 2020, p. 613 ss.

II. *Diritto antitrust*

II.2. *Il public enforcement dei divieti antitrust*

LA EUROPEAN COMPETITION NETWORK: IL REGOLAMENTO SULLA “MODERNIZZAZIONE” (REG. 1/2003), LA DIRETTIVA “ECN+” (DIR. 2019/1), L’ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA: UN PRIMO, PROVVISORIO BILANCIO

Sommario: **I.** La fase iniziale di applicazione del diritto europeo della concorrenza. – **II.** La modernizzazione del sistema ed applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza nel regolamento 1/2003 e nel regolamento 139/2004. – **III.** I profili organizzativi del modello decentrato e la disciplina della “rete delle Autorità europee della concorrenza”. – III.1. La disciplina della competenza. – III.2. Lo scambio di informazioni. – III.3. Il ruolo della Commissione a garanzia dell’uniformità nella applicazione degli artt. 101 e 102. – III.4. *Il ruolo della Commissione a garanzia dell’uniformità nella applicazione degli artt. 101 e 102.* – **IV.** I limiti del modello della applicazione decentrata del diritto della concorrenza: unità del diritto applicabile e pluralità della disciplina interna delle Autorità della ECN. Dal regolamento 1/2003 alla direttiva 2019/1. – **V.** La direttiva 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. – V.1. Le garanzie di indipendenza delle Autorità della ECN. – V.2. I rapporti di cooperazione tra le Autorità della rete nella fase delle indagini e della esecuzione delle misure sanzionatorie. – V.3. I poteri di indagine e ispettivi. – V.4. I poteri decisorii. – V.5. Le sanzioni. – V.6. I programmi di clemenza. **VI.** Il rischio della applicazione duale del diritto della concorrenza. – **VII.** Il d.lgs. 185/2021 e le garanzie di indipendenza dei membri e del personale dell’AGCM. – VII.1. Ampliamento dei poteri di indagine

dell’AGCM e rafforzamento della cooperazione nella rete delle autorità europee della concorrenza. – VII.2. I diritti delle imprese indagate e delle parti interessate dall’istruttoria. – VII.3. Il d.lgs. 185/2021 e l’ampliamento dei poteri decisorii dell’AGCM. – **VIII.** La Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 29 novembre 2024 sul recepimento della direttiva (UE) 2019/1, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

I. La fase iniziale di applicazione del diritto europeo della concorrenza

Come è noto, il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea ha evitato di adottare scelte esplicite in materia di organizzazione ed ha lasciato aperta la strada tanto ad un modello pubblicistico e amministrativo di applicazione della disciplina della concorrenza quanto a quello opposto, privatistico e giurisdizionale, ovvero ad un modello duale, con ampi spazi per le varie soluzioni possibili riguardo all’organizzazione ed alle competenze¹.

¹ Se le disposizioni del Trattato di Roma del 1957 dedicate alla disciplina della concorrenza lasciano intendere un certo favore per il sistema duale nel quale l’applicazione del diritto *antitrust* è affidata al tempo stesso alle Autorità amministrative e giurisdizionali, in sede di negoziato si optò espressamente per una formulazione di dette disposizioni in termini abbastanza ampi ed elastici da non pregiudicare le decisioni organizzative rimesse dall’art. 83 ad un successivo regolamento,

Le soluzioni organizzative, lasciate dunque aperte dal Trattato, sono state condizionate piuttosto da ragioni pratiche. Secondo un giudizio ampiamente condiviso, su di esse hanno pesato, in particolare, l'esigenza di funzionalizzare la disciplina *antitrust* comunitaria alla realizzazione del mercato comune, ovvero alla realizzazione del progetto di integrazione delle economie degli stati membri, nonché l'iniziale sfiducia nella capacità degli Stati membri di dare effettiva applicazione alle regole comunitarie².

Sul piano organizzativo e delle competenze i fattori sopra indicati hanno prodotto una forte centralizzazione dell'attività di applicazione della normativa *antitrust* ed il riconoscimento di un ruolo assolutamente preminente alla Commissione, rispetto alle autorità nazionali e ai giudici.

Il settore della concorrenza si è dunque inizialmente orientato in un senso decisamente centralistico ed anzi ha costituito uno dei pochi ambiti nei quali alle istituzioni europee è stato riservato l'esercizio di funzioni amministrative dirette³.

vedi P. Craig, *Administrative law*, London, 5th ed., 2003, p. 308.

² A favore della centralizzazione e della diretta attribuzione di funzioni propriamente amministrative ad una specifica direzione della Commissione, Direzione Generale Concorrenza, ha giocato sicuramente l'assenza nella maggior parte degli Stati membri di una disciplina organica della concorrenza e di apparati esecutivi propriamente dedicati alla sua applicazione, in tal senso M. Todino, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 del Trattato*, in *Temi e problemi*, 12/1997, L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio dell'equivalenza nel diritto europeo*, Bologna, 2006, p. 27 ss.

³ Inizialmente la Comunità non venne dotata di un apparato amministrativo compiuto essendo l'idea di fondo quella di affidare le incombenze propriamente esecutive agli apparati amministrativi degli Stati membri secondo il modello della c.d. amministrazione indiretta teorizzato da Jean Monnet per il quale la Commissione "*ne fait pas, fait faire*". Da ultimo e sinteticamente sulle caratteristiche dell'organizzazione amministrativa europea e la sua evoluzione, vedi C. Franchini, *Le fasi e i caratteri*

Tale indirizzo è adottato dal regolamento 6 febbraio 1962, n. 17⁴ il quale indica l'obiettivo della applicazione uniforme⁵ delle norme sulla concorrenza⁶ e lo persegue attraverso un modello fortemente centralizzato e di tipo essenzialmente amministrativo. Il ruolo centrale della Commissione emerge in particolare dalla previsione della competenza esclusiva di questa a rilasciare esenzioni al divieto di accordi e pratiche concordate (art. 9.1 del regolamento 17/1962) e a conoscere delle infrazioni in grado di arrecare un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, laddove alle autorità nazionali è riconosciuta, in linea di principio, la competenza ad accertare le infrazioni che esplicano effetti restrittivi limitati al mercato nazionale. Va detto che, anche nella vigenza del regolamento 17/1962, pur non parlandosi affatto di applicazione decentrata del diritto della concorrenza da parte dei giudici (*private antitrust enforcement*) o da parte

del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 375, oltre agli ormai classici studi di S. Cassese, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 987; *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, ivi, 2002, p. 292 ss.; *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003.

⁴ C.a. Jones, *Private enforcement of antitrust law in EU, UK and USA*, Oxford University Press, 1999, p. 85 e R. Nazzini, *Concurrent proceedings in competition law, Evidence and Remedies*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2004, p. 28. Sulla portata del regolamento 17 del 1962 sia inoltre consentito rinviare a A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, Campobasso, 2009.

⁵ Per il primo considerando del regolamento n. 17 del 1962 al fine di "stabilire un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata sul mercato comune, occorre provvedere all'applicazione equilibrata degli articoli 85 e 86 in modo uniforme negli Stati membri".

⁶ Con il susseguirsi dei Trattati, la numerazione delle norme in tema di concorrenza è mutata. Il Trattato di Roma le riportava sub artt. 85 ed 86; il Trattato istitutivo della CE sub artt. 81 e 82; il Trattato di Maastricht sub artt. 101 e 102. Per evitare confusione sembra preferibile impiegare la numerazione oggi in vigore.

della autorità nazionali (*decentralised public antitrust enforcement*), il monopolio della Commissione non era assoluto⁷. A partire dal caso *Brt c. Sabam*⁸, la Corte di giustizia ha riconosciuto che i divieti sanciti dagli artt. 85.1 e 86 del Trattato sono idonei a produrre effetti diretti nei rapporti tra i singoli e perciò ad attribuire a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare. In *Wilhelm c. Bundeskartellamt*⁹, la Corte di giustizia ha poi ammesso il contemporaneo scrutinio della medesima fattispecie anticoncorrenziale in sede europea e nazionale, rispettivamente da parte della Commissione e delle Autorità nazionali in applicazione del diritto europeo ed interno (c.d. teoria della doppia barriera), alla sola condizione che ciò non pregiudichi la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario e l'efficacia degli atti adottati in applicazione dello stesso. L'ulteriore passo avanti è compiuto con la sentenza *Flli Costanzo s.p.a.*¹⁰ ove il riconoscimento che il potere/dovere di disapplicare la norma interna contrastante con il diritto europeo e di applicare direttamente quest'ultimo incombe non solo sui giudici, ma anche sulle amministrazioni nazionali e perciò sulle autorità della concorrenza le quali – come fu subito notato – sono anch'esse “amministrazioni”.

II. La modernizzazione del sistema ed applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza nel regolamento 1/2003 e nel regolamento 139/2004.

La consapevolezza dei limiti del sistema accentrato¹¹ ed il progressivo affinamento dei sistemi nazionali di tutela della concorrenza insieme al più generale processo di apertura dell'ordinamento comunitario¹² hanno spinto la politica europea della concorrenza sulla strada del decentramento nell'applicazione delle regole *antitrust*.

Il regolamento 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato segna una svolta radicale. All'obiettivo dell'applicazione uniforme delle disposizioni del Trattato, il regolamento affianca quello dell'applicazione efficace che è perseguito attraverso il decentramento della competenza in favore delle autorità amministrative e dei giudici nazionali. In particolare l'art. 1 del regolamento pone fine al precedente sistema fondato sull'obbligo delle

¹¹ Si è osservato come la disciplina accentrata introdotta dal regolamento 17/62, con la previsione della competenza esclusiva della Commissione di adottare decisioni di esenzione, abbia impedito all'amministrazione comunitaria di concentrare la sua attenzione sui casi più gravi ed abbia inoltre determinato un allungamento dei tempi necessari per la chiusura dei procedimenti in misura spesso intollerabile per le imprese. Il 3° considerando delle premesse al regolamento 1/2003 ammette i limiti del sistema accentrato riconoscendo che questo ha frenato l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Inoltre il sistema di notificazione che esso comporta ha impedito alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi.

¹² In tale processo si colloca l'affermazione del principio di sussidiarietà nell'art. 3B del Trattato di Maastricht.

⁷ Vedi F. Munari, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, p. 147-149.

⁸ C. giust., 30 gennaio 1974, *Brt c. Sabam* C-127/73, EU:C:1974:6.

⁹ C. giust., 13 febbraio 1969, *Wilhelm c. Bundeskartellamt*, C-14/68, EU:C:1969:4.

¹⁰ C. giust., 22 giugno 1989, *Flli Costanzo s.p.a. c. Comune di Milano*, C-103/88, EU:C:1989:256.

imprese di notificare preventivamente alla Commissione eventuali accordi o pratiche concordate. Il sistema delle autorizzazioni in deroga da parte della Commissione per quelle operazioni che soddisfino le condizioni di cui all'art. 101.3 è sostituito da un sistema di eccezione legale. Si supera così la riserva in favore della Commissione ad adottare decisioni di esenzione e d'altro canto è riconosciuto alle autorità – e ai giudici – nazionali il potere di valutare non solo l'illiceità degli accordi restrittivi della concorrenza, ma anche la sussistenza delle condizioni per l'esenzione dal divieto.

Nel contesto delle competenze decentrate l'obiettivo dell'uniformità nella applicazione della disciplina europea è rimesso ai rapporti di stretta cooperazione tra la Commissione e le singole autorità nazionali e di queste tra di loro nonché ai poteri di coordinamento e di indirizzo della Commissione¹³.

Le novità più rilevante del regolamento 1/2003 sono dunque consistite nell'attribuzione alle autorità nazionali del potere di applicare direttamente gli artt. 101 e 102 del Trattato¹⁴ e nella istituzionalizzazione di rapporti che possiamo definire di collaborazione delle Autorità nazionali tra di loro e tra di esse e la Commissione. A quest'ultima è comunque riconosciuta una

posizione preminente in funzione di garanzia della unitarietà della politica *antitrust* europea. Sul piano pratico le scelte operate dal regolamento del 2003 hanno avuto un'immediata ricaduta positiva e hanno consentito di ovviare, in buona misura, ai limiti di efficienza del precedente sistema fortemente accentrato¹⁵. Non altrettanto positivo il riscontro delle misure in punto di uniformità applicativa e dunque di parità di trattamento tra le imprese. Come sarà analizzato in seguito, il regolamento 1/2003 ha lasciato infatti irrisolto il problema di colmare le divergenze di disciplina tra le Autorità nazionali sia dal punto di vista dei poteri istruttori, ispettivi e sanzionatori che per i diversi assetti organizzativi e risorse previsti dai rispettivi ordinamenti¹⁶.

Un analogo processo di decentramento è stato attuato dal regolamento 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, che abroga il regolamento

¹⁵ Come risulta dai dati esposti nella Relazione della Commissione alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle Autorità garanti degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci Bruxelles, 22 marzo 2017, COM (2017), dal 2004 al 2017 l'85% delle decisioni di esecuzione degli artt. 101 e 102 del Trattato è stato adottato dalle Autorità nazionali e il numero complessivo delle decisioni è aumentato in modo esponenziale.

¹⁶ Il limite è evidenziato dalla stessa Commissione europea nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio – Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future*, Bruxelles, 9 luglio 2014, COM (14) p. 453; la Comunicazione sottolinea come la parziale divergenza di disciplina delle Autorità nazionali, anche a livello organizzativo, finisce per configurare un limite o un ostacolo alla concorrenza la quale richiede che alle imprese sia assicurato un *playing level field*. Proprio al fine di ovviare a dette criticità si è avviato poi il procedimento che ha condotto alla approvazione della nuova Direttiva ECN. Su tali aspetti, vedi F. Ghezzi B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1015 ss.

¹³ Definisce "quasi" paritetico il rapporto tra le Autorità nazionali e la Commissione F. Munari, *L'applicazione decentrata*, cit., p. 150 il quale sottolinea come l'incompleta parità può essere colta non tanto in relazione ai poteri sostanziali quanto dal punto di vista organizzativo. La posizione di primazia della Commissione si manifesta nelle disposizioni di cui all'art. 11, che assegna natura vincolante alle decisioni della Commissione, e all'art. 16, che sancisce il divieto per le Autorità nazionali di adottare provvedimenti in contrasto con quanto deciso dalla Commissione.

¹⁴ Particolare attenzione merita l'art. 5 del regolamento 1/2003 per il quale le Autorità nazionali, nella applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato a casi individuali, possono ordinare la cessazione dell'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora e qualsiasi altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

4064/1989. Il regolamento sulle concentrazioni, adottato nel 1989, si fondava sul principio dello “sportello unico”, che attribuiva alla Commissione una competenza esclusiva su qualsiasi fusione transfrontaliera di una certa rilevanza. L'individuazione dei casi di concentrazione aventi un effetto transfrontaliero si fondava sull'applicazione del parametro del fatturato e del criterio 3+. Quest'ultimo radicava la competenza comunitaria esclusiva qualora tutti gli Stati membri o almeno tre di questi avessero formulato una richiesta di rinvio.

Il nuovo regolamento adotta un sistema più flessibile ispirato al “principio di sussidiarietà”, secondo il quale la valutazione di una determinata concentrazione spetta all'autorità che si trova nella posizione più idonea per svolgere l'indagine.

Il regolamento sulle concentrazioni attribuisce alla Commissione la competenza esclusiva a esaminare le concentrazioni di dimensione UE, ovvero quelle concentrazioni che superano determinate soglie combinate basate sul fatturato. Il regolamento contiene un meccanismo correttivo per l'applicazione di tali soglie quantitative per l'attribuzione della competenza, che consente, in circostanze specifiche, il rinvio di singoli casi tra la Commissione e uno o più Stati membri. Questo sistema di rinvio mira a garantire che a esaminare il caso sia l'autorità o le autorità più competenti per lo svolgimento di una determinata indagine in materia di concentrazioni, anche se non inizialmente competenti. L'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni consente a uno o più Stati membri di chiedere alla Commissione di esaminare, per tali Stati membri, qualsiasi concentrazione che non ha dimensione UE ma incide sugli scambi tra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro o degli Stati membri che presentano la richiesta.

Il regolamento sulle concentrazioni istituisce una sorta di rete informale tra la

Commissione e le autorità degli Stati membri competenti in materia di concorrenza, impegnando la Commissione ad operare in stretto e costante collegamento con queste. Così ad esempio la Commissione è obbligata a trasmettere alle autorità competenti degli Stati membri entro un termine di tre giorni lavorativi una copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati.

III. Profili organizzativi del modello decentrato e disciplina della “rete delle autorità europee della concorrenza”

La disciplina del rapporto di cooperazione tra Commissione ed Autorità nazionali è maggiormente formalizzata nel regolamento 1/2003, in particolare negli artt. 11, 12, 13, 14 e 16.2. Si tratta delle norme che sono dedicate, rispettivamente, ai doveri di reciproca consultazione, ai rapporti tra competenze e procedimenti, allo scambio di informazioni, ai divieti per le Autorità nazionali di adottare decisioni in contrasto con quanto statuito dalla Commissione. Ne risulta disciplinata una fitta trama di rapporti di “informazione, consultazione e stretta cooperazione” di tipo verticale, tra la Commissione e le Autorità nazionali, ed orizzontale, tra le Autorità dei singoli stati membri¹⁷. L'espressione che è impiegata per indicare il complesso dei rapporti di collegamento operativo stabile tra le varie Autorità pubbliche di tutela della concorrenza e che oramai è entrata nell'uso comune è quella di “rete europea

¹⁷ “*All competition authorities within the network are independent from one another. Cooperation between NCAs and with the Commission takes place on the basis of equality, respect and solidarity*”» vedi punto 7 della Dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle Autorità garanti della concorrenza.

della concorrenza” (*European Competition Network – ECN*). I tratti essenziali della rete ed il suo ruolo sono così delineati dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza¹⁸: “la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche Autorità: esse operano nell’interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le Autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa”.

In sintesi, la rete europea della concorrenza, come disciplinata dal regolamento 1/2003¹⁹, è caratterizzata da stringenti rapporti di collaborazione tra i soggetti della rete i quali sono non solo legittimati a trattare qualsiasi violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, adottando le misure necessarie per porvi rimedio, ma anche a verificare la eventuale compatibilità di accordi restrittivi, agendo come una sorta di *longa manus* della Commissione.

Per una parte della dottrina²⁰ la “rete” è una vera e propria struttura organizzativa

costituita da un insieme di “nodi” che si rapportano tra di loro per effetto di speciali “segmenti” di carattere comunicativo. La tesi sembra però priva di un effettivo riscontro nel diritto positivo e probabilmente è preferibile assegnare al termine un valore solo evocativo. L’immagine della “rete” si dimostra in effetti particolarmente efficace a raffigurare la trama dei rapporti di reciproca assistenza e collaborazione che intercorrono tra soggetti pubblici distinti i quali svolgono tutti la medesima funzione condivisa tra i vari livelli di amministrazione²¹. La flessibilità che è caratteristica della “rete” consente poi uno slittamento dei poteri di nuovo verso il centro, ove si presenti la necessità di un più elevato livello di armonizzazione²².

III.1. La disciplina della competenza

Il problema di individuare l’autorità della rete competente a trattare il singolo caso è risolto in base a criteri alquanto elastici di idoneità e di *vicinanza* che sono sanciti nel regolamento 1/2003 e nella comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza²³. La *vicinanza* è valutata con riferimento non solo al dato spaziale, assumendo in questa

affari di Enzo Capaccioli, in Dir. Amm., 2009, p. 978.

²¹ Così come la classica figura della “piramide” rappresenta in modo altrettanto efficace i rapporti organizzativi caratterizzati da nessi di mera gerarchia tra varie amministrazioni che ruotano tutte intorno ad un medesimo vertice.

²² L. Ammannati, *Passato, presente e futuro del modello della rete. Le sue trasformazioni nella governance europea dell’economia*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2018, p. 325 ss. per la quale quando la crisi economica o il peso delle politiche per il clima hanno evidenziato la necessità di meccanismi di centralizzazione nell’*enforcement* nei mercati finanziari o nel mercato dell’energia il modello della rete ha lasciato spazio a meccanismi di accentrimento di tipo quasi gerarchico.

²³ Pubblicata in G.U. 2004.

¹⁸ Vedi *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza*, G.U. C-101, 27 aprile 2004, p. 43.

¹⁹ Le regole del rapporto di cooperazione tra le Autorità della rete sono definite dagli artt. 11, 12, 13, 14 e 22 Reg. 1/2003, dalla dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle Autorità garanti della concorrenza e dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza, cit.

²⁰ Così E. Frediani, *Il diritto amministrativo “reticolare” e la “natura delle cose”: rileggendo la gestione di*

ottica rilevanza il luogo in cui si manifestano gli effetti restrittivi dell'accordo o della pratica, ma anche all'effettiva possibilità per l'Autorità nazionale di condurre efficacemente il procedimento dal punto di vista della raccolta delle prove e della applicazione delle sanzioni. I medesimi criteri *opportunistici* valgono peraltro anche per individuare i casi riservati alla Commissione. Quest'ultima risulta essere l'Autorità *meglio posizionata* e quindi più idonea a trattare il caso quando gli effetti della infrazione si producono in più di tre stati membri o quando la tutela dell'interesse comunitario richiede una presa di posizione della Commissione per la novità del problema di concorrenza ovvero a garanzia della uniformità dell'interpretazione delle norme del Trattato. In ogni caso, la decisione della Commissione di avviare un procedimento spoglia della competenza le autorità nazionali le quali però devono essere consultate dalla Commissione. La regola, sancita dall'art. 11, paragrafo 6 del regolamento 1/2003, è di gestione ottimale della rete, ma mira anche a proteggere le imprese dal rischio di trovarsi sottoposte a procedimenti paralleli da parte di autorità nazionali e della Commissione²⁴. In questo senso può essere vista come una applicazione del principio del *ne bis in idem* il quale vieta di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito. E difatti, perché la regola possa trovare applicazione, deve essere soddisfatto il prerequisito della identità del fatto oggetto di contestazione. In mancanza di detta condizione viene meno l'*idem*²⁵. Cosa si debba intendere per identità del fatto oggetto del

procedimento è stato chiarito in più occasioni dalla Corte di giustizia per la quale "la tutela fornita dall'art. 11, paragrafo 6 del regolamento 1/2003 si applica solo nell'ipotesi di procedimenti paralleli da parte delle autorità della concorrenza degli Stati membri e della Commissione riguardanti le stesse imprese, per le medesime condotte asseritamente anticoncorrenziali, intervenute sullo stesso o sugli stessi mercati di prodotto e geografici nel corso dello stesso o degli stessi periodi". Così, ad esempio, le imprese non possono rivendicare la protezione accordata dalla norma qualora i procedimenti condotti dalla Commissione e dalla autorità nazionale abbiano ad oggetto mercati di prodotti distinti o qualora la Commissione non abbia avviato alcun procedimento relativamente ad un determinato territorio"²⁶. La Commissione può infatti decidere discrezionalmente di delimitare l'ambito geografico della sua indagine escludendo da questa un determinato mercato nazionale in relazione al quale la autorità nazionale resta competente²⁷.

In sintesi le regole di competenza sono strutturate come norme sulla divisione

alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE dalla Corte suprema della Repubblica Slovacca.

²⁶ Vedi C. giust. (settima sezione) 20 aprile 2023, *Amazon c. Commissione*, C-815/21, EU:C:2023:308. Nel caso deciso dalla C. giust., Amazon aveva impugnato la decisione della Commissione di avviare una indagine su alcune pratiche della società asseritamente volte a favorire artificiosamente le proprie offerte di vendita al dettaglio, nonché quelle dei venditori della sua piattaforma di *e-commerce* che utilizzano i servizi di logistica e di consegna di Amazon estesa a tutto lo spazio economico europeo ad eccezione dell'Italia. La Commissione aveva giustificato tale limitazione richiamando la circostanza per la quale l'Autorità italiana aveva iniziato ad indagare su problemi simili già da due anni, focalizzandosi sul mercato italiano.

²⁷ La Corte, in *Amazon c. Commissione*, ha altresì precisato che la scelta adottata dalla Commissione con la comunicazione di avvio di non estendere la propria indagine ad un determinato mercato già all'esame della Autorità nazionale, non è atto lesivo nei confronti di terzi e dunque non è atto impugnabile.

²⁴ C. giust., 11 novembre 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81, EU:C:1981:264, punto 18, nonché l'ordinanza del 29 gennaio 2020, *S.C. and S.H. c. Commissione*, C-418/19, EU:C:2020:43, punto 73).

²⁵ Vedi C. giust. (ottava sezione) 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom a.s. c. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*, C-857/19, EU:C:2021:139 sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta

ottimale del lavoro tra diverse autorità, nazionali ed europea, che sono competenti ad applicare la medesima normativa.

Il criterio della “maggiore” idoneità a trattare il caso, pur presentando notevoli margini di elasticità, dovrebbe comunque essere sufficiente ad evitare che la stessa fattispecie sia presa in carico da più autorità. A rafforzare tale finalità, l'autorità che intende agire con riferimento ad una ipotesi di infrazione suscettibile di avere un impatto sul commercio tra Stati membri ne informa prontamente la rete. In tal modo le altre autorità sono messe in condizione di esprimere il loro eventuale interesse alla trattazione del medesimo caso, anche in parallelo.

Inoltre l'art. 13.1 del regolamento prevede che quando le autorità garanti della concorrenza di due o più stati membri hanno ricevuto una denuncia o agiscono d'ufficio riguardo alla medesima infrazione, il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce per le altre autorità motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia. Allo stesso modo, per il paragrafo 2 del medesimo articolo, la circostanza che il caso sia stato già trattato da un'altra autorità o dalla Commissione costituisce motivo sufficiente per respingere la denuncia.

In buona sostanza, la novità dell'articolo 13 consiste nell'estendere ai rapporti orizzontali, tra le diverse autorità nazionali, l'ambito di applicabilità della regola per la quale una sola autorità è competente a decidere un singolo caso. La differenza tra l'una e l'altra ipotesi riguarda solo i modi in cui la regola dell'intervento unico opera. Nei rapporti verticali, la decisione della Commissione di trattare essa stessa un caso priva automaticamente della competenza le autorità nazionali. Nei rapporti orizzontali, quando un accordo o una pratica illeciti producono effetti restrittivi della concorrenza in più Stati membri, l'individuazione

dell'autorità competente richiede necessariamente un accordo tra le diverse autorità astrattamente competenti. L'accordo può prevedere poi la concentrazione della competenza in capo ad una sola autorità, ovvero l'esercizio congiunto della competenza dove l'intervento di una singola autorità non sarebbe sufficiente a far cessare l'infrazione. Il modello è stato sperimentato con successo in relazione al caso degli operatori del settore delle prenotazioni on-line che ha portato alla adozione da parte delle singole autorità di decisioni che – pur nella diversità degli approcci – hanno consentito di promuovere misure idonee ad orientare le condotte dell'operatore in analoga direzione²⁸.

III.2. Ambito di operatività della rete e programmi di clemenza

Un settore che, nella vigenza del regolamento 1/2003, resta fuori dall'ambito di operatività della rete delle autorità della concorrenza è quello dei programmi di *leniency*. La domanda di clemenza presentata ad una autorità nazionale (o alla Commissione) non viene considerata presentata anche alle altre autorità. Se l'accordo o l'intesa anticoncorrenziale hanno una portata che trascende i confini del singolo Stato il richiedente, per ottenere l'immunità, dovrà denunciare la propria partecipazione ad un'intesa restrittiva a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti nel territorio interessato dalla infrazione²⁹. Infatti il trattamento favorevole è riservato solo all'impresa che per prima fornisca alla Commissione e alle singole

²⁸ Il caso è citato da O. Main, *I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della Concorrenza*, a cura di L. F. Pace, Iovene, 2013, nt. 24.

²⁹ C. giust. (sezione II) 20 gennaio 2016, *DHL Express s.r.l. e DHL Global Forwarding s.p.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-428/14, EU:C:2016:27.

autorità nazionali competenti, in base al territorio, informazioni idonee a consentire l'accertamento dell'infrazione e la mancata tempestiva presentazione della domanda, corredata dalle informazioni necessarie a smascherare l'accordo, comporta il rischio che questo sia denunciato da altra impresa partecipante.

Dunque la regola per la quale una sola autorità è competente a trattare un caso non vale quando l'impresa che sia parte di un accordo restrittivo della concorrenza presenta una domanda di trattamento favorevole. Sul punto si è espressa la giurisprudenza della C. giust. che ha individuato la ratio della esclusione nell'assenza di un regime di trattamento favorevole pienamente armonizzato. Allo *ECN Model Leniency Program* del 2006³⁰, cui si ispira la disciplina della maggior parte degli Stati membri, la Corte infatti non riconosce portata obbligatoria.

III.3. Lo scambio di informazioni

Il perno del rapporto di cooperazione fra le autorità pubbliche della concorrenza è rappresentato dall'obbligo del reciproco scambio di informazioni.

L'obbligo in parola non riguarda solo la fase dell'avvio del procedimento di accertamento della infrazione – dove è strumentale all'esigenza di individuare l'autorità meglio posizionata a trattare il caso – ma anche le informazioni acquisite nel corso del procedimento e assume portata generale. Per l'articolo 12 del Reg. 1/2003, la Commissione e le autorità nazionali possono (hanno il dovere di) scambiare qualsiasi elemento di fatto di cui siano venute a conoscenza ivi comprese le informazioni riservate³¹. Non tutti i documenti

trasmissibili sono altresì utilizzabili a fini probatori. Il secondo comma della norma precisa che le informazioni possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 – ovvero ai fini dell'applicazione delle rispettive legislazioni nazionali in parallelo al diritto europeo ed in vista del medesimo risultato – e solo se l'oggetto dell'indagine all'interno della quale le informazioni sarebbero utilizzate a fini probatori è analogo a quello dell'indagine nell'ambito della quale le informazioni trasmesse sono state acquisite.

In buona sostanza, il regolamento 1/2003 si pone sulla scia dei principi elaborati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Dow Benelux*³² e *Banche spagnole*³³. La prima delle pronunce citate ha individuato un limite preciso alla utilizzabilità delle informazioni nell'identità dello scopo per il quale queste sono state raccolte. La seconda ha ribadito che il divieto per le autorità che vengono in possesso di informazioni riservate di avvalersene per un fine estraneo a quello per il quale sono state raccolte discende dal dovere di segreto d'ufficio che è imposto “in assenza di una espressa disposizione che permetta loro di usare l'informazione ad altri scopi”. La Corte ha peraltro escluso che questa interpretazione

regolamento n. 17 del 1962, in particolare negli articoli 14.3 e 20.

³² C. giust., 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione*, C-85/87, EU:C:1989:379, in cui la società ricorrente aveva lamentato la violazione degli articoli 4 e 20 del regolamento n. 17, per il fatto che la Commissione aveva utilizzato le informazioni raccolte per uno scopo diverso da quello enunciato.

³³ C. giust., 16 luglio 1992, *Dirección General de Defensa del al Competencia v. Asociación Española de banca Privada* C-67/91, EU:C:1992:330, che si riferisce ad una fattispecie in cui l'Autorità nazionale aveva dato avvio al procedimento per violazione del diritto comunitario e del diritto nazionale *antitrust* sulla base di documenti trasmessi alla Commissione dalle stesse imprese bancarie, poi inquisite, in una procedura di notificazione *ex art. 2, 4 e 5* del regolamento.

³⁰ Disponibile alla pagina: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

³¹ Lo scambio di informazioni e l'uso delle stesse nei procedimenti condotti dalle Autorità nazionali erano disciplinati in modo alquanto restrittivo dal

contrasti con il principio di cooperazione tra istituzioni comunitarie e nazionali le quali non sono tenute ad “ignorare le informazioni trasmesse” bensì ad utilizzarle solo come indizi da valutare per instaurare un autonomo procedimento.

III.4 Il ruolo della Commissione
a garanzia dell'uniformità
nella applicazione degli
artt. 101 e 102

Nel sistema decentrato di applicazione degli artt. 101 e 102, le esigenze di certezza del diritto e di applicazione uniforme delle disposizioni del Trattato sono garantite dalla Commissione che svolge comunque un ruolo di guida nella definizione della politica europea della concorrenza e nella applicazione delle disposizioni del Trattato. Una funzione consultiva è svolta pure dal Comitato consultivo composto dai rappresentanti delle Autorità nazionali. Le autorità nazionali possono consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario (art. 11.5) e sono tenute a comunicare alla Commissione il tipo di decisione che intendono assumere, attraverso l'invio di documenti che espongono la linea di azione proposta e l'inserimento nel database della rete di una sua sintesi, almeno trenta giorni prima della conclusione di un procedimento (art. 11.4). La Commissione a sua volta è tenuta a sentire il Comitato consultivo prima dell'adozione di ogni decisione (art. 14.1). La funzione *nomofilattica* della Commissione è sancita dall'art. 16.2 del regolamento 1/2003 per il quale le autorità nazionali, amministrative e giurisdizionali, quando si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con questa. L'aspetto della efficacia vin-

colante delle decisioni della Commissione nei confronti della autorità giudiziaria, sia che questa operi come autorità nazionale della concorrenza sia nelle azioni di danno subiti per effetto di un illecito antitrust, sarà trattato in altre voci di questo Dizionario. Per quanto riguarda invece l'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione nei confronti delle autorità amministrative nazionali, secondo una parte degli interpreti l'art. 16.2 investirebbe la Commissione di poteri assimilabili a quelli propri di un rapporto gerarchico³⁴ o di un rapporto di controllo³⁵ nei confronti delle autorità nazionali. A questo proposito è stato sollevato il dubbio, che in effetti sembra fondato, se un rapporto di questa natura sia conciliabile con il modello organizzativo e funzionale delle autorità indipendenti e, in particolare, se sia conciliabile con la posizione propria della nostra autorità garante cui l'art. 10.2 della l. 287/1990 riconosce piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione³⁶. D'altro canto, l'esigenza rappresentata dal 22 considerando del regolamento 1/2003, di assicurare, anche nel sistema decentrato, la coerenza e l'uniformità dell'interpretazione del diritto risponde ad una esigenza

³⁴ Così M. d'Alberti, *La rete europea delle Autorità di concorrenza*, in www.learlab.it, p. 8.

³⁵ Interpreta i poteri della Commissione sulle Autorità nazionali in termini di rapporto di controllo L.F. Pace, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 164 ss.

³⁶ Cfr. M. d'Alberti, *La rete europea delle Autorità di concorrenza*, cit. il quale critica fortemente la pretesa di attribuire alle decisioni della Commissione un valore di precedente vincolante nei confronti delle decisioni delle Autorità nazionali “in nome di una *stare decisis* amministrativo che non trova riscontri di sorta né nell'ordinamento comunitario, né in altri ordinamenti giuridici”. Per l'A. la decisione della Commissione può valere semmai per le Autorità degli Stati membri come *persuasive precedent*, con valore di orientamento interpretativo, e non come *binding precedent*.

molto avvertita di certezza dei rapporti giuridici e prevedibilità delle decisioni. L'interrogativo che ci si può allora porre è se sia possibile un'interpretazione dell'articolo 16.2 e del divieto ivi sancito a carico delle autorità nazionali di assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione che sia compatibile con la neutralità e l'esclusiva soggezione alla legge, che caratterizza la posizione dell'autorità³⁷. Un primo chiarimento utile è offerto da alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa italiana³⁸ che, sia pure in epoca anteriore al regolamento 1/2003, si è espressa sulla portata e sul contenuto del vincolo posto a carico dell'autorità garante nazionale dalla precedente decisione della Commissione. Le sentenze richiamate sottolineano come l'ambito soggettivo dell'efficacia obbligatoria delle decisioni adottate dalla Commissione sia limitato ai suoi destinatari e che tra questi non rientrino le autorità nazionali. Per le autorità nazionali, che non ne sono le destinatarie, le decisioni della Commissione non assumono efficacia obbligatoria in senso proprio. Esse costituiscono piuttosto punti di riferimento vincolanti in quanto esprimono l'orientamento della Commissione, ovvero di un organo dotato di una particolare esperienza in materia *antitrust*. Esclusa l'efficacia propria dell'atto amministrativo nei confronti del suo destinatario, il divieto per le autorità nazionali di adottare decisioni in contrasto con una precedente decisione della Commissione, introdotto all'articolo 16.2 del regolamento 1/2003, può tuttavia trovare una adeguata collocazione nel nostro sistema, che garantisce

all'autorità nazionale piena indipendenza ed autonomia di giudizio. Il regolamento 1/2003 ed il sistema della rete da questo regolato disegnano una funzione unica di applicazione degli articoli 101 e 102 che è ripartita e condivisa tra i diversi livelli di amministrazione, europea e nazionale. Il tratto caratteristico della funzione è dato dal collegamento tra gli atti che ne costituiscono l'esercizio e la concreta attuazione. Il connettivo è rappresentato dal principio di continuità³⁹ per il quale gli atti che costituiscono esercizio della funzione non possono porsi in contraddizione tra di loro e ogni valutazione, che l'amministrazione opera in un momento successivo, trova un condizionamento ed un limite nella valutazione anteriore, rispetto alla quale si deve porre in una linea di necessaria continuità e coerenza.

Il vincolo che una previa decisione della Commissione introduce rispetto alla successiva attività delle amministrazioni nazionali può allora essere interpretato in termini di non contraddizione. Da una parte, il vincolo derivabile dal principio di continuità, o di non contraddizione, è più stringente rispetto a quello del precedente, con valore di mero orientamento interpretativo. Dall'altra, la differenza tra questa interpretazione del divieto di adottare decisioni in contrasto e quella che lo riconduce ad un valore vincolante delle decisioni della Commissione, rispetto alle autorità nazionali, è evidente. Se si adotta l'idea secondo la quale l'articolo 16.2 sancisce una vera e

³⁷ Per questa soluzione sia consentito rinviare a A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust, I*, Collana del dipartimento di diritto pubblico, Campobasso, 2008, p. 154 ss.

³⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482 con nota di Scarselli e a Tar Lazio, Sez. I, 24 maggio 2002, n. 4632.

³⁹ Per la nozione di funzione vedi F. Satta, voce *Atto amministrativo* (1), in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1994. L'A. osserva che ciò che è davvero specifico dell'agire amministrativo è l'essere attività continua. L'attività non può in effetti essere concepita frammentariamente, come una mera serie di atti, ma come la somma di essi, parametrati all'interesse generale che ne costituisce lo scopo. Ogni atto e ogni valutazione dell'amministrazione deve "esprimere la coerenza dell'azione amministrativa e quindi realizzare la continuità nella cura dell'interesse assegnato all'amministrazione".

propria efficacia vincolante delle decisioni della Commissione, si deve concludere per l'invalidità *ex se* dell'atto dell'autorità nazionale che si discosta dal precedente comunitario.

Secondo l'altra prospettiva, che sembra preferibile, la discrezionalità dell'autorità nazionale non risulta "legata" dal precedente comunitario, bensì incontra in questo un ulteriore limite. In questa ottica la decisione dell'autorità nazionale che contravviene il precedente comunitario sarebbe contestabile sotto il profilo dell'eccesso di potere. Ma il vizio si dovrebbe ritenere poi averato nella misura in cui non risulti dimostrato che la diversa applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza non è giustificata dalle peculiarità del caso di specie o alla luce di una più attenta o aggiornata valutazione dei profili di fatto o di diritto. L'ulteriore dimostrazione della riconducibilità del divieto per le autorità nazionali di adottare decisioni in contrasto con il precedente della Commissione al principio di continuità della funzione amministrativa (in questo caso quella di esecuzione dei divieti sanciti dagli articoli 101 e 102) piuttosto che ad una posizione di supremazia della amministrazione europea è data dal carattere circolare della stessa funzione nomofilattica.

In altre parole il principio di continuità opera non solo in senso discendente (dalla Commissione alle autorità nazionali), ma anche in senso ascendente (dalle autorità nazionali alla Commissione). Il regolamento 1/2003 prevede in modo esplicito che le autorità nazionali cooperino alla formazione normativa e giurisprudenziale del diritto della concorrenza tramite la loro partecipazione al comitato consultivo che è la sede nella quale sono discussi casi individuali e problemi generali del diritto comunitario della concorrenza. Peraltro il regolamento 1/2003 rafforza il ruolo del Comitato consultivo e, in particolare,

all'interno di esso rafforza il ruolo delle autorità nazionali. Nei procedimenti che si concludono con una decisione della Commissione il Comitato rilascia un parere ad efficacia inforzata. Per il paragrafo 5, dell'articolo 14, la Commissione deve tenere nella massima considerazione il parere del Comitato consultivo e ha un obbligo di motivazione specifica nel caso in cui se ne discosti, essendo tenuta ad informare il Comitato stesso delle ragioni del dissenso.

IV. I limiti del modello della applicazione decentrata del diritto della concorrenza: unità del diritto applicabile e pluralità della disciplina interna delle Autorità della ECN. Dal regolamento 1/2003 alla direttiva 2019/1

Nel 2014, a dieci anni di distanza dalla entrata in vigore del regolamento 1/2003, la Comunicazione della Commissione "Dieci anni di applicazione delle norme *antitrust* ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future"⁴⁰, ha posto in luce l'esigenza di completare il sistema decentrato di applicazione delle norme antitrust dell'Unione Europea munendo tutte le autorità nazionali di poteri di indagine e decisionali uniformi. Quello procedurale e dei poteri istruttori, ispettivi e sanzionatori delle autorità nazionali è in effetti un ambito lasciato scoperto dal regolamento 1/2003. La Comunicazione enfatizza come la scelta di non normare la materia, coerente con il principio della autonomia procedurale ed organizzativa degli Stati membri, abbia

⁴⁰ "Dieci anni di applicazione delle norme *antitrust* ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future" (COM (2014) 453).

condotto ad “una marcata difformità applicativa determinando una tutela della concorrenza sub-ottimale da parte delle autorità meno attrezzate”⁴¹ e notevoli disparità di trattamento tra le imprese a seconda del contesto giuridico nel quale esse si trovano ad operare. Alla comunicazione hanno fatto seguito una consultazione⁴² ed una audizione pubbliche⁴³ nel corso delle quali la Commissione ha verificato la possibilità d'intervenire sul versante dell'organizzazione e dei poteri alle autorità nazionali garanti così da aumentarne l'efficacia nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza. In particolare la Commissione ha segnalato la necessità che le autorità nazionali:

a) agiscano in maniera autonoma nell'applicare le norme *antitrust* dell'UE e operino in modo del tutto imparziale, senza prendere istruzioni da enti pubblici o privati;

b) dispongano delle risorse finanziarie ed umane necessarie per svolgere il proprio lavoro;

c) abbiano tutti i poteri ispettivi necessari per raccogliere qualunque prova pertinente;

d) abbiano strumenti adeguati per imporre sanzioni proporzionate e dissuasive in caso di violazioni delle norme *antitrust* dell'UE e, considerato il numero sempre crescente di società operanti a livello internazionale, abbiano il potere di imporre

il pagamento di ammende alle imprese responsabili di infrazioni che non abbiano sede legale nel loro territorio;

e) dispongano di programmi di trattamento favorevole coordinati miranti ad incoraggiare le imprese a denunciare l'esistenza di cartelli illegali presentando prove al riguardo in modo da incentivare le imprese a prender parte a tali programmi e a dichiarare la propria partecipazione ad un cartello.

V. La direttiva 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno

La proposta di direttiva che dunque impegna gli Stati membri a dotare le autorità *antitrust* di garanzie di indipendenza, risorse e poteri di indagine e sanzionatori necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE, presentata dalla Commissione il 22 marzo 2017, è stata infine approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 dicembre 2018 e pubblicata nel gennaio 2019⁴⁴.

⁴¹ Il giudizio è condiviso da F. Ghezzi e B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1015.

⁴² La consultazione pubblica si è svolta tra il novembre 2015 e il febbraio 2016 e ha coinvolto le Autorità nazionali garanti della concorrenza e i ministeri degli Stati membri.

⁴³ L'audizione pubblica è stata organizzata congiuntamente dalla commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo e dalla Direzione generale della Concorrenza della Commissione e si è svolta il 19 aprile 2016.

⁴⁴ La Direttiva (UE) n. 2019/1, nota anche come “ECN +” che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno è stata pubblicata sulla GUUE del 14 gennaio 2019. Il termine per il recepimento scade il 4 febbraio 2021.

V.1. Le garanzie di indipendenza
delle Autorità della ECN

Un primo punto qualificante della c.d. ECN+ sta nella disposizione di cui all'art. 4 che impegna gli stati membri a prevedere uno statuto delle autorità di tutela della concorrenza che ne garantisca l'indipendenza e l'imparzialità nell'esercizio dell'attività di applicazione efficace ed uniforme degli artt. 101 e 102 TFUE. Ciò richiede che il personale e i componenti dell'organo decisionale delle autorità siano scelti attraverso procedure di selezione chiare, trasparenti e previamente regolate dal diritto nazionale; non siano soggetti a istruzioni del governo o di altri enti pubblici o privati; si astengano dal trattare procedimenti istruttori che possano determinare conflitti di interessi per un periodo ragionevole dopo la cessazione dall'incarico; non possano essere rimossi dall'incarico salvo il caso in cui essi non soddisfino più le condizioni richieste per lo svolgimento dei compiti o si rendano responsabili di gravi illeciti. Alle autorità devono essere garantiti il potere di definire le priorità di intervento e la disponibilità di sufficienti risorse umane, finanziarie, tecniche e tecnologiche. Uno statuto di indipendenza era espressamente richiesto per le autorità nazionali di regolazione del settore dalla direttiva quadro in materia di comunicazioni elettroniche 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE. Come già osservato il regolamento 1/2003 non prevedeva nulla a riguardo. Tuttavia alcuni autori⁴⁵ hanno sottolineato come una scelta a favore di un modello di autorità neutrale fosse implicita nell'art. 35 che assegna agli Stati membri la possibilità di indicare, quali autorità nazionali della concorrenza, autorità amministrative o giurisdizionali. L'accostamento sottintenderebbe che, laddove lo stato opti per la soluzione amministrativa, l'autorità

designata debba comunque avere caratteri di indipendenza e di neutralità paragonabili a quelli dei giudici.

V.2. I rapporti di cooperazione
tra le Autorità della rete
nella fase delle indagini e
della esecuzione delle misure
sanzionatorie

Il capo VII della direttiva 2019/1 pone alcuni ulteriori tasselli per il funzionamento della rete delle autorità di concorrenza. I rapporti di assistenza reciproca e di cooperazione tra le autorità risultano rafforzati sia nella fase delle indagini che in quella della notificazione ed esecuzione delle sanzioni ove le varie autorità nazionali assumono un ruolo di vere e proprie propaggini esecutive della rete. Sotto il primo profilo l'art. 24 impone agli Stati di prevedere che nelle indagini svolte da una autorità nazionale in nome e per conto dell'autorità di un diverso Stato membro, i funzionari e gli agenti di quest'ultima possano non solo assistere all'accertamento effettuato dall'autorità richiedente, ma altresì parteciparvi attivamente. Gli artt. 25, 26 e 27 impongono agli Stati di prevedere un obbligo di cooperazione e di assistenza reciproca nel caso in cui una autorità nazionale di un altro stato membro debba procedere a notificazioni degli addebiti ovvero alla riscossione delle sanzioni nei confronti di una impresa o di una associazione di imprese che risiedano nel suo territorio o che, pur risiedendo nello stesso stato in cui opera l'autorità procedente, non disponga ivi di beni sufficienti per ottemperare⁴⁶. Il coordinamento dell'azione dei diversi soggetti

⁴⁵ M. d'Alberty, *La rete europea delle autorità di concorrenza*, cit. p. 11.

⁴⁶ A. Tonazzi, Intervento, *I poteri delle Autorità antitrust nazionali e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, Workshop Assonime, Roma, 20 novembre 2017. In *Note e studi*, 1/2018 osserva che la disposizione recepisce integralmente le indicazioni formulate dall'Autorità Garante nel corso del processo di con-

della rete è perseguito anche dalla disposizione (art. 29.1) che dispone la sospensione o la interruzione dei termini di prescrizione per l'irrogazione di ammende e di penalità di mora per la durata dei procedimenti istruttori, riguardanti la stessa infrazione delle norme antitrust, dinanzi a un'altra autorità nazionale garante della concorrenza o alla Commissione. Ciò al fine di impedire che la pendenza del procedimento dinanzi ad una autorità nazionale o alla Commissione pregiudichi la possibilità per le altre autorità nazionali garanti della concorrenza di indagare successivamente sul comportamento in questione o di adottare una decisione.

La sospensione o la interruzione copre anche il lasso di tempo necessario a definire l'eventuale contenzioso instaurato su una decisione (art. 29.2).

V.3. I poteri di indagine e ispettivi

La direttiva 2019/1 impegna gli Stati membri a rafforzare i poteri di indagine ed ispettivi delle autorità nazionali. In particolare, le autorità nazionali devono essere munite del potere di effettuare accertamenti a sorpresa, compreso il diritto di accedere ai locali, di esaminare i libri, di apporre sigilli agli edifici, di interrogare il personale (art. 6); del potere di effettuare accertamenti in locali esterni e di perquisire le abitazioni dei dirigenti, amministratori e membri del personale se vi siano "motivi ragionevoli di sospettare" che qui siano conservati documenti pertinenti (art. 7); del potere di chiedere le informazioni necessarie per l'esame del caso e disporre audizioni obbligatorie di tutti i soggetti che possano fornire informazioni pertinenti ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102

sultazione pubblica e mira a far fronte ad una effettiva lacuna riscontrata nella prassi.

del Trattato (art. 8 e 9)⁴⁷. Molti commentatori hanno osservato che alla previsione di poteri più incisivi in capo alle autorità non si accompagna, nella direttiva, una disciplina altrettanto attenta delle garanzie procedurali che invece dovrebbero essere assicurate in modo uniforme negli Stati membri⁴⁸ trattandosi di attività che possono avere un'incidenza molto significativa sui diritti di libertà personale, di domicilio e di corrispondenza. Riguardo ai limiti e alle garanzie nei confronti dei poteri ispettivi delle autorità della concorrenza nazionali, la direttiva 2019/1 recepisce la distinzione elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a seconda che i poteri ispettivi siano esercitati nei locali commerciali, presso la sede dell'impresa, o al di fuori di questi. La Corte di giustizia

⁴⁷ In relazione alla ampiezza dei poteri ispettivi, diverse domande di pronuncia pregiudiziale sono state poste alla C. giust. Nelle cause riunite da C-258/23 a C-260/23, *Imagens Médicas Integradas e a.*, e le cause C-132/24, *Apap e a.*, e C-195/24, *Blueotter e a.*, la C. giust. dovrà pronunciarsi sulla possibilità di sequestro della corrispondenza via e-mail durante gli accertamenti ispettivi nei locali delle imprese senza previa autorizzazione giudiziaria. La causa C-619/23, *Ronos*, pone il problema della ampiezza dei poteri di effettuare accertamenti ispettivi (articolo 6) e dell'ammissibilità delle prove (articolo 32). In particolare la Corte dovrà chiarire se le garanzie costituzionali possano limitare il potere di accedere a conversazioni via chat contenute in un'applicazione su computer portatile e trovate nel corso di accertamenti ispettivi presso i locali delle imprese nella ricerca del giusto equilibrio tra i diritti fondamentali delle imprese e l'obbligo di garantire l'applicazione efficace delle norme antitrust dell'UE.

⁴⁸ In termini critici sulla assenza di una disciplina minima comune: H. Andersson, *ECN Plus - Should the New EU Directive Empowering National Competition Authorities be all about Effectiveness?*, intervento alla Conferenza Ascola - Stoccolma 15-17 giugno 2017; M. Botta, *The draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in *European Competition Law Review.*, 2017 e F. Ghezzi - B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, cit., p. 1032 ss.

limita il riconoscimento del diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio come principio generale del diritto comunitario, in quanto comune ai diritti degli Stati membri, al solo domicilio privato delle persone fisiche. Il diritto alla inviolabilità del domicilio non può essere opposto alle ispezioni svolte nei locali delle imprese, poiché i sistemi giuridici degli Stati membri presentano differenze non trascurabili quanto alla natura ed alla misura della tutela dei locali commerciali di fronte agli interventi delle autorità pubbliche⁴⁹. Nella medesima sentenza la Corte ha anche definito chiaramente l'ampiezza del controllo preventivo della autorità giudiziaria. Il controllo giurisdizionale preventivo, laddove previsto dal diritto nazionale, non può comunque estendersi alla valutazione della necessità degli accertamenti disposti dalla Commissione, con decisione sottoposta al solo sindacato di legittimità della C. giust., ma solo verificare se gli atti coercitivi previsti non siano arbitrari o sproporzionati rispetto allo scopo dell'accertamento. In ogni caso l'assenza di una autorizzazione giurisdizionale preventiva, laddove non prevista dal diritto nazionale, può essere compensata da un controllo giurisdizionale *ex post*⁵⁰. In linea, dunque, con l'orien-

tamento interpretativo della C. giust., la direttiva prescrive come necessaria l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria solo per gli accertamenti ispettivi da svolgersi al di fuori della sede dell'impresa (art. 7.2) mentre negli altri casi è fatto salvo quanto prescritto dagli ordinamenti nazionali (art. 6.3).

V.4. I poteri decisori

L'art. 4.5 della direttiva obbliga gli Stati membri ad attribuire alle autorità nazionali il potere di definire previamente le priorità nell'attività di applicazione della normativa *antitrust* europea e di respingere le denunce, che siano state formalmente depositate, quando non le considerano prioritarie. La disposizione autorizza le autorità nazionali ad adottare atti generali di indirizzo per indicare in linea generale i mercati, i servizi o i settori sui quali intendono concentrare le indagini e a rigettare le denunce formalmente presentate per assenza di un interesse prioritario a perseguire determinate fattispecie o a intervenire in determinati settori di mercato. La seconda novità rilevante in materia di poteri decisori è contenuta nell'art. 10.1 per il quale con la decisione che accerta una violazione degli artt. 101 e 102 le autorità possono imporre alle imprese l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale, nei limiti del rispetto del principio di proporzionalità. Questo esige che il rimedio sia proporzionato rispetto all'infrazione commessa, necessario a far cessare l'infrazione e a ristabilire condizioni di concorrenza ed incida nella misura minore sull'impresa. Per quanto riguarda le decisioni di rigetto della denuncia

⁴⁹ C. giust. 21 settembre 1989, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337

⁵⁰ C. giust., (seconda sezione), 18 giugno 2015, *Deutsche Bahn AG c. Commissione*, C- 583/13 P, EU:C:2015:404. Anche per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo l'assenza di una preventiva autorizzazione giurisdizionale, in quanto non prevista dalla normativa nazionale, non vizia di per sé l'attività ispettiva. Di tale carenza si deve invece tener conto al fine di valutare la conformità al requisito di proporzionalità prescritto dall'art. 8 par. 2 della CEDU per il quale "non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto (al rispetto del domicilio e della corrispondenza) a meno che questa ingerenza non sia prevista dalla legge e costituisca una misura che in una società democratica è necessaria per la prevenzione dei reati o per la protezione dei diritti e delle altrui libertà".

Vedi Corte EDU, *Société Colas Est e a. c. Francia*, 16 aprile 2002, ric. 37971/97; Id. *Heino c. Finlandia*, 15 febbraio 2011, ricorso 56720/09. Vedi anche la decisione parziale del Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999.

per assenza di interesse prioritario la *ratio* della loro previsione sta nella esigenza di consentire all'autorità di concentrare la sua attenzione sulle fattispecie e sui settori che considera maggiormente rilevanti. La direttiva peraltro, per come è formulata, sembrerebbe riconoscere la natura ampiamente discrezionale del potere di non esaminare la denuncia. Si è però osservato⁵¹ che la previsione di cui all'art. 4.5 andrebbe comunque interpretata secondo le coordinate già elaborate dalla giurisprudenza europea per la quale le decisioni della Commissione di rigetto di denunce non esprimono una mera scelta politica ma devono dar conto nella motivazione di tutte le circostanze giuridiche ed economiche del caso e, in particolare, della disponibilità di canali alternativi per la tutela del denunciante quali l'azione civilistica di danni; della significatività *prima facie* della presunta violazione per il funzionamento del mercato interno; della complessità del caso, della probabilità di esito positivo e dei costi dell'accertamento della violazione⁵². Quanto alle seconde, merita ricordare che l'art. 7, regolamento 1/2003, riservava alla Commissione il potere di adottare rimedi specifici di qualsiasi contenuto, specificando tuttavia il carattere eccezionale dei rimedi "strutturali" (dismissioni ecc.) rispetto

a quelli "comportamentali" per il quale i primi potevano essere adottati solo in caso di necessità, cioè di mancanza di un rimedio comportamentale adeguato. L'art. 10 della direttiva ECN+, nell'attribuire anche alle autorità nazionali⁵³ il potere di adottare decisioni di questo contenuto, non ha ribadito la regola della sussidiarietà dei rimedi strutturali rispetto a quelli comportamentali. Tale scelta è stata criticata⁵⁴. Si è osservato che i rimedi strutturali andrebbero il più possibile evitati non tanto perché non investono solo le modalità di svolgimento dell'attività e dunque incidono pesantemente sul diritto di proprietà e sulla libertà di impresa quanto piuttosto per la loro rigidità che comporta un alto rischio di violazione del principio di proporzionalità. I rimedi comportamentali sono invece preferibili perché consentono di correggere le disfunzioni del mercato con misure specifiche che sono reversibili.

V.5. Le sanzioni

Il regime sanzionatorio, disciplinato dal Capo V, attiene a materia che non riguarda direttamente l'organizzazione ed il procedimento. Due aspetti meritano tuttavia di essere ricordati. Il primo è quello delle c.d. sanzioni procedurali e delle penalità

⁵¹ G. Bruzzone, Intervento, *I poteri delle autorità antitrust nazionali e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, Workshop Assonime, Roma, 20 novembre 2017. In *Note e studi*, 1/2018.

⁵² Si tratta del complesso dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea a partire da Tribunale di primo grado, 18 settembre 1992, *Automec s.r.l. c. Commissione*, T-24/90, EU:T:1992:97 ed ulteriormente affinati da: C. giust., 4 marzo 1999, *Ufex e a. c. Commissione*, C-119/97P, EU:C:1999:116; Tribunale di primo grado, 15 dicembre 2010, *CEAHR c. Commissione*, T-427/08, EU:T:2010:517; Tribunale di primo grado, 11 luglio 2013 *Diamanthandel A. Spira BVBA c. Commissione*, T-108/07, EU:T:2013:367; Tribunale di primo grado 11 gennaio 2017, *Topps Europe Ltd c. Commissione*, T-699/14, EU:T:2017:2; Tribunale di primo grado 21 gennaio 2015, *EasyJet Airline Co. Ltd c. Commissione*, T-355/13, EU:T:2015:36.

⁵³ Ricordano F. Ghezzi B. Marchetti, *op. loc. cit.* che l'autorità garante della concorrenza ha in alcune occasioni inserito nei propri provvedimenti inibitori e di diffida la previsione di rimedi comportamentali o strutturali e che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto dette misure non esorbitanti dai poteri dell'Autorità. In concreto, però, le misure sono state ritenute illegittime perché eccedenti i limiti di proporzionalità della sanzione correttamente applicabile per le condotte illegittime rilevate. Vedi. Cons. stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 421 che ha confermato sul punto Tar Lazio, sez. I, 27 febbraio 2007, n. 1734.

⁵⁴ Così M. Libertini, Intervento, *I poteri delle autorità antitrust nazionali e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, Workshop Assonime, Roma, 20 novembre 2017. In *Note e studi*, 1/2018.

di mora. L'art. 13 della Direttiva amplia l'ambito di applicazione delle prime a fattispecie in precedenza non previste, quali la mancata collaborazione dell'impresa in caso di ispezione o la violazione dei sigilli apposti dei funzionari in sede ispettiva, e dispone che il loro ammontare sia proporzionato al fatturato totale dell'impresa in modo da risultare "efficaci e persuasive"⁵⁵. L'art. 16 introduce le penalità di mora⁵⁶ che devono essere commisurate al fatturato giornaliero delle imprese interessate e che possono essere inflitte mediante decisione quando l'impresa ometta o rifiuti di rispettare i termini per lo svolgimento di ispezioni, per l'esibizione di documenti, per l'attuazione di misure cautelari o di obblighi prescritti mediante decisione con impegni. Il secondo aspetto rilevante concerne invece il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio e la uniformazione del regime delle ammende che sono ribaditi dalla direttiva ECN+. L'art. 15 prevede la possibilità di aumentare i massimi edittali oltre il limite tradizionale del 10% del fatturato che rappresenta la soglia minima dell'importo massimo delle sanzioni la cui fissazione è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. La scelta è stata criticata da un duplice punto di vista. Da un lato contraddice apertamente l'obiettivo di uniformare la disciplina delle sanzioni nei diversi stati membri, che rappresenta una condizione essenziale per garantire un'effettiva parità di condizioni concorrenziali⁵⁷. Dall'altro ribadisce la centralità delle misure punitive e repressive quali deterrenti efficaci alla violazione delle regole di concorrenza laddove,

secondo alcuni, una concezione moderna richiederebbe piuttosto un più ampio utilizzo di strumenti – quali le misure cautelari amministrative e le decisioni con impegni – che consentano una correzione rapida e puntuale delle disfunzioni del mercato⁵⁸.

V.6. I programmi di clemenza

Un ultimo punto sul quale interviene la direttiva 2019/1 riguarda i programmi di clemenza. Per questi la direttiva detta una serie di disposizioni dettagliate circa le condizioni per la concessione del trattamento favorevole nei casi di denuncia di cartelli segreti⁵⁹.

Come sopra argomentato, proprio la mancata armonizzazione delle regole e le marcate differenze tra i programmi di trattamento favorevole negli Stati membri avevano provocato incertezza giuridica per i potenziali richiedenti circa la possibilità di beneficiare dell'immunità dalle ammende disincentivando le imprese dal fornire informazioni sugli accordi ai quali avessero partecipato.

La direttiva rende vincolante, per gli Stati membri, l'*ECN Model Leniency Programme* di cui recepisce i principi e le disposizioni fondamentali. Sul piano dell'organizzazione, l'armonizzazione della disciplina consente forme di coordinamen-

⁵⁸ Vedi ancora sul punto M. Libertini, *op. cit.*

⁵⁵ La l. 287/1990 prevede già sanzioni di ammontare alquanto modesto nei casi in cui le imprese si rifiutino di fornire documenti o informazioni ovvero forniscano informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti.

⁵⁶ Le penalità di mora non sono attualmente previste dalla l. 287/1990.

⁵⁷ Così M. Libertini, *op. cit.*, e F. Ghezzi – B. Marchetti, *op. loc. cit.*

⁵⁹ Nella causa C-2/23 *FL und KM Baugesellschaft e S* la C. giust. è stata chiamata a risolvere alcune questioni riguardanti il rapporto tra i programmi di clemenza e le indagini penali. In particolare la Corte dovrà chiarire se le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza debbano essere interpretate nel senso che la tutela dei documenti legati ad un programma di clemenza e delle informazioni da esso ricavate ha efficacia assoluta operante anche nei confronti delle autorità penali (pubblici ministeri e giudici penali), cosicché tali documenti non possono essere acquisiti agli atti nel procedimento penale e non possono essere utilizzati quale fondamento per ulteriori indagini.

to/collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali in relazione alle richieste di trattamento favorevole.

L'art. 21 della direttiva obbliga gli Stati membri a provvedere affinché le imprese che intendono chiedere l'immunità dalle ammende possano godere di una sorta di prenotazione per il periodo di tempo necessario a raccogliere gli elementi probatori necessari per raggiungere la soglia probatoria pertinente ai fini dell'immunità dalle ammende.

L'art. 22 obbliga gli Stati membri a provvedere affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza accettino domande semplificate dai richiedenti che hanno chiesto alla Commissione il trattamento favorevole facendo richiesta di un numero d'ordine o presentando una domanda completa, in relazione al medesimo presunto cartello segreto, a condizione che tali domande riguardino più di tre Stati membri come territori interessati. In questi casi, il principale interlocutore del richiedente è la Commissione la quale tiene comunque informate le autorità nazionali garanti della concorrenza interessate, su loro istanza, in merito alla situazione.

VI. Il rischio della applicazione duale del diritto della concorrenza

Alcuni commentatori hanno osservato che se per una parte la direttiva 2019/1 è destinata ad incidere direttamente sull'applicazione dei diritti *antitrust* nazionali, perché alcune delle modifiche introdotte (indipendenza, risorse) riguardano ogni aspetto dell'organizzazione e dell'attività delle Autorità nazionali, per altro verso una serie di disposizioni, come quelle relative alle procedure, ai poteri e alle sanzioni sono dettate con esclusivo riguardo a fattispecie di diretta applicazione del diritto europeo. Si potrebbe così determinare un

regime diverso a seconda che l'autorità nazionale applichi il diritto europeo o la normativa nazionale⁶⁰ ovvero una situazione di applicazione "duale" del diritto della concorrenza. Il rischio sarebbe ancor più grave in considerazione del fatto che molti Stati membri adottano un'interpretazione restrittiva della nozione di "effetto sul commercio tra Stati membri" con la conseguenza di applicare prevalentemente il diritto nazionale⁶¹.

Probabilmente si è trattato di un allarme eccessivo. Un'asimmetria nei poteri delle autorità nazionali a seconda che esse applichino il diritto europeo della concorrenza o il diritto nazionale sarebbe difficile da giustificare. Significativo è il caso dei poteri cautelari attribuito alle autorità nazionali quando agiscono in veste europea dall'art. 5 del regolamento 1/2003. Prima ancora che intervenisse il legislatore italiano⁶², la giurisprudenza teorica⁶³ e pratica⁶⁴ avevano in buona misura ammesso l'applicazione analogica della disposizione che autorizza l'utilizzo di misure cautelari alle fattispecie puramente italiane.

⁶⁰ F. Ghezzi – B. Marchetti, *op. loc. cit.* e M. Siragusa, Intervento, *I poteri delle Autorità antitrust nazionali e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, Workshop Assonime, Roma, 20 novembre 2017. In *Note e studi*, 1/2018.

⁶¹ Così M. Siragusa, *op. loc. ult. cit.*

⁶² Con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 che ha inserito l'art. 14-bis "misure cautelari" nella l. 287/1990.

⁶³ A. Frignani, *La messa in opera delle nuove norme antitrust comunitarie (il regolamento 1/2003) e suoi riflessi nel diritto italiano*, in *Il Diritto industriale* n. 5/2004, p. 462.

⁶⁴ Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713 in *Foro it.* 2007, III, 89 con nota di G. Faella, *Potere cautelare in materia antitrust, rifiuto di licenza e certificati complementari di protezione*.

VII. Il d.lgs. 185/2021 e le garanzie di indipendenza dei membri e del personale dell'AGCM

Il rischio di una applicazione duale del diritto della concorrenza, ovvero di un regime differenziato di norme procedurali e sostanziali a seconda che l'autorità agisca in attuazione del diritto europeo o nazionale, è scongiurato dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n.185 che ha dato attuazione alla direttiva ECN+ nel nostro ordinamento.

Il legislatore italiano ha infatti esteso esplicitamente la nuova disciplina non solo all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ma anche alle corrispondenti disposizioni del diritto nazionale, artt. 2 e 3 l. 287/1990.

Le modifiche che il d.lgs. 185/2021 introduce alla l. 287/1990 sono rilevanti.

Una prima significativa novità concerne il rafforzamento delle garanzie di indipendenza dei membri e del personale dell'AGCM. In particolare l'art. 1, dopo aver ribadito il regime di incompatibilità dei membri dell'AGCM, dispone che: a) i membri dell'autorità non possono essere rimossi o destituiti per motivi connessi al corretto svolgimento dei loro compiti o al corretto esercizio dei poteri nell'applicazione della presente legge ovvero degli articoli 101 o 102 del TFUE, salvo il caso di passaggio in giudicato di sentenza di condanna all'interdizione dai pubblici uffici; b) i membri e il personale dell'Autorità svolgono i loro compiti ed esercitano i loro poteri ai fini dell'applicazione della legge e degli articoli 101 e 102 del TFUE in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne con l'esplicito divieto di sollecitare o accettare istruzioni dal Governo o da altri soggetti pubblici o privati nello svolgimento dei loro compiti o nell'esercizio dei loro poteri. Se le garanzie di inamovibilità e il divieto di sollecitare

e/o accettare istruzioni potevano comunque ritenersi implicite già nel regime precedente, una novità più significativa è nella disposizione che fa divieto ai membri e al personale dell'autorità di essere coinvolti in procedimenti di cui si erano occupati durante il loro incarico nei tre anni successivi alla cessazione delle loro funzioni. Malgrado il rafforzamento delle garanzie in favore di membri e dipendenti dell'AGCM si può osservare che tale regime non va ad incidere su quelle caratteristiche funzionali e strutturali dell'autorità in considerazione delle quali la Corte costituzionale ha ribadito la natura amministrativa e non giurisdizionale dell'AGCM⁶⁵. L'argomento sul quale la Corte ha fatto leva per escludere la natura giurisdizionale dell'autorità garante è infatti essenzialmente quello della titolarità, in capo alla medesima, dell'interesse pubblico specifico alla tutela della concorrenza. Questa circostanza, che non è scalfita dalle modifiche di cui al d.lgs. 185/2021, porta ad escludere il carattere della terzietà rispetto agli interessi in conflitto proprio della giurisdizione. Si ricorda che nel senso dell'assenza, in capo alle autorità, dei caratteri di indipendenza e terzietà propri della autorità giudiziaria si era espressa anche la C. giust. che ha negato la legittimazione *ex art.* 267 TFUE delle autorità di Grecia e Spagna⁶⁶.

⁶⁵ Vedi Corte costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13 in *Giorn. Dir. Amm.*, 2019/4, p. 467 con nota di V. Turchini, *L'Antitrust non è un giudice. Nemmeno ai limitati fini*.

⁶⁶ C. giust. (Grande Sezione), 31 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* e altri contro GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE. C-53/03, EU:C:2005:333; C. giust. (Nona Sezione) 16 settembre 2020, *Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (Anesco)* e a., C-462/19, EU:C:2020:715.

VII.1 Ampliamento dei poteri di indagine dell'AGCM e rafforzamento della cooperazione nella rete delle autorità europee della concorrenza

I poteri di indagine dell'Autorità risultano indubbiamente rafforzati. In particolare, in linea con la direttiva, il d.lgs. 185/2021 attribuisce all'Autorità il potere di svolgere ispezioni anche in locali, terreni e mezzi di trasporto esterni all'impresa, se vi sono motivi ragionevoli di sospettare che libri o altri documenti che possono essere pertinenti per provare un'infrazione, siano ivi conservati (art. 3, comma 2-quinquies). Inoltre all'Autorità è riconosciuto il potere di convocare in audizione ogni soggetto che possa essere in possesso di informazioni rilevanti ai fini dell'istruttoria (art. 3, comma 2-bis). L'accentuazione dell'impostazione inquisitoria è evidente: nell'art. 14 della l. 287/1990 la possibilità di una audizione orale era riconosciuta come un diritto dei rappresentanti dell'impresa nei cui confronti fosse stata aperta una istruttoria. Su costoro non gravava però l'obbligo di rispondere alla convocazione della Autorità. Quanto ai mezzi di prova, ai sensi del d.lgs. 185/2021, l'Autorità può ispezionare e prelevare documenti "su qualsiasi forma di supporto" e utilizzare qualsiasi tipo di prova qualunque sia il supporto sul quale sono archiviate (art. 3, comma 2 quater, lett. b) e di . In questo caso la norma recepisce orientamenti già maturati nella prassi. Si può citare, ad esempio, il caso dell'utilizzo a fini probatori delle conversazioni WhatsApp (cfr. Provvedimento n. 27849, 17 luglio 2019, caso I805 – *Prezzi del cartone ondulato*) o delle intercettazioni acquisite nei procedimenti penali (cfr. Provvedimento n. 27646, 14 aprile 2019, caso I808 – *Gara Consip FM4*).

A garanzia dell'effettività dei poteri di indagine, il decreto 185/2021 attribuisce poi all'AGCM un articolato apparato di poteri sanzionatori volti a colpire atteggiamenti non collaborativi o addirittura ostruzionistici delle imprese indagate o delle persone fisiche che, dolosamente o per colpa, ostacolano l'accertamento ispettivo o forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti in risposta ad una richiesta di informazioni o non si presentano ad una audizione (art. 3, lett.c).

Nella fase istruttoria e di indagine, la cooperazione tra l'AGCM e le altre autorità nazionali *antitrust* è rafforzata.

In particolare in sede istruttoria, l'AGCM può effettuare ispezioni a sorpresa e indagini su richiesta delle autorità della rete europea autorizzando anche i funzionari delle autorità degli altri stati membri a partecipare attivamente ad ispezioni ed audizioni.

In attuazione dell'art. 29 della direttiva e dunque per rafforzare la cooperazione tra i membri della rete, l'art. 10 del d.lgs. 185/2021 introduce un nuovo articolo, il 31-bis, nel corpo della l.287/1990. L'alternativa, lasciata aperta dall'art. 29 tra la sospensione e l'interruzione del termine di prescrizione per l'irrogazione di sanzioni o di penali di mora da parte dell'autorità in pendenza del procedimento pendente dinanzi ad altra autorità o alla Commissione e riguardante la stessa infrazione, è sciolta dal decreto di recepimento nel senso della interruzione dello stesso in pendenza del procedimento e della sospensione in pendenza dell'eventuale contenzioso successivo. L'interruzione del termine di prescrizione decorre dalla notifica della prima misura formale di indagine ad almeno una impresa oggetto del procedimento istruttorio e si applica a tutte le imprese o associazioni di imprese che hanno partecipato all'infrazione. Trattandosi di interruzione, una volta chiuso il procedimento istruttorio con l'adozione di una decisione, quale che ne sia il contenuto, inizia un

nuovo periodo di prescrizione. La sospensione, in pendenza comporta invece che, chiuso il processo, il termine di prescrizione riprenda a decorrere.

VII.2. I diritti delle imprese indagate e delle parti interessate dall'istruttoria

Il consistente ampliamento dei poteri ispettivi e di indagine dell'Autorità è controbilanciato dalla previsione di una serie di garanzie in favore delle imprese e delle persone fisiche coinvolte nell'istruttoria.

L'esecuzione di ispezioni presso locali esterni all'impresa è subordinata alla necessaria acquisizione della autorizzazione preventiva, con decreto motivato, del procuratore della Repubblica del luogo ove deve svolgersi l'accesso (art. 3, comma 2-sexies).

Garanzia analoga non è prevista per le ispezioni presso la sede dell'impresa per le quali la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria non è richiesta. Alcuni commentatori hanno auspicato che la tutela nei confronti dell'atto ispettivo o di accertamento possa allora essere assicurata in via immediata con l'autonoma impugnazione degli atti ispettivi in quanto riconosciuti immediatamente lesivi⁶⁷. La soluzione così prospettata trova però un ostacolo nel consolidato indirizzo giurisprudenziale per il quale l'effettività della lesione e l'attualità dell'interesse a ricorrere si determinano solo al momento dell'eventuale adozione del provvedimento finale e non già per effetto della adozione di atti endoprocedimentali⁶⁸.

⁶⁷ Per F. Ghezzi – B. Marchetti, *op. loc. cit.*, l'impugnazione immediata degli atti ispettivi potrebbe essere introdotta non solo in ragione del carattere autonomamente lesivo di tali atti, ma anche come antidoto efficace all'ingresso nella rete di prove invalidamente raccolte suscettibili poi di condizionare negativamente la legittimità della decisione finale. La tesi è sostenuta anche da M. De Bellis, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, 2021.

⁶⁸ In alcuni casi la giurisprudenza amministrativa italiana ha invero ammesso la immediata

Alla stregua di detto indirizzo eventuali vizi della fase di acquisizione delle prove dovrebbero piuttosto essere fatti valere in via successiva con la impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento che potrebbe essere contestato sotto il profilo della non corretta acquisizione delle prove.

Le richieste di fornire informazioni o di esibire documenti devono concedere un termine ragionevole per la risposta, devono essere proporzionate, devono riguardare informazioni o documenti di cui i destinatari della richiesta sono in possesso e comunque relative all'oggetto e allo scopo dell'indagine. Le richieste di informazioni non possono essere tali da obbligare i destinatari ad ammettere un'infrazione agli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero agli articoli 2 o 3 della l. 287/1990. Allo stesso modo, le sanzioni previste per il caso di mancata risposta ad una richiesta di informazioni non possono colpire il rifiuto motivato dalla circostanza per la quale le informazioni richieste potrebbero far emergere una responsabilità del destinatario per

impugnabilità di atti interni al procedimento. Si tratta però di precedenti isolati che hanno riguardato casi alquanto peculiari. Ad esempio Tar Lazio, Sez. II, 26 gennaio 2012, n. 865 ha ammesso l'impugnabilità della comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio in materia *antitrust* in quanto era stata contestata la carenza in concreto del potere dell'AGCM ad avviare il procedimento stesso. Da ricordare anche Cons. Stato, VI, ord. 2 ottobre 2014, n. 4491 e Tar Lazio, sez. I, 27 novembre 2014, n. 11887 ove l'affermazione per la quale la mera pendenza di un procedimento sanzionatorio rende attuale l'interesse del soggetto sottoposto a tale procedimento a ricorrere avverso l'atto di natura regolamentare che disciplina il procedimento. La sentenza del Tar Lazio è stata poi riformata però sul punto da Cons. stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 che ha ribadito l'orientamento consolidato per il quale, nonostante la crescente importanza assunta (sia a livello nazionale che sovranazionale) dal principio del giusto procedimento, la pretesa al c.d. "giusto procedimento" non assume una rilevanza giuridica autonoma e non è autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell'emanazione del provvedimento finale.

un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo o per un reato.

VII.3. Il d.lgs. 185/2021 e l'ampliamento dei poteri decisori dell'AGCM

Il decreto introduce tre significative novità in tema di poteri decisori dell'AGCM. Sono riconosciuti all'Autorità: il potere di definire le proprie priorità di intervento e di concentrare la propria azione sulle questioni a suo avviso più rilevanti, con un deciso ampliamento della discrezionalità della Autorità nel non dare seguito a segnalazioni e denunce considerate "non prioritarie"; il potere di prorogare, per un periodo di tempo determinato, le misure cautelari con una netta inversione di rotta rispetto all'art. 14-bis comma 2 della l. 287/1990 che espressamente vietava la proroga delle misure cautelari; il potere di imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o anche strutturale idoneo a far cessare effettivamente l'infrazione con la sola indicazione di optare per la soluzione meno onerosa per l'impresa, conformemente al principio di proporzionalità.

Sui programmi di clemenza il decreto dà attuazione alle già ricordate disposizioni della direttiva ECN+ a sia per quanto riguarda l'allineamento delle condizioni per la concessione del trattamento favorevole nei casi di denuncia di cartelli segreti sia per le forme di coordinamento/collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali in relazione alle richieste di trattamento favorevole.

VIII. La Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 29 novembre 2024 sul recepimento della direttiva (UE) 2019/1, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno

Il 29 novembre 2024 la Commissione ha trasmesso al Consiglio e al Parlamento europeo una relazione che fa il punto sul recepimento della direttiva ECN+ da parte degli Stati membri, tempi e limiti.

Quanto alla tempestività del recepimento, la relazione constata che solo Danimarca, Germania, Ungheria, Lituania e Paesi Bassi hanno comunicato alla Commissione le loro misure nazionali di attuazione entro il termine del 4 febbraio 2021 (o poco dopo), come previsto dall'articolo 34 della direttiva, mentre ben 22 Stati membri non hanno rispettato il termine.

Solo a dicembre 2023 tutti gli Stati membri hanno completato il recepimento della direttiva. Resta inadempiente l'Estonia nei cui confronti è stata avviata la procedura di infrazione dinanzi alla Corte di giustizia.

Questa circostanza giustifica una certa incompletezza della relazione che la Commissione era tenuta comunque a presentare entro il 12 dicembre 2024 e che avrebbe dovuto esaminare i problemi legati al recepimento, ma anche gli effetti della direttiva sulla applicazione delle norme anti-trust e sul funzionamento del mercato interno fino a spingersi a formulare proposte di modifica se ritenute necessarie (art. 35 della direttiva ECN+).

La relazione si limita al primo aspetto. Registra dunque successi e limiti del recepimento della direttiva, e dei singoli istituti

da questa previsti, da parte dei singoli Stati membri.

Da questo punto vista presenta tuttavia un notevole interesse.

Per ripercorrerne i passaggi essenziali, la relazione rileva margini di non piena attuazione dei principi della indipendenza delle autorità e della adeguatezza delle risorse loro garantite. Alcuni ordinamenti consentono ai funzionari governativi di partecipare ai procedimenti delle autorità nazionali garanti della concorrenza e in uno Stato la tutela contro i licenziamenti ingiustificati non è estesa a tutti i responsabili decisionali. Inoltre in diversi Stati membri il diritto nazionale non definisce chiaramente quali siano i motivi ammissibili per la rimozione dall'incarico e, in particolare, cosa costituisca un "grave illecito" che potrebbe condurre a tale rimozione.

Sul versante delle risorse, non sempre sono garantite alle autorità risorse sufficienti per funzionare; in qualche caso, le autorità sono soggette alla approvazione governativa quando utilizzano la dotazione finanziaria loro assegnata; in uno Stato membro, all'autorità nazionale garante della concorrenza non è riconosciuto il potere di respingere le denunce formali per motivi di priorità.

Per quanto riguarda i poteri ispettivi, che la direttiva vuole rafforzati, alcuni ordinamenti mantengono limiti al potere dell'autorità nazionale di effettuare accertamenti ispettivi a sorpresa nei locali delle imprese e non appartenenti alle imprese mentre non tutti gli Stati membri hanno recepito l'autorizzazione giudiziaria preventiva richiesta dalla direttiva REC+ per gli accertamenti nei locali non appartenenti alle imprese. Anche il potere dell'autorità nazionale garante della concorrenza di ricercare documenti elettronici nei locali dell'impresa, di produrne copie e di proseguire l'accertamento nei propri locali o in altri locali designati a tal fine, il potere di chiedere informazioni ad altre persone fisiche e giuridiche e il potere di convocare

in audizione i rappresentanti di altre persone fisiche e giuridiche non sono sempre riconosciuti pienamente⁶⁹.

Per quanto riguarda i poteri decisori, la relazione non evidenzia forti criticità. La direttiva sembra aver conseguito il suo obiettivo di creare un *level playing field* poiché tutti gli Stati membri dispongono al momento della serie minima di poteri previsti dalla direttiva ECN+nelle loro legislazioni nazionali. In particolare, uniformandosi al modello europeo, alcuni ordinamenti hanno introdotto il potere di imporre rimedi comportamentali e strutturali e di adottare misure cautelari di propria iniziativa.

Sul piano dei poteri sanzionatori, in alcuni Stati l'attuazione della direttiva ha comportato cambiamenti significativi di sistema: si è passati, in alcuni casi, da un modello di applicazione puramente penale a un sistema misto civile/penale in cui le ammende possono anche essere irrogate o confermate da un organo giurisdizionale civile; in altri casi si è riconosciuta alla autorità garante il potere di applicare direttamente l'ammenda senza rivolgersi previamente a un organo giurisdizionale. Sicché l'obiettivo di munire tutte le autorità nazionali garanti della concorrenza del potere di irrogare ammende efficaci, proporzionate e dissuasive, nonché penalità di mora alle imprese e alle associazioni di imprese è stato quasi uniformemente conseguito.

In attuazione della direttiva i programmi amministrativi di trattamento favorevole sono stati introdotti anche nei due Stati membri che in precedenza non li prevedevano. In generale, il recepimento ha portato a una maggiore uniformità.

Gli articoli 27 e 28 che stabiliscono principi generali di cooperazione tra le autorità presenta alcuni ambiti di inattuazione. L'assistenza reciproca non è garantita piena-

⁶⁹ La questione è all'esame della C. giust., cfr. supra nt.

mente in tutti gli Stati membri. Incertezze permangono sia nella fase delle indagini che in quella della attuazione delle decisioni.

In diversi Stati membri non esiste il potere esplicito di richiedere la notifica di atti o l'esecuzione di decisioni da parte di altre autorità nazionali garanti della concorrenza, oppure tale potere è soggetto a condizioni più rigorose di quelle previste dalla direttiva. Infine alcuni Stati membri non escludono la possibilità di applicare termini nazionali di prescrizione alle decisioni di irrogazione di ammende adottate da altre autorità nazionali garanti della concorrenza, il che potrebbe impedire a tali autorità di fornire l'assistenza reciproca.

Ancora riguardo al termine di prescrizione, in alcune legislazioni nazionali sono presenti ambiguità quanto al fatto che la sospensione o l'interruzione si estenda a tutte le imprese coinvolte nell'infrazione ovvero la sospensione o l'interruzione sono subordinate alla adozione di determinate misure formali, come ad esempio l'avvio del procedimento.

Il bilancio tracciato dalla relazione è comunque provvisorio.

Il lasso di tempo intercorso tra l'adozione delle misure di attuazione da parte dei singoli Stati e la scadenza del termine assegnato alla Commissione dall'art. 35 della ECN+ troppo breve per consentire una valutazione di sintesi o la formulazione di proposte di modifica della direttiva stessa sulla base dell'esperienza.

La Commissione si impegna comunque a monitorare il rispetto della direttiva da parte degli Stati membri e ad adottare "misure adeguate, comprese procedure di infrazione ove necessario, per garantire il pieno e corretto recepimento della direttiva in tutta l'UE" con l'obiettivo di rivedere la direttiva ECN+ una volta acquisita sufficiente esperienza con l'applicazione delle nuove norme.

ANDREINA SCOGNAMIGLIO

IL PROCEDIMENTO ANTITRUST DINANZI ALL'AGCM

Sommario: **I.** Caratteri generali del Procedimento *antitrust* avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – **II.** Pre-istruttoria – **III.** FASE ISTRUTTORIA – III.1. Avvio del procedimento – III.2. Poteri istruttori – **IV.** Sub-procedimento cautelare – **V.** Sub-procedimento impegni – **VI.** Procedura di transazione – **VII.** Partecipazione di soggetti terzi – **VIII.** Comunicazione delle risultanze istruttorie – **IX.** Diritti di difesa delle Parti – **X.** Indagini conoscitive con misure rimediali – **XI.** Procedimento *antitrust* e art. 6 cedu.

I. Caratteri generali del Procedimento *antitrust* avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La disciplina dei procedimenti condotti dall'Autorità, sia ai fini dell'accertamento della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, che degli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, si desume da *più fonti normative*: l. n. 287/90; D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, recante il regolamento sulle procedure istruttorie¹, che disciplina le fasi dell'istruttoria, i poteri di indagine dell'Autorità e i diritti delle parti e dei terzi; Comunicazione per l'applicazione dell'articolo 14 *bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287 (misure cautelari)², Comunicazione sulla non imposizione e sulla

riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 l. n. 287/90 (programma di clemenza nazionale)³, nonché Comunicazione sulle Procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* l. n. 287/90 (impegni)⁴. Secondo il giudice amministrativo, l'eventuale inosservanza delle disposizioni a cui la stessa Autorità si è autovincolata nell'adozione delle proprie Comunicazioni può determinare un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale⁵.

La disciplina del procedimento *antitrust* presenta un *carattere di specialità* rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/90; tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina e affermato dalla giurisprudenza, il complesso dei principi ricavabili dalla l. n. 241/90 si pone come canone interpretativo delle leggi di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad una interpretazione letterale della *lex specialis*, ma di cercare, tra i significati e le interpretazioni possibili di un testo, quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore⁶.

Come si è visto *supra* [V. Voce sul procedimento *antitrust* avanti alla Commissione], la disciplina nazionale è largamente ispirata

³ Delibera AGCM 25 febbraio 2025, n. 31466 pubblicata sul sito istituzionale www.agcm.it.

⁴ Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'articolo 14 *ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in Bollettino AGCM n. 35 del 17 settembre 2012.

⁵ Tar Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964; 10 maggio 2010, n. 10572 confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

⁶ Consiglio di Stato, VI, 12 novembre 2012, n. 7265.

¹ Reg. in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, D.P.R. n. 217/98, come modificato da D.P.R. n. 214/2024 a seguito del recepimento della direttiva n. 2019/1.

² Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218 pubblicata sul sito istituzionale www.agcm.it.

alla corrispondente disciplina euro-unitaria, sicché, nonostante alcune differenze anche significative, si registra una certa specularità, che consente di utilizzare la giurisprudenza euro-unitaria quale utile parametro per verificare la legittimità e correttezza dei procedimenti svolti dinanzi all'Autorità.

Nella prospettiva di una sempre maggiore convergenza un significativo passo in avanti è costituito dal D.Lgs. n. 185/2021, che ha recepito la Direttiva (UE) 2019/01 dell'11 dicembre 2018 (pubblicata in GUCE L11 14.01.2019 - cd. Direttiva ECN+), che prevede *standard minimi* volti ad assicurare alle Autorità nazionali di disporre degli strumenti, delle risorse e dei poteri sanzionatori necessari per assicurare un'efficace applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 TFUE (potere di svolgere ispezioni presso locali non commerciali previa autorizzazione del giudice; potere di definire in maniera puntuale il contenuto della diffida, anche attraverso rimedi strutturali; facoltà di fissare priorità di *enforcement*; sanzioni per violazioni di carattere procedurale commisurate sul fatturato totale). Sempre nell'ottica della maggiore convergenza si evidenzia che il considerando 4 della Direttiva prevede che la nuova disciplina trova applicazione non solo quando le Autorità nazionali applicano il diritto europeo in via decentrata, ma anche quando applicano in parallelo il diritto nazionale della concorrenza.

L'art. 12, comma 1-*quater*, l. 287/90, introdotto a seguito del recepimento della direttiva ECN+, dispone che i procedimenti relativi alle infrazioni degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/90 rispettano i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il Considerando 14 Direttiva 19/01 indica, in particolare, il diritto a una buona amministrazione e il rispetto dei diritti di difesa delle imprese, di cui una componente essenziale è il diritto

di essere sentiti; l'obbligo di informare le parti oggetto dell'indagine in merito agli addebiti mossi sotto forma di una comunicazione degli addebiti o di una misura simile prima di adottare una decisione che constata un'infrazione; il diritto delle parti di far conoscere in modo efficace il loro punto di vista su tali addebiti prima dell'adozione di una tale decisione; il diritto di accedere al fascicolo istruttorio per poter esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa; la tutela dei segreti aziendali e delle informazioni riservate; l'obbligo di motivazione delle decisioni; il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice conformemente all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; infine, conformemente al diritto a una buona amministrazione, gli Stati membri dovrebbero garantire che, nell'applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, le ANC svolgano i procedimenti entro tempi ragionevoli, tenendo conto delle specificità di ciascun caso.

Lo *scopo delle regole procedurali* dettate dal complesso di norme menzionate è quello di assicurare il pieno esercizio dei diritti di difesa delle imprese indagate, nel rispetto del principio c.d. di "parità delle armi", elaborato dalla giurisprudenza dell'Unione. A tale scopo, infatti, è volta la minuziosa regolamentazione dei poteri istruttori dell'Autorità, nonché dei diritti e facoltà delle parti, con particolare riguardo al diritto di essere sentiti e di accedere agli atti del fascicolo istruttorio (V. Voce su Accesso al fascicolo *antitrust*).

La *disciplina sul procedimento* si applica anche al controllo sulle concentrazioni. Secondo il giudice amministrativo, tale disciplina assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale, nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 l. 287/90⁷.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307; 14 luglio 2011, n. 4283.

Sulla base del medesimo principio, il giudice ha ritenuto che la procedura di cui all'art. 14 deve essere estesa anche ai procedimenti per l'accertamento delle violazioni dell'art. 8, commi 2-*bis*, 2-*ter*, i quali presuppongono un'attività di accertamento che «non differisce, nella sostanza logica e di merito tecnico, al di là della concreta complessità fattuale, da quella svolta nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante e concentrazione restrittiva della concorrenza»⁸.

Il giudice ha altresì ritenuto che «il procedimento di accertamento dell'inottemperanza condivide con il procedimento *antitrust* ordinario la medesima esigenza di tutela rafforzata del contraddittorio, derivante dalla particolare natura afflittiva della sanzione», sicché «non appare dubbia, a giudizio del Collegio, l'applicabilità al procedimento di accertamento dell'inottemperanza della disciplina dettata dagli artt. 12, 13 e 14 della legge n. 287/1990 e dall'art. 14 del d.P.R. n. 217/1998»⁹.

Tutto ciò premesso, il procedimento *antitrust* dinanzi all'Autorità si articola in tre fasi: *i*) la fase pre-istruttoria, che precede l'avvio formale del procedimento; *ii*) la fase istruttoria, che è volta ad acquisire gli elementi di prova utili all'accertamento della violazione ipotizzata in sede di avvio in contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura, con l'adozione del provvedimento finale.

II. Pre-istruttoria

La fase che precede l'apertura dell'istruttoria è caratterizzata dalla *informalità*, diversamente dalla corrispondente disciplina comunitaria [V. Voce sul procedimento

antitrust avanti alla Commissione]. Infatti, né l'art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90, né il Reg. sulle procedure istruttorie disciplinano nel dettaglio la fase pre-istruttoria; a differenza della Commissione, in questa fase l'Autorità non dispone di poteri ispettivi, che possono dunque essere esercitati solo dopo l'avvio del procedimento.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che gli adempimenti posti in essere informalmente nella fase che precede l'avvio dell'istruttoria sono non solo legittimi, ma doverosi, rispondendo a criteri di economicità e buon andamento dell'attività amministrativa secondo cui l'avvio di un procedimento *antitrust*, in particolare modo a seguito di denuncia, deve essere preceduto da una prima delibazione degli elementi a disposizione¹⁰. Il giudice amministrativo ha anche affermato che «l'informalità di tale fase e la considerazione della sua stretta strumentalità rispetto a quella, eventuale, dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato dalla disciplina speciale, sono fattori che inducono a disattendere l'assunto dell'applicabilità anche al caso di specie delle norme della legge n. 241/90, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti»¹¹.

I poteri pre-istruttori risultano oggi significativamente rafforzati dalle modifiche apportate dalla legge annuale sulla concorrenza 2021, che ha introdotto la *richiesta di informazioni assistita da sanzione* (cfr. art. 12, comma 2 *bis* della l. n. 287/90) «in ogni momento», anche al di fuori dell'istruttoria. Tale modifica era stata richiesta dalla stessa Autorità proprio al fine di poter disporre di uno strumento più efficace e tempestivo per l'acquisizione degli elementi utili ai fini dell'eventuale avvio del procedimento istruttorio, in quanto, nel

⁸ TAR Lazio, sez. I, 4 luglio 2011, n. 5843.

⁹ Tar Lazio, sez. I, 11 novembre 2016, n. 11169, confermata da Cons. St, sez. VI, 30 aprile 2020, n. 2764.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2002, n. 652; 30 agosto 2002, n. 7451; 27 gennaio 2004, n. 3729.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538; Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3505.

precedente regime, tale acquisizione era sostanzialmente rimessa alla collaborazione dei destinatari della richiesta¹². La richiesta di informazioni deve indicare le basi giuridiche su cui sono fondate, devono essere proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli art. 101 o 102 del TFUE oppure degli art. 2 o 3 della l. n. 287/90. Il cd. *divieto di autoincriminazione* trova dunque espressa applicazione anche nella fase preistruttoria.

L'Autorità può avviare un procedimento *ex officio* sulla base di istanze, segnalazioni, denunce di terzi interessati (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni di consumatori - cfr. art. 12 c.c. 1, l. n. 287/90); di domande di ammissione al programma di clemenza; di elementi informativi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Anche una denuncia anonima può ritenersi idonea ad attivare i poteri pre-istruttori e istruttori dell'Autorità¹³. È importante segnalare che anche l'Autorità, analogamente alla Commissione e ad altre ANC, si è dotata dello strumento di *whistleblowing*, che consente al segnalante di interagire con gli Uffici mantenendo l'anonimato. Qualunque soggetto che, nello svolgimento della propria attività lavorativa o rapporto professionale, venga a conoscenza di possibili violazioni *antitrust*, può utilizzare i moduli per la segnalazione disponibili sul sito dell'Autorità. Lo strumento, introdotto nel febbraio 2023, si è rivelato particolarmente efficace, se si considera che esso ha consentito l'avvio di alcune istruttorie.

Per quanto riguarda le concentrazioni, il giudice ha affermato che «considerato che non vi è ragione per escludere l'attivazione della preistruttoria anche per la verifica delle operazioni di concentrazione,

non vi è altresì motivo per ritenere che tale fase debba avere in questo caso contenuto diverso da quello per essa previsto in linea generale e perciò svolgersi necessariamente in modo sommario», dovendosi chiudere con espresse «conclusioni nel merito» e svolgersi attraverso una «completa valutazione dell'operazione di concentrazione», sulla base di comunicazioni preventive recanti «tutte le informazioni» e gli «allegati ed elementi essenziali» per la suddetta valutazione¹⁴.

Con riguardo alla *durata della fase preistruttoria*, si è posta la questione se in questa fase trova applicazione l'art. 14 della legge n. 689/81, che prevede un termine di decadenza di novanta giorni per l'avvio del procedimento sanzionatorio¹⁵. Si registrano diversi orientamenti del giudice amministrativo. Secondo un primo orientamento affermato per quasi trenta anni, il Consiglio di Stato ha dato risposta negativa, in quanto il richiamo contenuto nell'art. 31 l.at. alla l. 689/81 vale «solo per quel che riguarda le sanzioni pecuniarie ... ma non anche in relazione al relativo procedimento»; da ciò consegue che il citato art. 14 della l. 689/81 e il relativo termine di novanta giorni non trovano applicazione nei procedimenti *antitrust*¹⁶, precisando altresì che il procedimento di accertamento delle violazioni *antitrust* è sottoposto ad una disciplina speciale e perciò derogatoria rispetto alla disciplina generale di cui alla l. n. 689/81. Il giudice riteneva inoltre che non potesse riscontrarsi alcuna compromissione del diritto di difesa delle parti derivante dal ritardo con cui l'Autorità procede all'avvio dell'istruttoria, considerato che il lasso di tempo tra l'arrivo della segnalazione e l'avvio si configura

¹⁴ Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2009, n. 2012; 2 marzo 2009, n. 1190.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2002, n.2092; 2 luglio 2015, n. 3291; Tar Lazio, sez. I, 28 luglio 2017, n. 9048; 26 luglio 2017, n. 8945; 14 marzo 2018, n. 4469.

¹² AGCM, AS1730, proposte di riforma concorrenziale ai sensi della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021.

¹³ Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864; 8 aprile 2025, n. 2979.

come necessario a valutare la sussistenza di un *fumus* di infrazione¹⁷.

Successivamente il Consiglio di Stato ha precisato che, a tutto voler concedere, il tempo entro cui l'Autorità deve notificare la contestazione dell'art. 14 è collegato non alla commissione della violazione, ma al tempo di accertamento dell'infrazione e, pertanto, non già alla notizia del fatto sanzionabile, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti; quindi, dal compimento dell'attività di verifica dell'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi¹⁸.

Più recentemente, il giudice amministrativo si è espresso invece nel senso dell'applicabilità al procedimento *antitrust* del termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 della l. n. 689/81 decorrente dalla piena conoscenza dell'illecito sulla base delle seguenti argomentazioni. Innanzi tutto, il Regolamento sulle procedure istruttorie (DPR n. 217/98) non prevede alcun termine per l'avvio del procedimento e, dunque, deve essere integrato con la previsione di carattere generale di cui al citato art. 14 della l. n. 689/81; inoltre, considerata la natura penale della sanzione *antitrust*, deve essere assicurata la conformità ai principi del giusto procedimento e di legalità¹⁹.

Infine si è affermato un ulteriore orientamento interpretativo che, pur non ritenendo applicabile l'art. 14 della l. n. 689/81, ha ritenuto che l'Autorità abbia avviato l'istruttoria *dopo un tempo non ragionevolmente*

congruo rispetto al momento in cui potevano ritenersi acquisite tutte le notizie rilevanti ai fini dell'avvio dell'istruttoria. Più in particolare, il giudice ha richiamato l'art. 6 CEDU e l'art. 41 della Carta fondamentale dei diritti UE quale fondamento giuridico dell'obbligo dell'Autorità di avviare l'istruttoria entro un tempo ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre contraddistinguere l'operato in termini. Sulla base di tale orientamento alcuni importanti provvedimenti dell'Autorità sono stati annullati²⁰.

La questione, di particolare rilevanza per il significativo impatto che gli orientamenti giurisprudenziali hanno avuto sull'efficacia degli interventi dell'Autorità, è stata portata all'attenzione della Corte di Giustizia. La questione pregiudiziale sottoposta dal Tar del Lazio è posta nei seguenti termini: "Se l'articolo 102 TFUE, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'articolo 14 della legge [n. 689/81] – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'[AGCM] di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito»²¹.

La Corte di giustizia si è pronunciata nel senso che "l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2012 n. 582; 5 agosto 2013 n. 4085; 22 luglio 2014, n. 3896; 10 luglio 2018, n. 4211; 29 maggio 2018, n. 3197.

¹⁹ Tra le altre, Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580; 1° marzo 2023, n. 2117; 1° marzo 2023, n. 2118; 31 ottobre 2023, n. 9380; 4 ottobre 2022, n. 8503; 9 maggio 2022 n. 3570.

²⁰ Tra le altre, Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2023, n. 831; 21 gennaio 2020, n. 512; 25 gennaio 2022, n. 500; 13 marzo 2020, n. 1832.

²¹ Causa C-511/23 - Tar Lazio, ordinanza di rinvio 1° agosto 2023, n. 12962/2023.

e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica"²².

In estrema sintesi, la Corte di giustizia ha analizzato i seguenti aspetti legati alla normativa nazionale tali da compromettere l'efficacia del diritto dell'Unione: *la brevità del termine* di 90 giorni fissato per concludere la fase preliminare dell'istruttoria, rischia di obbligare l'Autorità a dover trattare in maniera indifferenziata l'insieme delle procedure d'infrazione di cui è investita, prendendo in considerazione non già le circostanze proprie di ciascuna procedura, ma seguendo unicamente un

ordine cronologico, impedendole così di stabilire e attuare priorità per le sue procedure relative all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE; *l'incertezza quanto al dies a quo* del termine di novanta giorni, le cui modalità di avvio appaiono poco precise, poco chiare e poco prevedibili tanto per l'Autorità quanto per l'impresa interessata; *le gravi conseguenze del mancato avvio nei termini di un procedimento formale*, vale a dire la decadenza dall'esercizio del potere di accertamento, di divieto e sanzionatorio conferito all'Autorità. Tale conseguenza è idonea ad ingenerare un rischio sistemico di impunità per i fatti integranti violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione; infatti, detta normativa nazionale potrebbe in tal modo implicare che un numero rilevante di infrazioni accertate alle norme in materia di concorrenza non siano oggetto di sanzioni efficaci e dissuasive. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, il superamento del termine ragionevole da parte della Commissione non può costituire un motivo di annullamento della decisione, a meno che non si dimostri che tale violazione ha inciso concretamente sui diritti di difesa. La Corte precisa che benché sia certamente importante evitare che i diritti di difesa di un'impresa non siano irrimediabilmente compromessi nel corso della fase preliminare di una procedura di infrazione in materia di concorrenza, una siffatta impresa resterà, in ogni caso, in grado di esercitare effettivamente i suoi diritti di difesa, purché si garantisca che nessuna decisione possa essere adottata nei suoi confronti dall'autorità nazionale della concorrenza senza che quest'ultima abbia condotto una fase istruttoria in contraddittorio, nel corso della quale detta società abbia potuto far valere pienamente i suoi diritti della difesa.

In conclusione, la Corte ha affermato che "Spetta quindi al giudice del rinvio interpretare, quanto più possibile, il suo diritto nazionale, in particolare l'articolo

²² Sentenza 30 gennaio 2025, causa C511/23 Caronte Tourist SpA contro Agcm; si vedano anche le Conclusioni Avvocato Generale - 5 settembre 2024 Causa C-511/23. Le conclusioni hanno ad oggetto anche il quesito sollevato negli stessi termini in materia di tutela del consumatore (Causa C-510/23).

31 della legge n. 287/90 e l'articolo 14 della legge n. 689/81, in modo conforme al diritto dell'Unione al fine di garantirne la piena efficacia. L'obbligo di interpretazione conforme impone a tale giudice di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto interno incompatibile con gli scopi di una disposizione del diritto dell'Unione e di disapplicare, a tal fine, di propria iniziativa, qualsiasi interpretazione accolta da un organo giurisdizionale superiore, foss'anche supremo, al quale esso sia vincolato, ai sensi di tale disposizione nazionale, se detta interpretazione non è compatibile con il diritto dell'Unione".

A seguito della pronuncia della Corte vi sono state alcune decisioni conformi del Consiglio di Stato e si è in attesa della conclusione dei numerosi giudizi che erano stati sospesi in attesa dell'esito del rinvio pregiudiziale. La sentenza della Corte rappresenta un presidio fondamentale a tutela dell'indipendenza dell'Autorità e dell'efficacia dei suoi interventi a tutela della concorrenza (cfr. Cons. St. sez. VI, 8 aprile 2025, n. 2979 e 24 aprile 2025, n. 3530).

Qualora l'Autorità ritenga che non sussistono elementi sufficienti per avviare un procedimento istruttorio, adotta *una decisione di archiviazione* che viene comunicata al denunciante. La decisione di archiviazione non preclude all'Autorità di potersi attivare in futuro in presenza di ulteriori elementi informativi sulla medesima fattispecie o se mutino le circostanze di fatto o di diritto su cui si fonda l'archiviazione²³.

Un'importante novità è costituita dall'art. 12, comma 1 *ter* della l. n. 287/90, introdotto a seguito del recepimento dell'art.

4, lett. c) della direttiva ECN+, il quale stabilisce che gli Stati membri devono garantire che le Autorità nazionali abbiano *il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti istituzionali* ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nell'ottica di consentire un uso più razionale ed efficiente delle risorse, che possono essere indirizzate verso l'accertamento dei casi più rilevanti. Anche l'Autorità è stata dunque dotata di questo nuovo potere, che, in prospettiva, potrà consentirle di respingere le denunce in quanto non prioritarie, potendo concentrare le proprie risorse sulle infrazioni che causano maggiori danni per la concorrenza.

Il giudice amministrativo, superando un primo orientamento negativo e conformandosi alla giurisprudenza comunitaria [V. Voce sul procedimento *antitrust* avanti alla Commissione], ha ammesso la *legittimazione dei soggetti denunciante ad agire avverso la decisione di archiviazione*. Più in particolare, il denunciante può far valere l'interesse a che l'Autorità prenda in esame e si pronunci sulla sua denuncia, e non l'interesse ad ottenere l'avvio del procedimento²⁴. Il Consiglio di Stato ha altresì evidenziato che l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica non è tenuta ad approfondire specificamente ogni punto della segnalazione dell'illecito, essendo sufficiente che esamini complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto²⁵.

Nelle ipotesi in cui gli Uffici dell'Autorità, sulla base degli accertamenti effettuati, ritengano che sussista un *fumus* di violazione, sottopongono la proposta al Collegio, che adotta il provvedimento formale di avvio dell'istruttoria.

²³ Tar Lazio, sez. I, 24 aprile 2018, n. 4466; 24 aprile 2018, n. 4483; in senso contrario Tar Lazio, 12 giugno 2018, n. 6523, confermata da Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512; 23 dicembre 2016, n.12811, confermata da Cons. St. 28 dicembre 2020, n. 3858.

²⁴ Tar Lazio, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056; 28 marzo 2002, n. 2369; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1738.

III. Fase istruttoria

III.1. L'avvio del procedimento

Il provvedimento di avvio del procedimento deve contenere gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, nonché il termine entro il quale le parti possono chiedere di essere sentiti dagli Uffici. L'indicazione degli *elementi essenziali* in merito alle presunte infrazioni è volta a consentire alle parti di avere piena contezza delle presunte violazioni loro contestate e di porle conseguentemente in grado di difendersi. Va evidenziato che la contestazione formulata in sede di avvio si fonda sugli elementi al momento disponibili ed è dunque necessariamente sommaria. Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che «l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttoria, mentre non sempre può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, devono essere con precisione identificati i soli profili delle condotte delle imprese oggetto dell'indagine, al fine di mettere in grado le stesse di poter proficuamente partecipare all'istruttoria»²⁶. Il TAR ha altresì evidenziato che «non può ritenersi imm modificabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione di avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le coordinate generali, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive»²⁷.

²⁶ Tra le altre, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3505; 24 ottobre 2014, n. 5274 e 5276; Tar Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, nn. 8945, 8952, 8954 e 8955; Tar Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561.

²⁷ Tar Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180.

La notifica del provvedimento di avvio interrompe la prescrizione, così come espressamente previsto dall'art. 31 bis, comma 1, della l. n. 287/90, introdotto a seguito del recepimento della direttiva ECN+, secondo cui *“L'interruzione del termine di prescrizione decorre dalla notifica della prima misura formale di indagine ad almeno una impresa oggetto del procedimento istruttorio e si applica a tutte le imprese o associazioni di imprese che hanno partecipato all'infrazione”*²⁸. Deve ritenersi che, oltre all'avvio, il termine di prescrizione si interrompe con qualsiasi atto procedimentale dell'Autorità destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione²⁹. La prescrizione, ai sensi dell'art. 31 bis, comma 3, della l. n. 287/90, è oggi decennale.

Quanto al *termine di conclusione del procedimento*, per le intese e gli abusi esso è fissato di volta in volta dall'Autorità in relazione alle peculiarità del caso di specie. Il giudice ha in più occasioni chiarito che detto termine ha natura ordinatoria ed è prorogabile, prima della scadenza e con adeguata motivazione, al fine di garantire all'Autorità massima libertà nell'esercizio dei poteri istruttori³⁰. Ai sensi dell'art. 12, comma 1 quater, l. n. 287/90, modificato dal d.lgs. n. 185/2021, l'Autorità svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli.

Non può dirsi dunque violato il rispetto del termine finale stabilito dall'Autorità per la conclusione del procedimento sanzionatorio, nei casi in cui il Provvedimento è stato adottato prima della scadenza del termine stabilito dall'Autorità, come da ultimo prorogato³¹.

²⁸ Tar Lazio, 29 marzo 2012, n. 3041; Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2014, n. 3032.

²⁹ Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2016, n. 2328; 29 maggio 2018, n. 3197.

³⁰ Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265; 29 maggio 2018, n. 3197; 26 luglio 2018, n. 4577; 5 agosto 2019, n. 5561; 14 ottobre 2019, n. 6985.

³¹ Tar Lazio, sez. I, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561. Nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2018, n. 3197.

Nel corso del procedimento l'Autorità può contestare alle stesse parti nuove infrazioni connesse con l'oggetto del procedimento adottando un provvedimento di *ampliamento oggettivo* dell'istruttoria oppure può contestare la medesima infrazione ad altri soggetti adottando un *provvedimento di ampliamento soggettivo*, fermo restando che ciò non può pregiudicare i termini per la difesa delle parti coinvolte nell'istruttoria.

Il *responsabile del procedimento*, che deve essere indicato nel provvedimento di avvio, cura il corretto svolgimento dell'attività istruttoria e pone in essere gli incombenzi procedurali, nonché decide in merito alle istanze di accesso agli atti e alle istanze di riservatezza presentate dalle parti.

Il *provvedimento di avvio dell'istruttoria ha natura di atto endoprocedimentale* e, poiché privo di autonoma e immediata lesività, non è autonomamente impugnabile. Al riguardo i giudici hanno precisato che eventuali vizi potranno dunque essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento finale³². Il provvedimento di avvio, infatti, non ha natura di atto immediatamente lesivo³³, trattandosi di mero atto di avvio del procedimento la cui funzione è solo quella di portare a conoscenza del soggetto destinatario l'avvio dell'iter procedimentale all'esito del quale, mediante l'adozione dell'atto conclusivo, si potrebbero semmai ed eventualmente produrre effetti pregiudizievoli per la situazione giuridica dell'impresa³⁴.

III.2. Poteri istruttori

I poteri istruttori dell'Autorità, modellati su quelli della Commissione, sono disciplinati dalla l. n. 287/90 e dal Regolamento sulle procedure istruttorie sia con riguardo

alle *modalità di esercizio* che alle *regole poste a garanzia* dei soggetti investigati.

L'Autorità può innanzi tutto *richiedere di fornire informazioni o esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria*, in ogni momento del procedimento, alle imprese, associazioni di imprese o persone fisiche e giuridiche che ne siano in possesso, entro un termine ragionevole e indicato nella richiesta (cfr. art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90, come modificato dal D.lgs. n. 185/2021).

Nella nuova formulazione, l'art. 14, co. 2, della l. 287/90 dispone che le richieste di informazioni siano proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli art. 101 o 102 TFUE o degli artt. 2 o 3 della legge. Risulta dunque oggi espressamente codificato il c.d. *divieto di autoincriminazione*, che trovava applicazione nel precedente regime alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, secondo cui, al fine di garantire il rispetto dei diritti di difesa, non può imporsi alle imprese l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali sarebbero indotte a confessare l'esistenza della trasgressione, che deve essere provata invece dalla Commissione³⁵. In tal senso era orientato anche il giudice nazionale³⁶.

Ulteriori modifiche normative, che hanno reso il potere istruttorio della richiesta di informazioni maggiormente incisivo rispetto al regime previgente, riguardano l'inasprimento delle sanzioni irrogabili nel caso in cui le imprese forniscano informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti. In particolare, l'Autorità può in tali casi applicare una sanzione pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente (cfr. art. 14, comma 5, l. n. 287/90); può applicare alle imprese e associazioni di imprese penali

³² Tar Lazio, sez. I, 30 giugno 2000, n. 1485.

³³ Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2023 n. 385.

³⁴ Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864-865.

³⁵ C. giust., 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-374/87.

³⁶ Tar Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139 confermata da Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

di mora il cui importo può giungere fino al 5 per cento del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo (cfr. art. 14, comma 6, l. n. 287/90); può sanzionare, nonché applicare penalità di mora anche alle persone fisiche (cfr. art. 14, comma 7, l. n. 287/90).

L'art. 14, comma 2 *bis*, della l. n. 287/90, come modificato dal più volte citato d.lgs. n. 185/2021, prevede che l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria convocare in audizione ogni rappresentante di un'impresa o di un'associazione di imprese, un rappresentante di altre persone giuridiche se tali rappresentanti o tali persone fisiche possono essere in possesso di informazioni rilevanti ai fini dell'istruttoria. L'Autorità, ai sensi dei successivi commi 7, lett. c e 8, lett. b, può irrogare sanzioni pecuniarie o penalità di mora qualora le imprese o le persone fisiche convocate in audizione non si presentino o si presentino in ritardo. *L'audizione dei soggetti terzi* è volta a raccogliere le informazioni utili ai fini dell'istruttoria e svolge una funzione diversa dall'audizione delle parti, che è finalizzata a garantire la partecipazione al procedimento e la tutela dei diritti di difesa.

L'ispezione costituisce uno strumento istruttorio fondamentale e particolarmente incisivo per i soggetti che vi sono sottoposti. L'art. 10 Reg. sulle procedure istruttorie pone dunque una serie di garanzie volte ad assicurare il rispetto dei diritti di difesa ed evitare interventi arbitrari o sproporzionati. Sul punto, si segnala che il giudice amministrativo ha respinto la tesi secondo cui il potere ispettivo dell'Autorità, così come disciplinato dall'art. 14 c.c. 2, l. n. 287/90, sarebbe in contrasto con l'art. 8 CEDU³⁷.

³⁷ Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1999. Si segnala anche Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865. Con tali decisioni, il giudice di primo grado ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in

L'ispezione è autorizzata dal Collegio e i funzionari incaricati esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto, che precisa l'oggetto dell'accertamento, nonché le sanzioni che possono essere irrogate nel caso in cui, nel corso dell'accertamento ispettivo, non vengano fornite le informazioni o esibiti i documenti richiesti. Come affermato dal giudice amministrativo, «l'esercizio del potere ispettivo è una facoltà attribuita all'Autorità dalla legge, non soggetta ad alcun onere motivazionale, e la valutazione di opportunità di procedere a ispezione o ad altra forma di richiesta di documenti attiene al merito amministrativo ed è insindacabile in sede giurisdizionale, atteso che, diversamente, il giudice si sostituirebbe del tutto, sovrapponendo le sue valutazioni di opportunità, all'autorità amministrativa nell'esercizio del relativo potere»³⁸.

Va poi segnalato che il Consiglio di Stato ritiene ammissibile l'acquisizione, nell'ambito di un'istruttoria in corso, di documenti non direttamente pertinenti con la violazione contestata, senza che a tal fine possa pretendersi l'apertura di una nuova istruttoria o l'estensione di quella già avviata; l'opposta tesi condurrebbe infatti alla irragionevole conseguenza di impedire l'acquisizione di documentazione rilevante ai fini *antitrust* per consentirla solo dopo l'apertura di un'istruttoria, che peraltro, si dovrebbe basare su elementi non più acquisibili, con il rischio oltretutto di non ritrovare successivamente quegli elementi informativi suscettibili di dimostrare un comportamento anticoncorrenziale dell'impresa³⁹.

merito al citato art. 14, comma 2, della l. n. 287/90, affermando che, in proposito, è sufficiente porre in rilievo, da un lato, che il potere ispettivo è previsto dalla legge per finalità costituzionalmente rilevanti, dall'altro, che l'esercizio dello stesso è immediatamente sindacabile in sede giurisdizionale.

³⁸ Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865, cit.

³⁹ Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

Quanto all'utilizzo di elementi istruttori nei confronti di imprese non destinatarie dell'avvio del procedimento, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 8 d.P.R. n. 217/1998, se pure impedisce all'Autorità di esercitare poteri istruttori nei confronti di imprese che non hanno ancora ricevuto la notifica dell'avvio del procedimento «certo non preclude all'Autorità di utilizzare elementi istruttori legittimamente acquisiti presso soggetti già destinatari della notificazione nei confronti di imprese terze, in quel momento ancora estranee al procedimento, per l'assenza nei loro confronti di significativi indizi». In breve «se nel corso di un accertamento ispettivo presso un'impresa già destinataria della notificazione, si rinvenivano documenti da cui emerge la responsabilità di altre imprese, tali documenti possono essere utilizzati anche nei confronti di dette imprese, fino a quel momento estranee al procedimento»⁴⁰.

A seguito del recepimento della direttiva ECN+, i poteri ispettivi dell'Autorità risultano ulteriormente rafforzati, in quanto la citata direttiva prevede che le Autorità nazionali di concorrenza siano dotate del potere di accertamento in locali non commerciali, compresi il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale, nelle ipotesi in cui vi siano motivi ragionevoli di sospettare che libri o altri documenti connessi all'azienda o all'oggetto dell'accertamento che possono essere pertinenti per provare un'infrazione grave all'art. 101 e 102 TFUE sono conservati in locali diversi da quelli commerciali. In tali ipotesi, è prevista l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria nazionale (cfr. art. 14, comma 2 *quinquies* e ss. l. n. 287/90).

Con riguardo agli accertamenti ispettivi svolti ai sensi dell'art. 22, comma 1, Reg. CE 1/2003, il TAR ha affermato che l'autorità nazionale di concorrenza che svolge accertamenti ispettivi in nome e per conto

di altra autorità della rete può procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale, il che significa che la norma lascia ampi spazi valutativi all'autorità locale collaborante, che agisce secondo la propria legislazione nazionale senza che la sua azione debba ritenersi ancorata ad una previa analitica individuazione delle puntuali iniziative da porre in essere da parte dell'autorità richiedente⁴¹. Il Tar ha poi chiarito che l'autorità nazionale di concorrenza di altro Stato membro dell'UE che svolge accertamenti ispettivi in nome e per conto dell'Autorità non necessita di un provvedimento ispettivo deliberato dall'Autorità stessa, ma viene legittimata allo svolgimento dell'accertamento secondo le modalità previste dalle norme del proprio ordinamento: là dove esso richieda la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria tale autorizzazione è dunque necessaria e sufficiente a consentire lo svolgimento dell'ispezione. Secondo il Tar «il giudice nazionale non può sindacare in merito all'*an* e al *quomodo* dell'applicazione di norma estere: è, infatti, norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta quella secondo cui l'esercizio della giurisdizione, in quanto manifestazione della sovranità nazionale, non può varcare i confini di ciascuno Stato. E, pertanto, la contestazione di atti ispettivi posti in essere da altra autorità dell'ECN deve essere svolta, da parte dei soggetti interessati, davanti al giudice del Paese in cui l'Autorità procedente all'ispezione ha agito, non potendosi invece proporsi davanti al Giudice nazionale, neppure al solo fine di ottenere la dichiarazione dell'invalidità derivata di atti nazionali successivamente adottati sulla base degli atti ispettivi controversi»⁴².

⁴¹ Tar Lazio, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, confermata da Cons. St. 13 marzo 2020, n. 1832.

⁴² Tar Lazio, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, cit.

⁴⁰ Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171.

Altra questione che si è posta è quella dell'utilizzo nel procedimento antitrust di elementi probatori assunti in sede penale. Al riguardo, il giudice amministrativo ha ritenuto che «ben può essere utilizzata – ai ... fini indiziari e nel complesso valutativo con altri elementi autonomamente acquisiti – la documentazione inerente ad un procedimento penale se la stessa ... ha rispettato le formalità proprie dell'acquisizione in quella sede»⁴³. Il Consiglio di Stato ha altresì precisato che né la legge generale sul procedimento amministrativo (ispirato al principio di atipicità dei mezzi istruttori, con il solo limite della loro pertinenza e credibilità), né la specifica disciplina *antitrust*, contemplano preclusioni in ordine all'utilizzo ai fini istruttori di prove raccolte in un processo penale, a patto che: a) le prove siano state ritualmente acquisite in conformità con le regole di rito che presiedono alla loro acquisizione ed utilizzo; b) sia salvaguardato il diritto di difesa; c) il materiale probatorio formatosi *aliunde* sia stato oggetto di autonoma attività valutativa. Sussiste infatti il principio dell'autonomia del giudizio "*antitrust*" rispetto a quello penale e non è necessario che in questo si materializzino "prove legali" o rinvii a giudizio per poter individuare una condotta collusiva sotto il profilo "*antitrust*"⁴⁴. In applicazione di tale principio, con riguardo all'utilizzo nel procedimento *antitrust* di "brogliacci" che nel giudizio penale non avevano assunto ancora la caratteristica di "prova" legale, il Tar ha ritenuto che «l'autonomia dei due procedimenti non richiedeva che fosse necessaria la previa

assunzione "formale" al rango di prova penale dei medesimi»⁴⁵.

Il Consiglio di Stato ha anche chiarito che l'utilizzabilità delle fonti di prova provenienti da procedimenti penali, ai fini dell'accertamento di un illecito *antitrust*, non si pone in contrasto neppure con il diritto convenzionale. Infatti, «[s]econdo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le comunicazioni telefoniche e ambientali fanno parte della nozione di "vita privata" e di "corrispondenza" nel senso dell'articolo 8 della Convenzione. La loro intercettazione, la memorizzazione dei dati così ottenuti e la loro eventuale utilizzazione nell'ambito dei procedimenti penali costituisce una "ingerenza da parte di un'autorità pubblica" nel godimento del diritto garantito dalla citata disposizione convenzionale. Tuttavia, tale ingerenza non viola l'articolo 8 quando sia "prevista dalla legge", persegua scopi legittimi, e sia "necessaria in una società democratica" per raggiungerli (Malone c. Regno Unito, 2 agosto 1984, § 64, serie A n. 82; Valenzuela Contreras c. Spagna, 30 luglio 1998, § 47, Recueil des arrêts et décisions 1998-V). Del resto, anche sul versante costituzionale interno, la "libertà" e la "segretezza" della "corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", oggetto del diritto "inviolabile" tutelato dall'art. 15 Cost., può subire limitazioni o restrizioni "in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante", sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione (*ex plurimis*, Corte Costituzionale, sentenza n. 20 del 2017)»⁴⁶.

⁴³ Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2015, n.3291; 29 maggio 2018, n. 3197; 10 luglio 2018, n. 4211; 11 luglio 2019, n. 4874.

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2015, n.3291; 29 maggio 2018, n. 3197; 10 luglio 2018, n. 4211, cit; 11 luglio 2019, n. 4874; 10 gennaio 2020, n. 258; 9 maggio 2022, n. 3570.

⁴⁵ Tar Lazio, 26 febbraio 2016, nn. 2668; 2670; 2671; 2672; 2673; 2674; 3075; 3078.

⁴⁶ Cons. St., 10 luglio 2018, n. 4211; 10 gennaio 2020, nn. 258 e 246; 9 maggio 2022, n. 3570.

L'attività ispettiva è svolta dall'Autorità in collaborazione con la Guardia di Finanza, che agisce avvalendosi dei poteri di indagine previsti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi. Nel caso di opposizione dell'impresa all'ispezione vi è dunque la possibilità di procedere attraverso l'attivazione dei poteri coercitivi della Guardia di Finanza.

Nel corso dell'ispezione i soggetti interessati possono farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà possa comportare la sospensione dell'attività ispettiva.

Il giudice nazionale, richiamandosi agli orientamenti giurisprudenziali comunitari, ha ritenuto che anche in sede di accertamento ispettivo svolto dall'Autorità debba trovare protezione il c.d. *legal privilege*, ovvero il diritto alla riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa e i propri consulenti legali esterni nei limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, il giudice ha ricordato che «il *legal privilege* copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riproducano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti», non potendosi ravvisare tale condizione nella «documentazione contenente solo accenni generici a questioni di interesse legale»⁴⁷.

Infine, ai fini dell'accertamento istruttorio, l'Autorità può disporre *perizie, analisi economiche e consultazione di esperti* in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. L'art. 11 Reg. procedure istruttorie prevede a tal fine il contraddittorio con le parti, che devono essere poste in grado di presentare il proprio punto di vista in merito ai risultati⁴⁸.

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016; Tar Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

⁴⁸ In tale sede non trovano applicazione le norme del codice di procedura civile, atteso che la legge *antitrust* disciplina in via autonoma e speciale i mezzi istruttori di cui può avvalersi l'Autorità nell'ambito dei procedimenti che, pur avendo carattere contenzioso

IV. Sub-procedimento cautelare

Il potere dell'Autorità di adottare misure cautelari è stato introdotto dall'art. 14 bis del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. Detta previsione ha colmato una lacuna nel nostro ordinamento, adeguando il sistema nazionale di *enforcement* a quello comunitario, disponendo che l'Autorità, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza può, d'ufficio, deliberare l'adozione di misure cautelari.

Successivamente, è stato introdotto il comma 2, dal d.lgs. n. 185/2021 – di recepimento della ECN + – che ha colmato una differenza significativa tra la disciplina nazionale e quella comunitaria, di cui all'art. 8 Reg. n. 1/03, prevendendo che le decisioni che dispongono le misure cautelari «sono proporzionate e applicabili fino all'adozione della decisione finale oppure per un periodo di tempo specificato che può, se necessario e opportuno, essere prorogato» (mentre la versione previgente disponeva che le decisioni dell'Autorità «non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate»). Nella prassi, l'Autorità non indica un termine di efficacia delle misure cautelari. Al riguardo è stato osservato che la data finale dovrebbe ritenersi allora quella coincidente con la data fissata per la conclusione dei procedimenti.

Il citato comma 2 prevede inoltre che l'Autorità informa la rete europea della concorrenza delle misure cautelari adottate nel contesto dei procedimenti di infrazioni degli art. 101 e 102 TFUE.

Altra importante modifica, introdotta dal d.lgs. n. 185/2021, riguarda la sanzione prevista nel caso in cui le imprese non adempiano alle misure cautelari imposte,

e richiedendo un attento rispetto del principio del contraddittorio, hanno carattere amministrativo e non giurisdizionale (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

in quanto viene precisato che l'Autorità può irrogare sanzioni fino al 3 per cento del "*fatturato totale realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente*". Sul piano procedurale l'art. 14 *bis* l. n. 287/90 non ha introdotto alcuna disciplina specifica, limitandosi a prevedere che l'Autorità può adottare "d'ufficio" le misure cautelari. Sul punto vi è dunque una piena corrispondenza tra la disciplina nazionale e quella comunitaria, in quanto anche la Commissione non è soggetta ad un obbligo di adozione di misure cautelari a fronte di richieste in tal senso da parte dei denunciati.

Con la Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 14 *bis* l. n. 287/90⁴⁹, l'Autorità ha inteso definire l'ambito e le procedure per l'adozione delle misure cautelari tenendo conto, da un lato, dei principi generali dell'ordinamento nazionale e euro-unitario, e, dall'altro, delle indicazioni del giudice amministrativo in modo da garantire alle parti la possibilità di difendersi senza pregiudicare le esigenze di celerità proprie dell'istituto⁵⁰.

La Comunicazione distingue tra *la procedura per l'adozione di misure cautelari* e *la procedura di misure cautelari nei casi di estrema gravità e urgenza*. Con riguardo alla prima ipotesi, qualora l'Autorità ritenga *prima facie* sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il sub-procedimento, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, indicando alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare le proprie difese. È facoltà delle parti chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio. L'Autorità, valutati gli elementi acquisiti, adotta il provvedimento cautelare e richiede alle parti di inviare un'informativa circa

le iniziative adottate per conformarsi a detto provvedimento.

Con riguardo alla seconda ipotesi, e dunque nei casi di estrema gravità e urgenza tale da rendere indifferibile l'intervento, l'Autorità, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, adotta misure cautelari provvisorie senza sentire prima le parti. Esse potranno presentare le proprie difese e chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio entro il termine di sette giorni dalla notifica del provvedimento con cui è stata adottata la misura cautelare provvisoria. L'Autorità, valutate le difese delle parti, può revocare oppure confermare le misure cautelari, deliberando in tal caso che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla misura.

Sul piano sostanziale, i *presupposti per l'adozione della misura cautelare* sono costituiti dal *fumus boni juris*, il quale sussiste qualora ad una prima sommaria valutazione della fattispecie l'esistenza dell'infrazione può ritenersi provata con un certo grado di probabilità, e dal *periculum in mora*, il quale sussiste qualora, ad una prima deliberazione della fattispecie, l'urgenza di intervenire deriva dalla necessità di prevenire il rischio che, nelle more della conclusione del procedimento, possa produrre un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Il giudice amministrativo ha affermato che «... la norma stessa [...] prevede che l'Autorità dia luogo a un "sommario" esame al fine di verificare la sussistenza di un'infrazione, attraverso una misura di prevenzione con finalità dissuasive, finalizzata a scoraggiare ogni forma di prosecuzione nell'attività considerata, con un provvedimento avente funzione tipicamente cautelare e preventiva, preordinata a che la condotta posta in essere non sia più ripetuta e non cagioni esiti irreparabili per la concorrenza. Come tutti i procedimenti cautelari, quindi, qui è necessaria

⁴⁹ Delibera AGCM 14 dicembre 2006, n. 16218 pubblicata sul sito istituzionale www.agcm.it.

⁵⁰ Tar Lazio, sez. I, 14 settembre 2007, n. 8592 sul potere dell'Autorità di adottare misure cautelari *inaudita altera parte*.

la presenza del c.d. “*fumus boni iuris*”, fondato non sull’acquisizione di prove certe e definitive bensì sulla sussistenza di elementi dai quali sia possibile desumere, con un sufficiente grado di attendibilità, la sussistenza di un comportamento nocivo per la concorrenza, e del c.d. “*periculum in mora*”, fondato sulla individuazione di conseguenze irreversibili derivanti dal suddetto comportamento prima della conclusione del procedimento *ex art. 14 cit.*»⁵¹.

Con riguardo al *periculum in mora*, il Consiglio di Stato ha chiarito che è necessario che “il bene tutelato dalla norma giuridica, individuabile nell’interesse pubblico all’assetto concorrenziale del mercato – non confondibile con l’interesse privato all’inibizione dell’altrui condotta illecita o al risarcimento di un danno ingiusto derivante dall’infrazione in concreto commessa, stante la necessità di distinguere gli strumenti di *public enforcement* e *private enforcement* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773) – sia esposto ad un pericolo attuale, sussistendo il rischio di concretizzazione di un danno: - da un lato, grave e, dunque, incidente in misura rilevante sul valore tutelato, tale da manifestare una rilevante sproporzione tra il pregiudizio procurato all’interesse pubblico in caso di mancata adozione dell’ordine cautelare e il pregiudizio subito dall’operatore economico in caso di sua emanazione; - dall’altro, irreparabile, come tale insuscettibile di essere reintegrato da una decisione definitiva, che sopravverrebbe una volta conclusa l’istruttoria ed esaurita la fase decisoria, quando ormai l’interesse pubblico perseguito risulterebbe definitivamente violato, con conseguente impossibilità di ripristino dell’assetto concorrenziale del mercato”⁵².

Sul contenuto delle misure cautelari si evidenzia che esso non è predeterminato dalla legge e che esso deve essere determinato in concreto dall’Autorità nel rispetto del *principio di necessità*, nel senso che non devono sussistere opzioni meno restrittive della libertà delle imprese per prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile, nonché al *principio di proporzionalità*, nel senso che le misure imposte non devono risultare eccessive rispetto allo scopo. L’Autorità dunque individua nel caso concreto le misure più adeguate a prevenire il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, che possono avere sia un contenuto interdittivo⁵³ che un contenuto positivo⁵⁴.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che “la tutela cautelare deve ritenersi strumentale alla tutela somministrabile con il provvedimento definitivo, non potendo disporsi misure provvisorie ulteriori o diverse rispetto al novero di misure adottabili con l’atto conclusivo del procedimento [...] il contenuto delle misure cautelari, suscettibili di essere disposte in via interinale, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l’Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione”⁵⁵.

⁵³ Sui provvedimenti cautelari a contenuto interdittivo: AGCM 16-9-2006, Abi/Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; AGCM 27-9-2006, Distribuzione dei farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie; AGCM 21-03-2018 Fatturazione mensile con aumento tariffario.

⁵⁴ Sui provvedimenti cautelari a contenuto positivo: AGCM 15-6-2005, Merck-principi attivi; AGCM 19-7-2007, Enel Distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse; AGCM 7-02-2017 SIE/Servizi di rassegna stampa nella Provincia di Trento; AGCM 29-11-2018 Attività di Intermediazione della domanda di servizi taxi nel Comune di Torino.

⁵⁵ Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 8402, cit..

⁵¹ Tar Lazio, Sez. I, 7 giugno 2019, n. 7463; 24 luglio 2020, n. 8731; 7 settembre 2021, n. 9524.

⁵² Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 8402.

V. Sub-procedimento impegni

Il potere di adottare le decisioni con impegni è stato introdotto dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito in legge con modifiche il d.l. n. 223/2006, che ha conferito all'Autorità un potere analogo a quello già previsto dall'art. 9 Reg. n. 1/03 per la Commissione [V. Voce Commissione]. La norma è stata recentemente modificata dal d.lgs. n. 185/2021, di recepimento della direttiva ECN+.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è disciplinato quindi dall'art. 14 *ter* l. n. 287/90, nonché dalla Comunicazione adottata dall'Autorità al fine di rendere edotte le imprese circa le modalità di presentazione degli impegni e le procedure per la valutazione degli stessi⁵⁶. Secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo, l'Autorità si è autovincolata al rispetto della procedura di applicazione dell'art. 14 *ter* dalla stessa adottata e l'eventuale inosservanza di tali disposizioni può determinare un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale⁵⁷.

Il sub-procedimento per la valutazione degli impegni è avviato a seguito *dell'iniziativa delle parti*.

Quanto alla *natura del termine* previsto dall'art. 14 *ter* l. n. 287/90, il quale dispone che «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. [101 e 102 TFUE], le parti possono presentare impegni...», il giudice amministrativo si è espresso per la natura non perentoria, ma meramente sollecitatoria di detto termine, affermando che «la tempestività

della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alla fattispecie concreta e alla valutazione operata dalla stessa Autorità circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i profili di illiceità»⁵⁸.

Nella citata Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 *ter* l. 287/90, si legge che le parti possono presentare, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto dalla legge, una versione non definitiva degli stessi. A seguito della presentazione della versione preliminare degli impegni – per la quale deve essere utilizzato l'apposito formulario – le parti possono chiedere di essere sentite dalla Direzione competente al fine di fornire precisazioni, chiarimenti e eventuali integrazioni necessarie alla comprensione del contenuto degli impegni proposti e della loro efficacia a risolvere i problemi anticoncorrenziali prospettati in sede di avvio dell'istruttoria. Viene precisato che entro il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, come previsto dall'art. 14 *ter* l. 287/90, le parti interessate dovranno presentare la versione definitiva degli impegni proposti. L'Autorità si riserva comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine indicato. Sul punto, la Comunicazione precisa che la previsione del termine per la presentazione degli impegni «si giustifica alla luce della finalità della norma, che ha una funzione deflativa, volta anche a realizzare l'economia procedimentale dell'azione amministrativa. Tale funzione è coerente con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria».

⁵⁶ Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863 - Procedure di applicazione dell'articolo 14 *ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in Bollettino AGCM n. 35 del 17 settembre 2012.

⁵⁷ Tar Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

⁵⁸ Tar Lazio, sez. I, cit., 9 maggio 2011, n. 3964 3 marzo 2020, n. 2760; 14 aprile 2023, n. 6456; Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773; 15 maggio 2015, n. 2479.

Spetta alle parti l'iniziativa della presentazione degli impegni e la definizione del contenuto degli impegni proposti. L'imposizione di obblighi all'impresa postula che gli impegni siano esattamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare. In questo senso si è espresso il giudice amministrativo, il quale ha affermato che «l'Autorità esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate»⁵⁹.

Successivamente alla presentazione degli impegni, nella loro versione definitiva, si apre la fase di valutazione degli stessi.

Nel caso in cui l'Autorità ritenga di non accogliere gli impegni, in quanto la condotta è suscettibile di integrare restrizioni gravi della concorrenza, o sussiste l'interesse all'accertamento o gli impegni sono manifestamente inadeguati a far venir meno i profili anticoncorrenziali dell'istruttoria, delibera il *rigetto* degli stessi, dandone comunicazione alla parte proponente. Da quel momento prosegue il procedimento principale – volto all'accertamento della sussistenza della violazione contestata in sede di avvio – sulla base delle regole procedurali che lo disciplinano.

Quando alla *gravità della condotta*, il giudice amministrativo ha affermato che «il rifiuto non è ingiustificato, ed anzi la proposta di impegni si può per ciò solo respingere, nei casi ..., in cui l'Autorità ritenga il comportamento posto in essere

passibile di sanzione pecuniaria, trattandosi di una regola di principio contenuta nel tredicesimo considerando del regolamento CE 16 dicembre 2002 n. 1/2003 del Consiglio, “Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda”: così C.d.S. sez. VI 3 aprile 2009 n.2092, e nello stesso senso sez. VI 21 marzo 2018 n.1821”⁶⁰.

Il Tar del Lazio ha altresì precisato che il rigetto degli impegni motivato dalla gravità dell'infrazione oggetto di accertamento è coerente con “la funzione dei provvedimenti sanzionatori in materia di violazioni “antitrust”, che è quella di disincentivare comportamenti anticoncorrenziali sotto il duplice profilo dell'orientare, anche alla luce di un calcolo di non convenienza economica correlato alla comminabilità di una sanzione pecuniaria, il comportamento degli operatori economici, e di individuare, in maniera quanto più possibile netta e diffusa, singole ipotesi di comportamenti anticompetitivi, così da produrre un utile effetto conformativo. Ne deriva la sufficienza della riportata motivazione, incentrata sulla particolare rilevanza della fattispecie oggetto di esame, che appare pure espressione di un corretto utilizzo del potere discrezionale”⁶¹.

Quando al rigetto degli impegni motivato dalla *sussistenza dell'interesse all'accertamento dell'infrazione*, il giudice ha ritenuto tale motivazione. espressione di un ampio potere discrezionale dell'Autorità, sia adeguata a supportare la decisione⁶². Più in particolare, il “rigetto degli impegni consegue ad una valutazione ampiamente

⁵⁹ Tra le altre, Tar Lazio, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6172; 3 settembre 2012, n. 7467; Cons. St., VI, 21 marzo 2018, n. 1821, I776.

⁶⁰ Cons. St. VI, 16 marzo 2020, n. 1839; 21 marzo 2019, n. 1900; 21 marzo 2018, n. 1821; Tar Lazio, sez. I, 30 luglio 2018, n. 8535, 8534, 8538, 8542, 8540, 8539.

⁶¹ Tar Lazio, sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11954; 4 giugno 2019, n. 7175; 31 maggio 2018, n. 6080.

⁶² Tar Lazio, sez. I, 4 giugno 2019, n.7175, confermata da Cons. St., VI, 1° aprile 2021, n. 2727.

discrezionale dell'AGCM che verifica la maggiore o minore conformità all'interesse pubblico dell'accertamento dell'infrazione rispetto alla chiusura con impegni dell'istruttoria (v. Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2021, n.2727). All'ampiezza della discrezionalità amministrativa corrisponde una minore estensione del sindacato del giudice amministrativo, limitato ai casi di difetto dei presupposti, patente illogicità ovvero travisamento di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2022, n. 203)⁶³.

Con riguardo al *provvedimento di rigetto degli impegni*, si è aperto un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza in merito all'ammissibilità della autonoma e tempestiva impugnazione di detto provvedimento. Il Consiglio di Stato ha escluso che il provvedimento di rigetto possa essere oggetto di autonoma impugnazione⁶⁴. Più in particolare, il Consiglio di Stato ha affermato la natura endoprocedimentale del provvedimento di rigetto degli impegni, di per sé pertanto inidoneo ad incidere immediatamente e direttamente sulla posizione giuridica soggettiva delle imprese proponenti. Il provvedimento di rigetto, infatti, non determina un arresto procedimentale in senso proprio, ma si limita a determinare la prosecuzione dell'iter procedimentale (principale), il cui esito può avere diverse possibili conclusioni. La posizione assunta dal giudice di secondo grado, come dallo stesso rilevato, non priva l'impresa del diritto di far valere nella competente sede giurisdizionale eventuali vizi relativi alla fase di esame degli impegni. «Al contrario, siffatti vizi, concernendo una fase endoprocedimentale, si riverbereranno con effetto viziante sul provvedimento finale e potranno essere fatti valere in sede giudiziale, sia pure

con i consueti limiti propri dei vizi di carattere procedimentale»⁶⁵.

Nell'ipotesi in cui l'Autorità ritenga di procedere all'esame degli impegni proposti e li valuti non manifestamente infondati, con delibera, ne dispone la pubblicazione sul Bollettino e sul sito *internet* dell'Autorità. Con la pubblicazione degli impegni si apre la fase del c.d. *market test*, che è volta a consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni in merito all'idoneità e all'adequatezza degli impegni proposti a risolvere i problemi concorrenziali oggetto dell'istruttoria. Il giudice amministrativo ha sottolineato la piena coerenza del principio, di ispirazione comunitaria ed espressamente richiamato nella Comunicazione dell'Autorità, secondo cui l'accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale, nell'ambito della quale gli interessati possono presentare osservazioni. Da ciò discende che la violazione di tale forma di pubblicità dà luogo ad un vizio procedimentale in grado *ex se* di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni⁶⁶.

I *terzi interessati* possono presentare le proprie osservazioni entro trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito *internet*. La Direzione competente, qualora lo ritenga necessario, può formulare richieste ai soggetti che possano fornire elementi utili alla valutazione degli impegni ed è tenuta ad informare tempestivamente le parti in merito all'esito del *market test*, rispetto al quale è consentito l'accesso.

Come indicato nella Comunicazione dell'Autorità, entro il termine di trenta giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle osservazioni dei terzi,

⁶³ Tar Lazio, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 125.

⁶⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. VI, 16 novembre 2010, n. 33474, annullata da Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393.

⁶⁵ Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, cit.; Cons. St. 21 marzo 2019, n. 1900.

⁶⁶ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230, conferma Tar Lazio, sez. I, n. 10571/2010.

le parti che hanno proposto gli impegni possono rappresentare per iscritto all'Autorità il proprio punto di vista in merito alle osservazioni presentate dai terzi.

Al fine di tenere adeguatamente conto dell'esito del *market test*, le parti proponenti possono introdurre *modifiche accessorie agli impegni*, per una sola volta. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che «le modifiche agli impegni possono essere effettivamente qualificate come accessorie in quanto non si traducono in un *quid novi* rispetto agli impegni iniziali, ma solo in una elaborazione ulteriore di uno degli impegni, esse non si possono configurare come elementi essenziali ai fini della complessiva valutazione di idoneità e dunque non sussiste l'obbligo di procedere nuovamente al *market test*»⁶⁷. Quando invece le integrazioni non sono mere modifiche accessorie agli impegni iniziali, ma sono determinanti per l'adozione del provvedimento di accettazione, il principio di pubblicità impone che la loro accettazione sia preceduta dalla fase del contraddittorio⁶⁸.

Nella propria Comunicazione, l'Autorità ha precisato che le modifiche accessorie devono essere strettamente connesse all'esito del *market test* e costituire quindi una «elaborazione ulteriore degli impegni già presentati».

Nelle ipotesi in cui l'Autorità ritenga gli impegni proposti idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali prospettate in sede di avvio dell'istruttoria, chiude il procedimento con la decisione con cui accoglie gli impegni e li rende obbligatori [V. Voce IMPEGNI]. Come precisato dal giudice, «l'istituto della chiusura del procedimento anticoncorrenziale mediante accettazione di impegni proposti dalle imprese coinvolte si configura come una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui

l'Autorità può limitarsi ad “accettare” gli impegni proposti dalle imprese, lasciando però irrisolta la questione della anticoncorrenzialità, o meno, della condotta al suo esame, per cui tale istituto non può dirsi che limiti, in alcun modo, i poteri dell'Autorità o li riduca ad una funzione meramente “notarile”, ... comprimendo i poteri di accertamento e di sanzione, non essendo la proposizione di impegni uno strumento in mano alle imprese finalizzato solo ad evitare la sanzione e al fine di chiudere definitivamente il procedimento per la ritenuta condotta anticoncorrenziale (Cons. Stato, Sez. VI, 19.11.09, n. 7307)»⁶⁹.

VI. Procedura di transazione

L'articolo 34, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118, recante Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, ha inserito nella legge n. 287/90 un nuovo articolo 14-*quater*, prevedendo che nel corso dei procedimenti intesi ad accertare una violazione degli art. 101 o 102 TFUE e/o degli art. 2 o 3 della legge, l'Autorità può verificare l'interesse delle parti a una eventuale transazione (cd. “settlement”), dotando pertanto anche l'Autorità di questo istituto già previsto per la Commissione.

Come rilevato dalla Commissione tale istituto ha avuto un impatto positivo in termini di efficacia del *public enforcement*, in quanto riduce le risorse necessarie per l'accertamento della violazione e l'irrogazione della sanzione nonché la durata del procedimento, garantendo maggiore certezza per le parti⁷⁰. L'incentivo per le imprese risiede nella possibilità di ottenere una riduzione delle sanzioni e, nel contempo, una definizione più celere del procedimento *antitrust*.

⁶⁹ Tar Lazio, sez. I, 4 novembre 2015, nn. 12416, 12421, 12422, 12423, 12428.

⁷⁰ *Cartel Case settlement*, disponibile sul sito della Commissione.

⁶⁷ Tar Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n.3964.

⁶⁸ Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230.

La norma ha stabilito che l'Autorità definisca con proprio provvedimento generale, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione e l'entità della riduzione della sanzione, da accordare in caso di completamento con successo della procedura. A seguito di consultazione pubblica, l'Autorità ha adottato una apposita Comunicazione, che ricalca sostanzialmente la Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli (2008/C 167/01)⁷¹. Va tuttavia segnalato che la procedura nazionale, a differenza di quella applicata dalla Commissione, trova applicazione non soltanto in casi di intese, ma anche in casi di abuso di posizione dominante.

Il procedimento prevede una prima fase in cui l'Autorità può verificare, decorso il termine per la presentazione degli impegni, l'interesse delle parti a una eventuale transazione. L'iniziativa di procedere a tale verifica spetta esclusivamente all'Autorità.

In una seconda fase, qualora le parti manifestino il proprio interesse ad avviare discussioni di transazione, l'Autorità può decidere di avviare la procedura di transazione mediante contatti bilaterali tra l'Autorità stessa e ciascuno dei candidati alla transazione. Lo scopo delle discussioni è di addivenire ad una definizione condivisa del contenuto e del perimetro degli addebiti che le imprese interessate sono disposte ad accettare a fronte della riduzione della sanzione.

In una terza fase, le parti che optano per una procedura di transazione devono presentare una richiesta formale sotto

forma di una proposta di transazione. La proposta di transazione deve contenere: a) un riconoscimento in termini chiari ed inequivocabili della responsabilità delle parti per l'infrazione, descritta sinteticamente per quanto riguarda l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti, l'imputazione della responsabilità e la durata della loro partecipazione all'infrazione conformemente ai risultati delle discussioni di transazione; b) un'indicazione dell'importo massimo della sanzione che le parti prevedono sarà loro inflitta dall'Autorità e che esse accetterebbero nel quadro di una procedura di transazione; c) la conferma delle parti che sono state sufficientemente informate degli addebiti che l'Autorità intende muovere nei loro confronti e che è stata loro sufficientemente accordata la possibilità di esprimere il proprio punto di vista all'Autorità; d) la conferma delle parti che, in considerazione di quanto sopra, rinunciano a chiedere l'accesso al fascicolo ai soli fini del procedimento, a presentare memorie e a chiedere l'audizione, salvo che la comunicazione delle risultanze istruttorie o la decisione dell'Autorità non rispecchino la loro proposta di transazione.

Dopo che le parti, in risposta alla Comunicazione delle risultanze istruttorie, hanno confermato l'impegno di giungere a una transazione, l'Autorità procede all'adozione della decisione definitiva, previa acquisizione dei pareri previsti dalla legge. In ogni caso, l'Autorità mantiene il diritto di adottare una decisione finale che si discosti dalla posizione espressa nella comunicazione delle risultanze istruttorie che riporta le proposte di transazione delle parti. Qualora decida di agire in tal senso, l'Autorità informa le parti e notifica loro una nuova comunicazione delle risultanze istruttorie per garantire loro l'esercizio del diritto alla difesa e di partecipazione al procedimento secondo le norme generali di procedura applicabili.

⁷¹ Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Delibera AGCM 16 maggio 2023, n. 30629).

Le ammissioni formulate dalle parti nella loro proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nei confronti di nessuna delle parti del procedimento.

L'importo finale della sanzione è stabilito nella decisione in cui l'Autorità accerta l'infrazione e commina una sanzione. Qualora la procedura di transazione si concluda positivamente in un procedimento che non ha ad oggetto un cartello segreto, l'Autorità ridurrà del 20% l'ammontare della sanzione da irrogare una volta applicato, se necessario, il massimale del 10% stabilito dall'articolo 15, comma 1-*bis*, della legge. Qualora la procedura di transazione si concluda positivamente in un procedimento che ha ad oggetto un cartello segreto l'Autorità ridurrà del 10% l'ammontare della sanzione da irrogare una volta applicato, se necessario, il massimale del 10% stabilito dall'articolo 15, comma 1-*bis*, della legge. Ad oggi, l'Autorità non ha utilizzato questo nuovo istituto.

VII. La partecipazione all'istruttoria

Ai sensi dell'art. 7 Reg. procedure istruttorie è prevista *la facoltà di intervento* nel procedimento *antitrust* dei soggetti pubblici o privati, nonché delle associazioni di consumatori cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa⁷². La richiesta motivata di intervento deve essere presentata, ai sensi della norma citata, entro *trenta giorni* dalla pubblicazione sul bollettino del provvedimento di avvio. Per quanto attiene ai *diritti di partecipazione*, il Regolamento distingue tra: le facoltà esercitabili dai sog-

getti intervenuti nel procedimento, per i quali è prevista la facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché accedere ai documenti (contraddittorio scritto), e quelle esercitabili dai soggetti ai quali è stato notificato l'avvio dell'istruttoria (le imprese alle quali è stata contestata l'ipotesi di violazione e i soggetti denunciati), per i quali è ammessa anche la facoltà di essere sentiti in una apposita audizione (contraddittorio orale).

VIII. La Comunicazione delle risultanze istruttorie

La *Comunicazione delle risultanze istruttorie* rappresenta un momento procedurale fondamentale per l'esercizio dei diritti di difesa delle parti. Essa, infatti, assolve allo scopo di consentire alle imprese di conoscere gli elementi probatori su cui è fondata la contestazione mossa nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze contestate prima della adozione del provvedimento finale. La comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde sostanzialmente alla contestazione degli addebiti prevista nei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione [V. Voce PROCEDIMENTO DINANZI ALLA COMMISSIONE].

Il contenuto della *Comunicazione delle risultanze istruttorie* risulta più puntuale nella indicazione degli elementi essenziali di fatto e diritto su cui si fondano le contestazioni mosse alle parti rispetto al contenuto del provvedimento di avvio dell'istruttoria, che, come sopra visto, delinea in modo sommario le infrazioni contestate, non potendo l'Autorità esercitare poteri di accertamento nella fase pre-istruttoria⁷³.

⁷² Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 1271, secondo cui né i singoli consumatori, né le loro associazioni sono parti necessarie nei procedimenti dell'Autorità.

⁷³ Il giudice amministrativo ha ritenuto che assume particolare rilievo, ai fini della ricostruzione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda

La fase istruttoria serve a individuare la corretta imputazione degli addebiti che si cristallizza con la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), al ricevimento della quale le parti hanno ampio margine per esercitare i diritti di difesa. Il provvedimento finale non può pertanto contenere imputazioni diverse da quelle contestate con tale comunicazione, che costituisce «la definitiva delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale»⁷⁴.

Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, «la corrispondenza dei fatti materiali accertati nel provvedimento finale ai fatti materiali contestati alle parti nella CRI è sufficiente ad escludere la denunziata divergenza tra ipotesi "accusatoria" formulata e accertamenti compiuti nel provvedimento finale, a fronte della mancata modificazione della natura sostanziale della violazione accertata, rispetto alla contestazione. Deve quindi anche escludersi la violazione del diritto di difesa (sotto il profilo della c.d. parità delle armi) in quanto la parte è stata posta in grado di fornire il suo contributo procedimentale, «fermo restando che, ovviamente ben il provvedimento finale può differire dall'impostazione formale della CRI, proprio perché adottato dopo la conclusione della fase istruttoria con la partecipazione delle imprese interessate e dopo l'esame delle rispettive tesi difensive»⁷⁵.

la contestazione, la parte della comunicazione che contiene le "Valutazioni giuridiche" (Cons. St., VI, 30 agosto 2002, n. 7451).

⁷⁴ Cons. St., sez. VI, sentenze 1 marzo 2012, n. 1192, 2 ottobre 2007, n. 5085 e 20 maggio 2011, n. 3013.

⁷⁵ Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740; 28 febbraio 2017, nn. 927 e 928; Tar Lazio, 1 dicembre 2017, n. 11885.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, *quale atto degli Uffici, non intacca l'autonoma valutazione dell'Autorità in sede di adozione del provvedimento finale*⁷⁶, potendo pertanto il Collegio giungere ad una differente determinazione in merito ad una specifica questione⁷⁷. Il giudice ha altresì affermato che «la decisione non deve necessariamente essere una copia della comunicazione degli addebiti, ma può (e, anzi, deve) tenere conto degli elementi che emergano dalla procedura amministrativa, senza che ciò sia in contrasto con il diritto di difesa (che è rispettato allorché la decisione non ponga a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle precedentemente contestate, e prenda in considerazione soltanto fatti sui quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista)»⁷⁸.

Nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, gli Uffici fissano alle parti un termine ampliato regolamento sulle procedure istruttorie pari a almeno quarantacinque giorni entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti⁷⁹.

IX. I diritti di difesa delle parti

Ai sensi dell'art. 14 c. 5 Reg. procedure istruttorie, le parti hanno diritto di essere sentite dinanzi al Collegio, presen-

⁷⁶ Cons. St., VI, 6 ottobre 2020, n. 5900; 24 luglio 2020, n. 4736; Tar Lazio, I, 6 marzo 2023, n. 3699.

⁷⁷ Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864; 27 giugno 2014, n. 3252; 24 ottobre 2014, nn. 5275 e 5276; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 2008, n. 12535 e 12536.

⁷⁸ Tar Lazio, sez. I, 16 marzo 2005, n. 12835.

⁷⁹ Cons. St., VI, 9 maggio 2022, n. 3570. Nella prassi il termine concesso dall'Autorità è maggiore di quello minimo indicato al fine di garantire alle parti un tempo adeguato per replicare alle contestazioni, comunque compatibile con il termine fissato per la chiusura del procedimento.

tando apposita richiesta che deve pervenire entro dieci giorni (termine ampliato dal nuovo regolamento sulle procedure istruttorie) dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta il Collegio fissa la data di audizione, che viene comunicata alle imprese.

L'audizione finale consente alle parti di esporre oralmente al Collegio le proprie difese in merito alle contestazioni mosse nei loro confronti nella CRI, anche completando le memorie scritte.

All'audizione possono partecipare anche i denunciati e altre parti ammesse a partecipare al procedimento. Nella prassi, l'Autorità ammette di regola tali soggetti a partecipare all'audizione.

Quanto alle *modalità di svolgimento* dell'audizione, essa, come detto, si svolge dinanzi al Collegio.

Dinanzi al Collegio, gli Uffici espongono gli addebiti prospettati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, le parti e gli altri soggetti ammessi a partecipare all'audizione espongono le proprie osservazioni e repliche, tenendo comunque conto di quanto già rappresentato nelle memorie scritte. Il giudice ha avallato la correttezza della prassi dell'Autorità che è solita assegnare un tempo indicativo per lo svolgimento delle difese orali⁸⁰.

Il giudice amministrativo ha più volte affermato che «non sussiste un obbligo, per l'Autorità procedente, di diffondersi in un'analitica confutazione delle argomentazioni delle parti, essendo sufficiente, al fine di ritenere integrata la pienezza del contraddittorio e garantite le prerogative difensive delle parti, che le loro argomentazioni difensive siano state prese in esame ed adeguatamente considerate,

senza necessità che alle stesse siano opposte diffuse controdeduzioni»⁸¹.

Altro diritto fondamentale per la tutela del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti è costituito dal diritto di accesso al fascicolo istruttorio, che trova una disciplina speciale nell'art. 13 del Reg. [V. Voce Accesso al fascicolo *antitrust*].

X. Indagini conoscitive con misure rimediali

Un'altra importante novità è stata introdotta dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 104/2023, convertito in legge n. 136/2023 (cd. "Decreto Assett"), il quale non introduce una nuova fattispecie di indagine conoscitiva, ma conferisce all'Autorità il potere di imporre misure comportamentali e strutturali per porre rimedio alle problematiche concorrenziali. In particolare, è previsto che se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge n. 287/90, l'Autorità riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. La norma prevede inoltre la facoltà per le imprese di presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori, che l'Autorità, valutata l'idoneità e previa consultazione del mercato, può rendere obbligatori con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva.

⁸⁰ Nel caso di specie, il Collegio aveva fissato un termine di venti minuti, cfr. Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁸¹ Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9565; 1 giugno 2016 n. 2328; Tar Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689; 20 luglio 2017, n. 9048.

In questo contesto, l'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-*quater* e 2-*septies*, della legge n. 287/1990 (richiesta di informazioni, audizioni, perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti, poteri ispettivi, ausilio della Guardia di Finanza), sopra illustrati.

In caso di inottemperanza al provvedimento dell'Autorità, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge n. 287/1990.

Si tratta di un potere di *market investigation* che segna una novità di assoluto rilievo nel diritto nazionale della concorrenza, ponendosi in continuità con la tendenza che sta caratterizzando numerosi ordinamenti europei (Regno Unito, Grecia, Germania), che hanno dotato le Autorità di concorrenza di uno strumento di intervento per porre rimedio a malfunzionamenti del mercato a prescindere dalla circostanza che questi siano ascrivibili a condotte delle imprese tradizionalmente aggredibili con lo strumento del divieto di intese o abusi di posizione dominante.

È importante segnalare che il Consiglio di Stato, con parere del 29 gennaio 2024, n. 61, ha chiarito che la norma, incastonata dell'ambito della disciplina tesa a regolamentare il fenomeno del cd. "caro prezzi" nei mercati del trasporto aereo da/per la Sicilia e la Sardegna nei periodi di picco o in concomitanza di stati di emergenza nazionali, trova applicazione con riferimento – trasversalmente – a tutti i settori per i quali l'Autorità abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva.

Per quanto attiene agli *aspetti procedurali*, l'Autorità, previa consultazione pubblica, ha adottato una Comunicazione⁸²,

che, pur nell'unitarietà del procedimento, sulla base di quanto previsto dalla norma, prevede due fasi. Una *prima fase di studio e analisi del settore*, che ha uno scopo conoscitivo, teso a verificare il funzionamento complessivo di un determinato contesto di mercato, in relazione al quale emergano elementi presuntivi in ordine all'esistenza di ostacoli al corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali. L'Autorità può eventualmente pubblicare un rapporto preliminare sugli esiti degli approfondimenti conoscitivi svolti fino a quel momento al fine di raccogliere le informazioni di tutti i soggetti interessati, nonché delle Autorità di regolazione o di altri soggetti pubblici competenti.

Questa prima fase può concludersi con: i) assenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato, con conseguente pregiudizio per i consumatori; ii) attivazione dei poteri di segnalazione. L'Autorità può, in esito all'indagine conoscitiva, raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati; iii) riscontro del *fumus* di una restrizione della concorrenza imputabile a condotte delle imprese sul mercato e, dunque, un possibile avvio dell'istruttoria per presunta violazione degli art. 101 o 102 TFUE oppure degli art. 2 o 3 della legge n. 287/90 oppure dell'abuso di dipendenza economica o del Codice del Consumo; iv) avvio della fase rimediale.

La *seconda fase, c.d. fase rimediale*, è volta ad individuare, in contraddittorio con le parti e nel pieno rispetto dei diritti di difesa, le misure comportamentali o strutturali idonee a risolvere i problemi concorrenziali suscettibili di ostacolare o distorcere il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori. In questa seconda fase, le parti hanno la facoltà di presentare impegni e, in tal caso, è avviato il sub-procedimento. In caso di esito positivo,

⁸² Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136 del 13 maggio 2024.

l'Autorità li rende obbligatori con il provvedimento finale.

Ove invece l'Autorità ritenga di imporre le misure, esse sono sottoposte alla consultazione del mercato, le parti hanno un termine per eventuali osservazioni, possono esercitare il diritto di accesso e il diritto di essere sentiti dinanzi al Collegio prima della adozione del provvedimento finale.

Ad oggi, sono in corso due indagini conoscitive avviate alla luce della nuova disposizione normativa: IC56 *algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri sulle rotte nazionali da e per la Sicilia e la Sardegna* e IC57 *Editoria scolastica*.

XI. Procedimento *antitrust* e art. 6 CEDU

Un'importante questione che si è posta nel contenzioso sul procedimento che si svolge dinanzi all'Autorità è la sua compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sull'equo processo, con particolare riguardo alle garanzie procedurali e giurisdizionali a tutela del soggetto destinatario delle sanzioni irrogate, questione che ha assunto particolare rilievo alla luce delle note sentenze Corte EDU 43509/08 *Menarini Diagnostic srl c/ Italia*; 18640/10 *Grande Stevens e altri c/ Italia*⁸³.

⁸³ Il giudice amministrativo nazionale si era già pronunciato in passato sul sistema delle garanzie previste nel procedimento *antitrust*, esprimendosi nel senso che le esigenze partecipative dei soggetti parte del procedimento sono «più che adeguatamente prese in considerazione dalla disciplina di settore» (TAR Lazio, sez. I, 10 luglio 2007, n.6230). Si richiama inoltre la sentenza Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n.7265, ove si afferma che «il principio del contraddittorio ... è destinato a connotare il dispiegarsi dell'attività dell'Autorità Garante, in specie quando si tratta, come di norma avviene, di attività a spiccata connotazione neutrale».

Dette sentenze si fondano sulla natura sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 6 della CEDU, delle sanzioni pecuniarie irrogate rispettivamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Consob. La Corte EDU, come è noto, ha sviluppato una nozione di «accusa penale» ai sensi dell'art. 6, par. 1, avente portata autonoma dalle classificazioni degli ordinamenti nazionali. Da ciò deriva che devono essere assicurate alle parti le relative garanzie dell'equo processo, che possono essere riassunte nel modello accusatorio e non inquisitorio del procedimento e, più in particolare, nel rispetto del principio della parità delle armi, della chiara distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria, della garanzia del principio di presunzione di innocenza, della piena accessibilità a tutti gli atti e documenti rilevanti per la difesa.

Il giudice amministrativo, sin dalle prime sentenze sulla questione, si è espresso per *la piena compatibilità del procedimento antitrust con l'art. 6 CEDU*. Il giudice ha infatti ritenuto che «...la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur accogliendo una nozione molto ampia di illecito penale, afferma comunque che la conformità con l'articolo 6 CEDU non viene meno qualora, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa, purché la decisione di questa "che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena": invero "la natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola", e se tali differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione. In conclusione, ... secondo la vincolante interpretazione della Corte di

Strasburgo, non si può ipotizzare un contrasto tra l'art. 6 della Convenzione e l'ordinamento nazionale, ove quest'ultimo comunque stabilisca, avverso una determinata sanzione sostanzialmente penale, una tutela giurisdizionale rispettosa dei principi fissati dal ripetuto art. 6: ciò che per l'appunto si verifica per le sanzioni in materia di concorrenza, con conseguenziale superamento pure della prospettata questione di costituzionalità»⁸⁴.

Il giudice ha avuto modo comunque di precisare che «[L]a disciplina dettata dal Regolamento per lo svolgimento del procedimento, che concentra la pressoché totalità dello stesso in capo al Collegio, non è in ogni caso *ex se* sintomo di carenza di obiettività. E la fattispecie all'esame del Collegio ne è la prova», in ragione della difformità tra la valutazione fatta dagli Uffici istruttori nella CRI e la decisione successivamente assunta dal Collegio»⁸⁵.

Il Consiglio di Stato⁸⁶ ha affermato che la Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata⁸⁷. All'interno della più ampia categoria di accusa penale così

ricostruita, la giurisprudenza della Corte EDU ha distinto tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale. Al di fuori del c.d. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato. La pragmaticità dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque portato quest'ultima a riconoscere che non tutte le prescrizioni di cui all'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale, collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale⁸⁸. Prosegue pertanto il giudice che è «ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-*judicial*, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi ad un giudice munito di poteri di "piena giurisdizione", e, quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; Sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1595 e n. 1596). (...) Nondimeno, a prescindere dall'effettiva difformità del regolamento di procedura rispetto al parametro convenzionale, le

⁸⁴ Tar Lazio, sez. I, 1 luglio 2015, n. 8778 confermata da Cons. St. 16/1164; Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580.

⁸⁵ Tar Lazio, 1 luglio 2015, n. 8778, cit.

⁸⁶ Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

⁸⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10 *Grande Stevens e altri c.*

Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, *Zolotoukhine c. Russia*.

⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo 23 novembre 2006, caso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*.

garanzie imposte dall'art. 6 sono rispettate nel presente giudizio di "piena giurisdizione". Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta infatti la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento (cfr. Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2017, nn. 927 e 928 e 20 febbraio 2017)⁸⁹.

Sulla base delle medesime argomentazioni, il Tar Lazio ha respinto il motivo di ricorso, legato anche alla manifesta infondatezza della questione di costituzionalità come prospettata, e della collegata, in via subordinata, domanda di annullamento del richiamato d.p.r. n. 217/98, ovvero del regolamento sulle procedure istruttorie⁹⁰.

SERENA STELLA*

Bibliografia

G. Bruzzone (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; Cintio-
li, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, 2008; Cintio-
li-Olivieri, *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007; P. Fattori, M. Todino, *La*

disciplina della concorrenza in Italia, Bologna, 2019; A. Frignani, D. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; A. Lalli, «Il procedimento istruttorio e impegni»; G. Napolitano, «Il provvedimento di avvio istruttorio e l'attività ispettiva in fase istruttorio»; M. Montalbano, *Le misure cautelari nel diritto antitrust*; G. Romano, «La comunicazione alle imprese delle risultanze istruttorie e l'audizione finale, e il diritto di accesso ai documenti e la tutela della riservatezza», tutti in A. Catricalà, P. Troiano (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; M. Siragusa, «Le decisioni con impegni»; G. Olivieri, «I poteri cautelari dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato»; L. Torchia, «Venti Anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale», in Rabitti-Bedogni-Barucci (a cura di), *20 Anni di Antitrust*, Torino, 2010; R. Chieppa, in *Le Autorità Amministrative indipendenti*, a cura di G.P. Cirillo, 2010; Clarich-Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, Giurisprudenza Commerciale, 2/2013; Ioannides, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust – il Commento*, giorn. Dir. Amm., 15; S. Stella, *Commento agli art. 14, 14 bis e 14 ter della legge n. 287/90*, in *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Marchetti-Ubertazzi, 2019; F. Ghezzi-P. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete Europea della Concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, Rivista Italiana di diritto pubblico Comunitario (2017-5); C.B. Calini, *Procedure Antitrust in Italia*, Milano, 2018; P. Ziotti-I. Perego, *Il procedimento antitrust*, in A. Catricalà – C.E. Cazzato – F. Fimmano, *Diritto antitrust*, 2021; F. Ghezzi, *Sui tempi del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione*

⁸⁹ Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211, cit.; 22 marzo 2016, n. 1164; Cons. St. VI, 24 luglio 2020, n. 4737; Cons. St., VI, 25 gennaio 2023, n. 831. Vedi anche Tar Lazio, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 2668, 24 aprile 2018, n. 4466.

⁹⁰ Tar Lazio, sez. I, 14 novembre 2018, nn. 10999, 11002, 11000, 10996, 10997.

*Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l'Istituzione di appartenenza.

II. DIRITTO ANTITRUST
II.2 IL PUBLIC ENFORCEMENT DEI DIVIETI ANTITRUST

dei giudici amministrativi italiani: un 'tentato omicidio' del diritto antitrust?, in Mercato Concorrenza e regole, 2022; F. Ghezzi – G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, 2023; S. Stella, *Commento all'art. 12 l. 287/90*, C.B. Calini, *Commento all'art. 14 l. 287/90*, in Codice

della concorrenza, a cura di R. Chieppa e F. Arena, 2023; F. Ghezzi – G. Olivieri *Diritto antitrust*, 2023; M. D'Ostuni – M. Beretta, *Il diritto della concorrenza in Italia*, 2024.

LE DECISIONI DI ACCERTAMENTO, LA DIFFIDA E LA POLITICA SANZIONATORIA DELL'AGCM

Sommario: **I.** I poteri di accertamento e sanzionatori dell'AGCM. – **II.** Finalità e presupposti della sanzione pecuniaria. – II.1. La gravità dell'infrazione. – **III.** La disciplina sanzionatoria. – III.1. I principi di diritto comunitario. – III.2. Ambiti di applicazione della l. 689/81. – **IV.** Quantificazione della sanzione. – IV.1. Discrezionalità dell'AGCM. – IV.2. Metodo di quantificazione. – IV.3. Importo base: individuazione del fatturato rilevante. – IV.4. Circostanze aggravanti. – IV.5. Circostanze attenuanti. – IV.6. Limite edittale. – **V.** Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni. – **VI.** La diffida. – VI.1. Contenuto. – VI.2. Misure comportamentali e strutturali. – **VII.** L'inottemperanza alla diffida.

I. I poteri di accertamento e sanzionatori dell'AGCM

Il nucleo essenziale dei poteri attribuiti all'AGCM è costituito dall'attività di accertamento e di qualificazione di atti, fatti e comportamenti alla luce dei divieti di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, nonché artt. 101 e 102 TFUE), ai fini della conseguente adozione di eventuali misure sanzionatorie, di tipo pecuniario o interdittivo. Tale attività non presenta carattere discrezionale, in quanto si concretizza in valutazioni di carattere tecnico ed è volta a garantire il ripristino di un corretto funzionamento del mercato, alterato dalle infrazioni alle regole di concorrenza, a tutela dell'interesse pubblico. La tutela della concorrenza è infatti uno strumento

volto a garantire non solo la libertà di iniziativa economica delle imprese ma, ed in primo luogo, la libertà di scelta ed il benessere dei consumatori¹, in coerenza con il criterio cardine stabilito dall'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

In questa cornice, l'AGCM, mediante l'attività di accertamento, controlla il rispetto da parte degli operatori dei divieti sopra richiamati e, nel contempo, assolve ad una funzione di certezza giuridica, fornendo indicazioni utili alle imprese al fine di adottare strategie compatibili con la concorrenza (art. 1, co.1, l. n. 287/90). La funzione di accertamento e di repressione viene svolta facendo uso di un procedimento in cui viene dato ampio spazio alla tutela del contraddittorio, il quale si conclude con l'adozione di un provvedimento che viene pubblicato sul Bollettino Ufficiale dell'AGCM (v. voce IL PROCEDIMENTO ANTITRUST DELL'AGCM). All'esito di tale procedimento, ove vengano accertate infrazioni ai divieti sopra richiamati, l'AGCM, secondo quanto previsto dall'art. 15, co.1, della l. n. 287/90, così come novellato dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 185, che ha attuato la Direttiva (UE) 2019/1 dell'11 dicembre 2018, (c.d. ECN+), ha il potere-dovere di imporre misure ripristinatorie della situazione alterata dalle condotte illecite delle

¹ In tal senso, vedi, tra le altre, sentenza Corte Cost., 7 marzo 2024, n. 36; cfr. anche sentenza Corte Cost., 19 luglio 2024, n. 137.

imprese, le quali vengono cristallizzati nella diffida, recante, come meglio si vedrà, un termine “*per l’eliminazione delle infrazioni stesse*”, ovvero, se l’infrazione è già cessata, un divieto di “*reiterazione*” dell’infrazione. Inoltre, secondo quanto disposto dall’art. 15, co.1bis, così come novellato dallo stesso decreto legislativo n. 185/2021, l’AGCM dispone del potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria tenuto conto della “*gravità e della durata dell’infrazione*”². Con la stessa decisione, infine, l’AGCM fissa «*i termini entro i quali l’impresa deve procedere al pagamento della sanzione*» (art. 15, co.1 bis, l. n. 287/90).

II. Finalità e presupposti della sanzione pecuniaria

Il potere sanzionatorio previsto dall’art. 15, co. 1bis, della legge n. 287/90 è uno dei principali mezzi attribuiti all’AGCM per il perseguimento della propria finalità istituzionale di vigilanza sul corretto funzionamento del mercato. Le sanzioni pecuniarie irrogate dall’AGCM, dunque, oltre a svolgere una funzione punitiva nei confronti dell’impresa responsabile dell’infrazione, hanno essenzialmente una funzione deterrente. In dettaglio, esse hanno lo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell’infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall’altro, di dissuadere altre imprese dall’assumere o dal continuare in comportamenti anticoncorrenziali (scopo dissuasivo generale)³. Anche le condotte già cessate sono sanzionabili, poiché, come confermato dalla giurisprudenza nazionale,

«diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che, accertata la commissione di infrazioni gravi, l’Autorità non ha il potere di sanzionarle (allorché ormai cessate), con conseguente neutralizzazione delle funzioni, anche di deterrenza, dall’ordinamento assegnate alla misura»⁴. In generale, il potere sanzionatorio di cui all’art. 15 è strutturato in modo da garantire la finalità di desistenza dal compimento dell’illecito piuttosto che la finalità punitiva⁵. Nonostante tale caratteristica, secondo l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, la sanzione in esame, tenuto conto dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo ai fini dell’applicazione dell’art. 6 CEDU e, in particolare, dell’elevato grado di severità della stessa, ha natura «*sostanzialmente penale*»⁶. Al riguardo, la giurisprudenza di recente ha precisato che tale sanzione, in coerenza con la finalità che le è propria, dev’essere idonea a fungere da strumento di deterrenza rispetto alla commissione di condotte collusive, ma al contempo dev’essere essere proporzionata all’illecito addebitato, in modo da evitare che diritti fondamentali, anche economici, vengano sacrificati da sanzioni sproporzionate e non giustificate⁷. Pur avendo natura sostanzialmente penale, tale sanzione formalmente rientra comunque nel novero delle sanzioni amministrative. Il che non consente di applicare indifferenziatamente i principi garantistici propri del diritto penale, quali quelli del *favor rei*⁸ e del

⁴ Cons. St., 3.4.2009, n. 2092.

⁵ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

⁶ In tal senso, più di recente Cons. St., 2.2.2023 n. 1159 (conforme, tra le tante, Cons. St., 22.3.2016, n. 1164).

⁷ Da ultimo, Cons. St., 20.1.2023, n. 691; conforme, tra le tante, Cons. St., 2 febbraio 2023 n. 1159.

⁸ In tal senso, vedi Cons. St., 18 marzo 2019, n. 1762.

² In precedenza, la disposizione prevedeva la possibilità di irrogare delle sanzioni solo nei casi di infrazioni gravi e, pertanto, la valutazione della gravità della violazione fungeva da presupposto di applicazione della sanzione.

³ Tra le tante, cfr. Cons. St., 7.10.2024, n. 17203; Cons. St., 26.7.2018, n. 4577; Cons. St., 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

giusto processo⁹. Né vi è la possibilità di rimettere in discussione il principio dell'intangibilità del giudicato, in analogia delle previsioni in tema di esecuzione delle sanzioni penali, poiché nel caso di una sanzione amministrativa non vengono in gioco beni essenziali come la libertà personale¹⁰. La necessità di garantire, in via prioritaria, la funzione deterrente delle sanzioni è alla base della novella del testo dell'art. 15, apportata dall'art. 11, co. 4, l. 5.3.2001, n. 57. In virtù di tale riforma, non è più previsto un limite minimo della sanzione, bensì solo un massimo edittale, corrispondente però ad una diversa (e, generalmente, più ampia) base di calcolo pari «al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida». Prima della novella, era invece previsto un minimo edittale, corrispondente all'1% del fatturato realizzato da ciascuna impresa limitatamente ai «prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante» oggetto di accertamento. Al riguardo, la giurisprudenza ha confermato l'applicabilità in materia del principio di cui all'art. 1 della legge n. 689/81, secondo cui, in caso di successione di leggi, occorre fare riferimento alla legge in vigore al momento in cui fu commessa la violazione¹¹. Come confermato dalla Corte Costituzionale, con riferimento agli artt. 6 e 7 della convenzione CEDU, non si rinviene un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni, del principio di retroattività della legge più favorevole da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative¹². Tuttavia, più di

recente, la Corte Costituzionale ha precisato il proprio orientamento, affermando che il principio di retroattività della *lex mitior* deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura «punitiva»¹³. Ricorrendone i presupposti, tale principio è perciò suscettibile di applicazione anche con riferimento alla sanzione contemplata dall'art. 15. Ove, dunque, applicabile, in analogia con quanto previsto in materia penale dall'art. 2 c.p., il raffronto andrà operato in concreto tra i due regimi nella loro integralità¹⁴, comparando le diverse discipline sostanziali succedutesi nel tempo¹⁵, e non facendo riferimento ad una sola frazione del regime, quale l'abrogazione del minimo edittale dell'1% (relativo ai prodotti oggetto dell'infrazione)¹⁶. La disciplina sanzionatoria è stata dunque progressivamente modificata così da assicurare, da un lato, una maggiore flessibilità della politica sanzionatoria dell'AGCM e, dall'altro, il raggiungimento di un adeguato livello dissuasivo della sanzione in rapporto alla dimensione economica globale dell'impresa e alla gravità della violazione. In quest'ottica va inquadrata anche l'introduzione dei programmi di

¹³ Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63: in applicazione del principio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 del D.Lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche in *mitius* apportate alle sanzioni amministrative previste per l'illecito di abuso di informazioni privilegiate.

¹⁴ Infatti, è pacifico che in materia di successione nel tempo di leggi penali, «una volta individuata la disposizione complessivamente più favorevole, il giudice deve applicare questa nella sua integralità, ma non può combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell'altra legge secondo il criterio del *favor rei*»; Cass. Pen., sez. 4, 28.10.2005, n. 47339.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 24.10.2014, n. 49754; in senso conforme: Cass. Pen., Sez. 04, del 26.09.2014, n. 44119.

¹⁶ In tal senso, cfr., Cons. St., 18.3.2019, n. 1761.

⁹ Cons. St., 20.1.2023, n. 690; conformi: Cons. St., 26.7.18, n. 4577; Cons. St., 18.3.2019, n. 1761; Cass., sez. I, 30.6. 2016, n. 13433; Tar Lazio, 29.3 2017, n. 4010, Tar Lazio, 4.1 2017, n. 84.

¹⁰ Così, Corte Cost., 28 luglio 2020, n. 171.

¹¹ Tra le tante, Cons. St., 18.3.2019, n. 1761.

¹² Corte Cost., 20.7.2016, n. 193.

clemenza¹⁷ volta ad assicurare la scoperta delle più gravi violazioni del diritto antitrust. A tal fine, la disciplina in materia di clemenza, attualmente un corso di revisione¹⁸, è destinata a trovare applicazione per l'ipotesi di "*cartello segreto*", come definito dall'art. 15-bis, comma 2, della legge n. 287/90¹⁹, ipotesi per cui si prevede la possibilità di concedere l'immunità dall'amenda o una sua riduzione a fronte della collaborazione qualificata delle imprese (v. voce CLEMENZA E PRIVATE ENFORCEMENT).

II.1. La gravità dell'infrazione

La novella introdotta dal decreto legislativo n. 185/2021 ha eliminato il richiamo alla gravità dell'infrazione quale presupposto necessario per l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 15. Nonostante ciò, la presenza o meno di tale elemento a tutt'oggi assume rilevanza ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio. Il legame tra la gravità dell'infrazione e l'esercizio del potere sanzionatorio risulta evidenziato dalla circostanza che il ricorso

all'istituto della chiusura del procedimento con impegni di cui all'art. 14-ter, legge n. 287/90, non è considerato opportuno per le infrazioni di rilevante gravità²⁰, per le quali, in linea con l'orientamento comunitario, risulta prevalente l'esigenza dell'esercizio del potere-dovere di comminare una sanzione²¹. Nella prassi dell'AGCM, la gravità della violazione risulta apprezzata sulla base di una pluralità di elementi individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, quali la natura dei comportamenti contestati, il contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati e l'importanza delle imprese che li hanno posti in essere. A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza ha confermato che, anche nel rispetto del principio di proporzionalità della sanzione, occorre tenere conto, tra l'altro, della gravità della partecipazione di ciascuna impresa all'illecito²². Sotto il profilo oggettivo, la gravità della violazione va valutata, in primo luogo, sulla base della natura della restrizione concorrenziale. Alla stregua di questo criterio, le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (cd. *hardcore violations*) configurano alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza²³. In particolare, le intese di prezzo o di ripartizione dei mercati possono essere considerate molto gravi in ragione della loro natura, a prescindere

¹⁷ I programmi di clemenza sono stati introdotti in Italia sulla base di quanto disposto dall'art. 14, co.2, D.L. 4.7.2006, n. 223, convertito con modifiche dalla L. 4.8.2006, n. 248, che ha inserito nell'art. 15 un'esplicita previsione al riguardo. In applicazione della norma, l'Autorità ha adottato una "*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*" (cfr. delibera AGCM n. 16472 del 15 febbraio 2007, come modificata da ultimo con delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

¹⁸ Cfr. lo Schema di modifiche alla predetta "*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*": provvedimento AGCM n. 31357 del 22 ottobre 2024, pubblicato sul sito dell'AGCM in data 30 ottobre 2024.

¹⁹ La nuova disciplina è ora contemplata dagli articoli da 15-bis a 15-septies e dagli articoli 31-ter e quater della legge n. 287/90, come previsto dal Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 185, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

²⁰ Tale principio è stato recepito dall'AGCM nella propria "*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*", adottata con Delibera del 6 settembre 2012, n. 23863.

²¹ Tra le tante, Cons. St., 16.3.2020, n. 1839, nonché Id. 19.3.2019, n. 1794, 2.3.2009, n. 1190 e 19.11.2009, n. 7307.

²² Da ultimo, cfr. Cons. St., 27.1.2023, n. 949; conformi, tra le altre, 26.7.2018, n. 4577; Cons. St., 3.6.2014, n. 2837.

²³ Tra le tante, Cons. St., 11 luglio 2019, n. 4874 e Cons. St., 27.6.2014, n. 3252, Id. 23.6.2014, n. 3168.

dalla valutazione degli effetti prodotti²⁴. Tra gli indici rilevanti di gravità dell'intesa si annovera la segretezza degli accordi di carattere orizzontale, che va ravvisata anche nelle ipotesi in cui un'intesa orizzontale non venga palesata al pubblico, anche qualora ciò concerna solo una parte della concertazione²⁵. La qualificazione di una fattispecie di intesa come molto grave appare giustificata ove correlata sia al bene giuridico coinvolto e in via mediata infine leso (l'assistenza sanitaria e il diritto alla salute)²⁶, sia al suo oggetto, consistente nel coordinamento teso a condizionare le procedure di evidenza pubblica per la scelta dell'altro contraente da parte di pubbliche amministrazioni²⁷. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di confermare che la spartizione segreta del mercato (che tale è e resta, pur quando solo una parte dei contatti sia effettivamente occulta), in sede di gara ad evidenza pubblica ("*bid rigging*"), è tra le fattispecie più gravi di intese anticoncorrenziali e tra le più dannose e costose per la collettività (soggetti aggiudicatori e contribuenti). Invero, le norme UE ed i principi costituzionali sanciscono la necessità dell'evidenza pubblica qual mezzo per acquisire beni e servizi con un miglioramento in termini di prezzo, qualità e innovazione, risultato, questo, che consegue solo grazie al meccanismo del confronto concorrenziale, a

sua volta espressione dei principi di libertà economica, nonché di imparzialità e buon andamento dell'azione dei pubblici poteri²⁸. Secondo anche l'orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale, le intese di prezzo sono molto gravi per la concorrenza «poiché ne ostacolano la capacità di garantire l'efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile»²⁹. L'effetto concreto della restrizione, diversamente, assume un valore marginale nella valutazione di gravità dell'illecito, dovendosi dare rilievo predominante alla natura della restrizione e agli elementi ulteriori che maggiormente aggravano il peso dell'illecito³⁰. Tuttavia, allorché l'impatto concreto dell'infrazione sul mercato sia misurabile, in giurisprudenza è stato anche affermato il principio secondo cui l'AGCM è tenuta a valutare la stessa circostanza ai fini della graduazione della gravità dell'infrazione³¹. In tal senso la giurisprudenza ha sottolineato che l'attuazione dell'intesa è uno degli elementi di valutazione della gravità³². In questa prospettiva, talvolta un'intesa di prezzo è stata qualificata dalla giurisprudenza come grave, anziché come molto grave, in considerazione del fatto che non vi era prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato e di un nesso di causalità certo tra l'intesa e l'aumento dei prezzi e, dunque, della lesività della condotta per il mercato³³. Analogamente è stato adottato con riguardo alla fattispecie di abuso di posizione dominante, laddove si è ritenuto che, ai fini della verifica del presupposto di applicabilità

²⁴ Così, anche più di recente, Cons. St., 23.11.2020, n. 7320, Cons. St., 19.12.2019, nn. 8585, 8590, 8591; Cons. St., 3.1.2020, nn.50, 53; conformi: Cons. St., 21.12.2017, n. 5998 e 5997; Cons. St., 20.10.2016, n. 4374.

²⁵ Cons. St. 21.3.2019, n. 1900, Cons. St., 31.12.2018, n. 7320, Cons. St., 23.5.2012, n. 3026.

²⁶ Tra le altre, Cons. St., 13.3.2020, n. 1832 e 15.7.2019, n. 4990.

²⁷ Le intese atte a condizionare gli esiti di una gara pubblica vengono tendenzialmente considerate molto gravi: conformi, tra le tante, Cons. St., 9.5.2022 nn. 3570 e 3572; Id. 24.7.2020, n. 4737 e 20 maggio 2021, nn. 3900 e 3901 e Cons. St., 13.6.2014, n. 3032.

²⁸ Così, Cons. St., 9.9.2021, n. 6744.

²⁹ Cfr., tra le tante, Cons. St. 6.10.2020, nn. 5885, 5898, 5900, 5884, 5897, 5899.

³⁰ Tra le tante, Cons. St., 23.11.2020, n. 7320, Cons. St., 19.12.2019, nn. 8585, 8590, 8591; Cons. St., 3.1.2020, nn.50, 53.

³¹ Così, tra le altre, Cons. St., 24.7.2020, n. 4737.

³² Tra le altre, Cons. St., 29.5.2018, n. 3197, Cons. St., 12.10.2017, n. 4733.

³³ Cons. St., 29.9.2009, n. 5864.

della sanzione, la sua qualificazione come illecito “grave”, in ragion della natura della restrizione, appare difficilmente negabile, ferma restando la possibilità di apprezzare l’entità della gravità dell’illecito ai fini della quantificazione della sanzione³⁴. Coerentemente con tale principio, la qualifica di «molto grave» dell’abuso di posizione dominante sembra essere ritenuta giustificata dalla giurisprudenza solo ove siano presenti ulteriori elementi aggravanti, quali la sistematicità e la reiterazione delle condotte abusive, la consapevole sottrazione al controllo dell’AGCM di regolamentazione, il comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, la recidiva e la cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori³⁵. Nella valutazione della gravità, la peculiare situazione del settore economico, quale una situazione di crisi, non rientra tra i parametri rilevanti³⁶.

III. La disciplina sanzionatoria

La disciplina del potere sanzionatorio dell’AGCM è caratterizzata, in primo luogo, da un notevole processo di armonizzazione con quanto previsto a livello comunitario. Tale ancoraggio al diritto comunitario trova la sua ragion d’essere nel fatto che l’AGCM, applicando in via diretta gli articoli 101 e 102 del TFUE (*ex* articoli 81 e 82 del Trattato), deve garantire una coerenza applicativa ed interpretativa delle disposizioni comunitarie anche sotto il profilo delle ammende³⁷.

In tal senso, la giurisprudenza ha così ritenuto legittima la prassi dell’AGCM di tenere conto, quale canone orientativo per il dosaggio oggettivo e trasparente delle sanzioni in ambito nazionale, degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003³⁸. In conformità con gli “**Orientamenti**” comunitari sopra richiamati, nella quantificazione della sanzione è da escludere l’applicazione di un «approccio puramente matematico e meccanicistico» nella valutazione delle varie circostanze del caso di specie, in quanto il valore finale deve essere adeguato alla specifica gravità della condotta contestata all’impresa³⁹. Altro importante principio richiamato dalla giurisprudenza è quello secondo cui la sanzione deve essere conforme al principio di proporzionalità. Tale principio, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell’ordinamento interno lo stesso significato che ha nell’ordinamento comunitario⁴⁰.

D’altra parte, la disciplina delle sanzioni pecuniarie applicate dall’AGCM è soggetta al rinvio, operato dall’articolo 31 della l. n. 287/90, alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II della l. n. 689/81 (concernenti, rispettivamente, i principi generali applicabili in materia di sanzioni amministrative e il relativo procedimento di applicazione). Tale richiamo, come più volte

³⁸ Così, da ultimo, Cons. St., 27.6.2024, n. 5664; conformi: *ex plurimis*, Id 23.6.2006, n. 4017 e 16.3.2006, n. 1397.

³⁹ Da ultimo, cfr. Cons. St., 20.1.2023, n. 690; conforme: 23.6.2014, n. 3170.

⁴⁰ Cons. St., sez. VI, sent. 2.2.2023 n. 1159; per l’affermazione del principio di proporzionalità come criterio guida in materia di sanzioni antitrust, cfr anche Cons. St., 20.1.2023, n. 690; Id 5.8.2013, n. 4085; 12/7/2011, n. 4202; 29.12. 2010.

³⁴ Cons. St., 24.6.2010, n. 4013.

³⁵ Cons. St., 10.3.2006 n. 1271e 20.12.2010, n. 9306.

³⁶ Cons. St., 23.9.2019 e 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

³⁷ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368, 27.6.2005, n. 3408 e 8.2.2008, n. 424.

evidenziato anche nella giurisprudenza nazionale, opera, secondo quanto previsto dallo stesso articolo 31, solo nella misura in cui le stesse disposizioni risultino “applicabili”. Di conseguenza, le specifiche e diverse disposizioni, anche di origine comunitaria, in materia di illeciti *antitrust* sono spesso ritenute prevalenti rispetto a quelle dettate dalla l. n. 689/81⁴¹. Da ultimo, trovano applicazione le Linee Guida adottate dall'AGCM sulle modalità di applicazione delle sanzioni⁴², volte a definire, anche sulla base degli orientamenti comunitari e del giudice amministrativo, una dettagliata metodologia di calcolo della sanzione di cui all'art. 15 co.1, della l. n. 287/90, al fine di accrescere l'efficacia deterrente della propria politica sanzionatoria e la trasparenza del proprio processo decisionale⁴³.

III.1. I principi di diritto comunitario

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, il richiamo alla l. n. 689/81 non può che essere interpretato in senso conforme alla normativa comunitaria e, quindi, non può determinare una sostanziale restrizione della portata dei divieti di cui agli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, sia pure sotto il profilo sanzionatorio. In tale prospettiva, il principio di «stretta interpretazione» della disciplina sanzionatoria, inteso quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 1 della l. n. 689/81, è stato ritenuto non applicabile alla normativa

antitrust⁴⁴. Nella stessa ottica, trovano invece applicazione, fine di prevenire possibili elusioni all'applicazione dei divieti, i principi stabiliti dall'ordinamento comunitario in materia di imputabilità dell'illecito al successore economico e giuridico di un'impresa che ha cessato di esistere, dovendosi ritenere incompatibile con tale disciplina la regola dell'intrasmissibilità dell'obbligazione di cui all'art. 7 della l. n. 689/81⁴⁵. Secondo il costante orientamento della giurisprudenza comunitaria, anche a livello nazionale è pacifico che, qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle norme sulla concorrenza sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti. Ciò deriva dalla nozione sostanzialista di impresa che, per costante giurisprudenza eurounitaria, nel contesto in esame «si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche⁴⁶». Pertanto, nel caso in cui la persona responsabile dell'infrazione cessi di esistere, l'infrazione viene imputata al soggetto che rappresenta il suo successore economico, al fine di preservare l'effetto utile delle norme a tutela della concorrenza⁴⁷. Infatti, «se le imprese potessero sottrarsi alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità sia stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive sarebbe

⁴¹ Cfr. più di recente, Cons. St. 30 aprile 2020, n. 2764; conformi: Cons. St., 10.7.2018 e Cons. St., 29.9.2009, n. 5864.

⁴² In tal senso, tra le tante, Cons. St. 20.1.2023, n. 690;

⁴³ Cfr. *Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie adottate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*, adottate con Delibera AGCM, 22.10.2014, n. 25152.

⁴⁴ Cons. St., 2.3.2001, n. 1189.

⁴⁵ Cons. St., 10.7.2018, n. 4211.

⁴⁶ Tra le tante, cfr. Cons. St., 22.3.2023, n. 2906.

⁴⁷ Tar Lazio, 24.5.2021, n. 6080.

compromesso»⁴⁸. Il principio di origine comunitaria è stato ritenuto legittimamente applicabile anche laddove l'attività d'impresa di una società formalmente esistente ma sostanzialmente scomparsa – perché in liquidazione – è stata continuata da un'altra impresa (che ne aveva acquistato il ramo d'azienda) secondo il criterio della successione economica. Alla fattispecie, pur non essendo direttamente applicabile il principio della continuità giuridica elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, si è infatti ritenuto applicabile l'ulteriore principio secondo cui una violazione delle norme in materia di concorrenza può essere imputata al successore economico della persona giuridica che ne sia l'autore, affinché l'effetto utile di tali norme non venga pregiudicato a causa delle modificazioni apportate, in particolare, alla forma giuridica delle imprese interessate⁴⁹. In un altro caso concernente la questione dell'individuazione del soggetto sanzionabile in caso di successione di enti pubblici, la giurisprudenza ha fatto riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia e, in particolare, al principio in base a cui gli articoli 81 CE (ora 101 TFUE) e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa Autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole di concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della stessa Autorità pubblica. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è stato puntualizzato che «affinché due o più enti possano considerarsi sottoposti alla "tutela" del medesimo soggetto pub-

blico non è sufficiente che quest'ultimo detenga il capitale di entrambi gli enti»⁵⁰. In base agli stessi principi, inoltre, qualora l'infrazione coinvolga un gruppo societario, alla controllante può essere imputata la responsabilità di una condotta illecita posta in essere dalla controllata qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche (teoria della cd. "*parental liability*"). Ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa, ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza. Formando una sola impresa, tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione⁵¹. Alla stregua di quanto affermato dalla giurisprudenza eurounitaria, anche a livello nazionale è stato pertanto riconosciuto che possono essere inflitte ammende alla società controllante anche senza la necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione»⁵². In particolare, nell'ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della sua controllata che ha commesso un'infrazione alle norme

⁵⁰ Cons. St., 3.4.2009, n. 2083.

⁵¹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 29 marzo 2011, nelle cause C-201/09P e C-216/09P, *ArcelorMittal Luxembourg c. Commissione e Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg e a.*, nonché da ultimo Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2017, nella causa C-516/15 P, *Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals GmbH, Akzo Nobel Chemicals BV c. Commissione*.

⁵² TAR Lazio, 10.3.2016, n. 3077, confermato da Cons. St., 10.7.2018, n. 4211.

⁴⁸ Cons. St., 10.7.2018, n. 4211.

⁴⁹ Cons.St., 23.4.2002, n. 2199.

in materia di concorrenza dell'Unione, sussiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante nei confronti della sua controllata. Ciò implica che l'AGCM può ritenere la prima responsabile del comportamento della seconda, senza dover fornire prove supplementari, «a meno che la prima, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato»⁵³. D'altra parte, quanto alla prova di poter esercitare un'influenza determinante sulla politica commerciale di un'impresa, non viene richiesta la dimostrazione di un'interferenza nella gestione quotidiana delle attività di detta impresa, né di un'influenza sulla politica commerciale in senso stretto di quest'ultima, potendo la controllante esercitare un'influenza determinante sulla sua controllata anche quando non si avvalga di alcuna concreta prerogativa "codecisorie" e si astenga dall'impartire istruzioni o direttive concrete in merito a singoli aspetti della politica commerciale. Non assume, quindi, rilevanza il fatto che la controllante sia una mera *holding* di partecipazioni e che non si sia ingerita nelle politiche commerciali della controllata, in assenza di dimostrazione della totale autonomia decisionale delle società operative⁵⁴. Inoltre, si è ritenuto che la «presunzione debba trovare applicazione anche nei rapporti tra le consociate di un medesimo gruppo, quando al suo interno imprese societarie formalmente autonome e indipendenti hanno dimostrato di essere tra loro intimamente coordinate e soggette a direzione unitaria»⁵⁵.

III.2. Ambiti di applicazione della l. n. 689/81

I principi generali di cui al Capo I, Sezione I della l. n. 689/81 trovano applicazione anche in materia di sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM, fatta salva la verifica di compatibilità, da effettuarsi caso per caso, con le specifiche norme della l. n. 287/90. In linea con tale orientamento, il principio generale del *ne bis in idem*, il quale è riconosciuto, in ambito penale, non solo a livello nazionale (art. 649 c.p.p.) ma anche a livello comunitario, è stato ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi contemplati dal diritto della concorrenza. Al riguardo, si è chiarito che il divieto di *bis in idem* non si applica quando con la stessa condotta vengono commessi più illeciti, ossia nel caso di concorso formale di illeciti. In tal caso, «a fronte di un'unica condotta e di un unico soggetto agente, si hanno più lesioni, di diversi beni giuridici tutelati, e dunque, mancando l'identità di bene giuridico tutelato, non vi è *bis in idem*»⁵⁶. In tal caso, secondo quanto previsto dall'art. 28 delle Linee Guida, all'impresa responsabile si applica la sanzione irrogata dall'Autorità per la violazione più grave da essa accertata con la stessa decisione, aumentata sino al triplo, sulla base di quanto previsto dall'articolo 8, co.1, della l. n. 689/1981⁵⁷ ... Diversamente, nei casi in cui più condotte violino più volte gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990 o gli articoli 101 e 102 TFUE trova applicazione l'istituto del cumulo materiale delle sanzioni, come disposto dall'art. 28 delle Linee Guida dell'AGCM, secondo cui si applicano distinte sanzioni in caso di

⁵⁶ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

⁵⁷ Tale previsione non si riferisce alla fattispecie di intesa continuata e complessa e/o all'abuso di posizione dominante realizzato mediante una strategia complessa e unitaria.

⁵³ Cons. St., 22.3.2023, n. 2906.

⁵⁴ Cons. St., 22.3.2023, n. 2906.

⁵⁵ Cons. St., 15.7.2019, n. 4990.

pluralità di illeciti⁵⁸. Inoltre, in tema di elemento soggettivo dell'illecito, trova riconoscimento, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 689/1981, il principio secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa⁵⁹. In particolare, si ritiene che, «poiché il giudizio di colpevolezza non è ancorato al dato puramente psicologico, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dalla L. n. 689 del 1981, art. 3, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza»⁶⁰. Tale principio è infatti ritenuto compatibile con quello, di origine comunitaria, secondo cui perché un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione

della concorrenza⁶¹. In tal senso, è stato così affermato che la sussistenza dell'elemento soggettivo può desumersi in via indiziaria dagli elementi oggettivi della fattispecie⁶². In ogni caso è stato anche precisato che «l'accertamento dell'elemento soggettivo quanto meno della colpa costituisce il presupposto per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell'art. 11, paragrafo 2, del Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 (...), ma non costituisce elemento costitutivo dell'illecito *antitrust* (ad es., ai fini dell'adozione di misure interdittive)»⁶³. Inoltre, è astrattamente applicabile anche l'esimente del legittimo esercizio di un diritto dell'*incumbent* con riferimento alla difesa dei propri interessi economici. A tal fine, secondo la giurisprudenza, occorre che vi sia una situazione di danno o di pericolo per tali interessi, che sia certa e attuale; in questo contesto, è stato precisato che, al fine dell'operatività di un'esimente putativa, «non basta un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, occorrendo invece dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'agente di trovarsi in tale stato e occorre che l'errore non sia colpevole»⁶⁴. Sotto il profilo procedimentale, tra le norme applicabili in virtù del suddetto richiamo, nella prassi dell'AGCM è costante il richiamo alla previsione dell'art. 28 della l. 689/1981 in materia di prescrizione. Tale norma, ai sensi della quale «Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate nella presente legge si prescrive nel termine di 5 anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione», è ora espressamente richiamata dall'art. 31-*bis* della legge n. 287/90.

⁵⁸ Cons. St., 6.5.2021, n.3556 e 23 agosto 2021, n. 5992. In senso parzialmente diverso, vedi Cons. St., 12 gennaio 2023, n. 417, secondo cui il criterio di calcolo della sanzione basato sul c.d. cumulo materiale, connotato da un certo automatismo, se generalmente adottabile, non risulta conforme al principio di proporzionalità nei casi nei quali la condotta addebitata, incidente su mercati tra loro interconnessi, sia riguardabile come continuata (*a parte subiecti*), e la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza, del tutto estrinseca rispetto all'impresa sanzionata, della mancata prova che tutti gli altri operatori economici coinvolti condivisero l'obiettivo comune.

⁵⁹ Tra le tante, Cass. Civ., Sez. II, 18.4.2018, n. 9546; Cass. Civ., Sez. I, 8.2.2016, n. 2406.

⁶⁰ In tal senso, da ultimo, Cons. St., 29.3.2024, n. 2967

⁶¹ Cfr. tra le tante, Cons. St., 21 marzo 2018, n. 1821.

⁶² Cfr., tra le tante, Cons. St., 23.4.2002, n. 2199.

⁶³ Cons. St., 20.2.2017, n. 740, 28.2.2017, nn. 927 e 928.

⁶⁴ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

Nella prassi dell'AGCM la disposizione di cui all'art. 28 viene applicata tenendo in considerazione la nozione di “*permanenza*” dell'illecito amministrativo. La prevalente giurisprudenza ha avallato tale prassi, precisando che il termine di prescrizione di cui all'art. 28 si applica anche alle sanzioni irrogate dall'AGCM ma si interrompe con qualsiasi atto procedimentale destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione⁶⁵, oltre a restare sospeso per tutta la durata del giudizio amministrativo⁶⁶. Inoltre, secondo la giurisprudenza in materia di illecito permanente, «il termine di prescrizione della sanzione, da irrogarsi per un illecito di carattere permanente, decorre dal giorno in cui cessa la permanenza, in applicazione analogica dell'art. 158 c.p.»⁶⁷. La nozione di permanenza dell'illecito, come chiarito dalla stessa giurisprudenza amministrativa, si caratterizza per la natura ripetuta dell'azione illecita e il carattere generalmente immateriale del bene protetto⁶⁸. La nozione assume rilevanza in presenza infrazioni concorrenziali connotate da una pluralità di condotte illecite riconducibili ad un'infrazione unitaria, in ragione della persistenza, nel tempo, di una stessa strategia applicata e ripetuta nel tempo, idonea ad alterare la concorrenza nel mercato interessato⁶⁹. La stessa nozione trova applicazione anche

con riferimento ad una condotta che attui nel tempo e in maniera costante un unico disegno anticoncorrenziale. Coerentemente con la prassi dell'AGCM, occorre tenere presente l'intero periodo durante il quale l'intesa è stata attuata, sicché nei casi di delibera associativa, rileva il “comportamento” tenuto dal soggetto e non l'eventuale formale abrogazione dell'atto, laddove questo risulti “sostanzialmente vigente” in modo da indirizzare la condotta degli operatori⁷⁰. In questa prospettiva non è neanche consentito parcellizzare i comportamenti costitutivi di un'infrazione unitaria, assoggettando i singoli comportamenti a termini di prescrizione distinti. In tale ipotesi, trattandosi di un illecito di carattere permanente, occorre prendere in considerazione non già la singola condotta bensì il momento di “cessazione della permanenza” della violazione da parte dell'impresa responsabile. In particolare, «nel caso di illecito permanente, protrandosi la verifica dell'evento in ogni momento della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui la condotta illecita si è manifestata per la prima volta, fino alla cessazione dell'infrazione complessivamente considerata»⁷¹. Inoltre, trovano applicazione le norme relative al pagamento rateale delle sanzioni (art. 26 l. n. 689/81) e quelle concernenti la procedura di riscossione coattiva della sanzione, ivi compresa la disciplina della maggiorazione per il ritardo nel pagamento delle sanzioni, prevista dall'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81. L'istituto della maggiorazione *ex* art. 27, comma 6, l. n. 689/1981, secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, presenta «una natura sanzionatoria a funzione deterrente, in quanto volta a colpire il ritardo nell'adempimento della

⁶⁵ Cons. St., 29.5.2018, n. 3197.

⁶⁶ Cons. St., 26.7.2018, n. 4577. Negli stessi termini, l'art. 31 bis prevede la sospensione del termine per tutta la durata del giudizio amministrativo e che il termine è interrotto anche in caso di procedimento istruttorio avviato dalla Commissione europea; secondo la predetta disposizione, tuttavia, in caso di interruzione, la prescrizione opera al più tardi allo spirare del doppio del termine previsto dall'art. 28.

⁶⁷ Cons. St., 13.6.2014, n. 3032; quanto alla giurisprudenza della Cassazione, in senso conforme, tra le tante, Cass. sez. III, 28.9.2012, n. 16515; Cass., sez. I, 28.08.1997, n. 8162.

⁶⁸ Cons. St., 20.12.2000, n. 2196.

⁶⁹ Tra le tante, Cons. St., 6 maggio 2021, n. 3555 e 3556.

⁷⁰ Cfr., quanto alle delibere associative, Cons. St., 22.3.2016, n. 1164 e Tar Lazio, 1.6.2018, n. 6105.

⁷¹ Cons. St., 10.7.2018, n. 4211.

sanzione principale. Il carattere sanzionatorio è altresì reso palese dal fatto che tale maggiorazione non è frutto di automatismo giuridico connesso al trascorrere vano del tempo, ma ha come presupposti aggiuntivi – rispetto al ritardo – l'imputabilità e la colpevolezza dell'inadempimento⁷². Pertanto, in ipotesi di contenzioso favorevole alla parte in una delle fasi del processo amministrativo, precedenti la sua definizione con sentenza passata in giudicato, occorre tenere conto del principio stabilito dal Consiglio di Stato secondo cui, ove la sanzione applicata dall'AGCM venga, nelle more della definizione del giudizio, annullata o sospesa dal giudice amministrativo con la devoluzione all'AGCM del compito di rideterminarla «deve escludersi la sussistenza del requisito oggettivo del «ritardo», essendo l'obbligazione pecuniaria divenuta liquida (ossia, determinata nel suo esatto ammontare) ed esigibile solo con il provvedimento di rideterminazione»⁷³. Ai fini del computo del ritardo, occorrerà pertanto fare riferimento al termine fissato nel provvedimento di rideterminazione, ovvero alla data di pubblicazione della sentenza in cui lo stesso giudice definisca il giudizio, eventualmente procedendo alla rideterminazione della sanzione⁷⁴.

IV. Quantificazione della sanzione

In sede di quantificazione della sanzione, l'AGCM tiene conto dei criteri indicati dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90 (gravità e durata della violazione), dei criteri indicati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in forza del richiamo operato dall'art. 31 della

l. n. 287/90. Inoltre, secondo una prassi ormai consolidata, l'AGCM procede alla quantificazione della sanzione sulla base del metodo di calcolo stabilito nelle proprie Linee Guida, in conformità ai richiamati «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003». La giurisprudenza nazionale ha confermato la legittimità di tale metodo di computo, assumendo che gli orientamenti della Commissione costituiscano un appropriato criterio guida per le valutazioni in tema di commisurazione della sanzione⁷⁵. Sul punto, nel rinviarsi alle precedenti considerazioni anche per quanto concerne i parametri di valutazione della gravità dell'infrazione, occorre anche tenere conto di quanto disposto dall'art. 11 della l. n. 689/1981, sulla cui base, nella quantificazione della sanzione, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alle sue condizioni economiche. La giurisprudenza ha statuito che il riferimento alla gravità del fatto *ex* art. 11 della l. n. 689/1981 «significa qualcosa di diverso rispetto alla gravità della violazione di cui all'art. 15 comma 1 della legge n. 287/1990 e consente la valutazione di tutta la complessiva condotta dell'autore della violazione»⁷⁶. La durata della violazione costituisce un ulteriore elemento di particolare rilevanza nell'iter di quantificazione della sanzione. Nel determinare la durata dell'infrazione, va preso in considerazione il protrarsi dell'illecito in ragione della volontaria omissione di un *contrarius actus*⁷⁷. In materia di intese, la durata dell'infrazione non deve essere valutata in modo formalistico, in funzione

⁷² Circa il prevalente orientamento della giurisprudenza, vedi, tra le tante, Cons. St., 7.7.2023, n. 6654; Id 13.2.2018, n. 931; 7.6.2018, n. 3447; 7.6.2016, n. 2422; 28.6.2016, n. 289.

⁷³ Cons. St., 7.6.2016, n. 2422.

⁷⁴ Cons. St., 28.1.2016, n. 289.

⁷⁵ Cfr. Cons. St., 27.6.2024, n. 5664; Id. 25.3.2009 e 9.4.2009, n. 1705; conformi anche Cons. St., 23.6.2006, n. 4017 e 16.3.2006, n. 1397.

⁷⁶ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

⁷⁷ Cons. St., 3.4.2009, n. 2083.

del periodo durante cui un accordo è in vigore, bensì in funzione di quello durante il quale le imprese hanno adottato un comportamento vietato⁷⁸. A tal fine, laddove venga in considerazione un'intesa complessa, avente ad oggetto ed effetto la determinazione concordata di una politica di prezzo, rileva la «persistente applicazione delle politiche di prezzo coerentemente determinate dalle imprese a seguito della concertazione tra di esse intercorsa nel periodo oggetto di osservazione»⁷⁹. Inoltre, in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrate e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come «tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza»⁸⁰.

IV.1. Discrezionalità dell'AGCM

Sulla base di una consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, la determinazione dei criteri sanzionatori, così come la sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'AGCM⁸¹, la quale trova un proprio limite nel solo rispetto dei generali principi della ragionevolezza e della proporzionalità, nonché nel vincolo di coerenza comunitario⁸². In questo contesto, anche l'apprezzamento dell'effetto delle varie circostanze del caso, aggravanti ed attenuanti, rientra nella piena discrezionalità

dell'AGCM⁸³. Inoltre, gli orientamenti forniti dalla Commissione per il calcolo delle sanzioni sopra richiamati hanno un valore orientativo e non vincolante per l'AGCM, e comunque, secondo la giurisprudenza, «non impediscono, anzi auspicano, una valutazione complessiva dell'illecito»⁸⁴, che viene effettuata nella prassi dall'AGCM. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire alcuni punti qualificanti in ordine all'esercizio del potere sanzionatorio in applicazione della disciplina, da parte delle autorità nazionali *antitrust*, degli artt. 101 e 102 TFUE. Al riguardo, ha precisato che: i) ai sensi dell'art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri infliggono ammende in applicazione del loro diritto nazionale; ii) l'art. 23, paragrafo 2, del citato Regolamento disciplina unicamente le situazioni nelle quali siffatte ammende sono imposte dalla Commissione; iii) gli Orientamenti del 2006 sono applicabili, in via diretta, unicamente alle ammende imposte dalla Commissione⁸⁵.

IV.2. Metodo di quantificazione

Il percorso motivazionale dei provvedimenti dell'AGCM risulta ispirato da una crescente armonizzazione con i principi dell'ordinamento comunitario, culminato nell'adozione di un metodo di computo delle sanzioni largamente simile a quello accolto dalla Commissione europea negli orientamenti sopra richiamati. Sulla base di tale metodo, delineato nelle Linee Guida prima richiamate, l'AGCM procede all'individuazione di un importo base della sanzione in termini

⁷⁸ Cons. St., 22.3.2016, n. 8995.

⁷⁹ Cons. St., 9.2.2001, n. 896.

⁸⁰ Cons. St., 8.2.2008, n. 421 17.12.2007, n. 6469.

⁸¹ Tra le tante, vedi Cons. St., 20.1.2023, n. 690 e 20 maggio 2021, nn. 3900 e 3901.

⁸² Cons. St., 29.12.2010, n. 9575; conforme, Cons. St., 29.12.2010, n. 9565.

⁸³ Cons. St., 23.8.2021, n. 5992; Id. 3.6.2014, n. 2838 e 9.2.2011, n. 896.

⁸⁴ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

⁸⁵ Cons. St., 20.2.2017, n. 740, 28.2.2017, nn. 927 e 928.

percentuali sul fatturato cui l'infrazione si riferisce, nell'ambito di un *range* variabile in relazione, in primo luogo, alla gravità dell'infrazione. L'importo così ottenuto viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'infrazione, pervenendo così alla definizione dell'importo base della sanzione applicabile a ciascuna impresa. In un secondo momento, valuta poi la posizione di ciascuna impresa sulla base dell'esistenza di eventuali circostanze aggravanti ed attenuanti, pervenendo, infine, alla individuazione dell'importo finale della sanzione da irrogare alle imprese coinvolte. Un aspetto molto significativo del metodo di computo stabilito nelle Linee Guida è costituito dall'introduzione di una percentuale minima (pari al 15% del valore delle vendite) per i cartelli di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, ovvero per le più gravi infrazioni della disciplina a tutela della concorrenza. Parimenti significativa è la previsione della c.d. *Entry fee*, ovvero di una somma supplementare che «si aggiunge ad una sanzione fondamentale già definitiva mediante l'applicazione della percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione»⁸⁶. In particolare, tale importo autonomo (compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione) può essere applicato dall'AGCM al fine di rafforzare il necessario carattere di effettiva deterrenza con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione. Inoltre, merita di essere menzionato un ulteriore aspetto che rafforza l'efficacia deterrente della sanzione: la possibilità di incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile realizzi un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto

dell'infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche⁸⁷. Per garantire una politica sanzionatoria flessibile è stata peraltro prevista la possibilità di derogare all'applicazione delle linee guida ovvero irrogare, in alcune specifiche circostanze, una sanzione di importo simbolico. L'applicazione di una sanzione simbolica «è rimessa alla valutazione discrezionale dell'Autorità che, solo in caso di concessione, dovrà individuare nel provvedimento le ragioni dell'applicazione dell'istituto»⁸⁸. Le Linee Guida sono applicabili, per loro espressa previsione, ai procedimenti in corso al momento della loro adozione, ovvero ai procedimenti nei quali non sia stata notificata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie; la legittimità del regime transitorio è stata confermata dalla giurisprudenza sulla base del rilievo che non è configurabile alcuna violazione dei principi della certezza del diritto, del legittimo affidamento e di non retroattività delle norme di cui agli articoli 6 e 7 CEDU e degli articoli 49 e 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, considerato che «le stesse Linee Guida si sono limitate a cristallizzare in regole di condotta orientamenti giurisprudenziali già esistenti sul carattere dissuasivo e sull'efficacia deterrente della sanzione *antitrust*»⁸⁹. In questa prospettiva, da ultimo, l'AGCM ha ritenuto di dover lanciare una consultazione pubblica su una proposta di modifica delle predette Linee Guida, al fine di aggiornare la relativa disciplina alla novella di cui al D.Lgs. n. 185/2021 e tenere conto della giurisprudenza in materia di sanzioni e della prassi decisionale dell'Autorità. A tal fine, sul sito dell'AGCM è stato pubblicato uno schema di nuove Linee Guida

⁸⁷ Cons. St., 29.3.2024, n. 2967; Id. 15.7.2019, n. 4990.

⁸⁸ Tar Lazio, 30.7.2018, n. 8545.

⁸⁹ Cons. St., 21.12.2017, nn. 5998 e 5997; in senso conforme, Cons. St., 28.2.2017, n. 928.

⁸⁶ Così, Tar Lazio, 3.5.2024, n. 8784.

ed una relazione illustrativa, nella quale sono descritte le principali novità che concernono, da un lato, le percentuali di incidenza delle circostanze aggravanti o attenuanti e, dall'altro, una delimitazione più restrittiva del campo di applicazione dell'attenuante prevista per l'adozione di programmi di *compliance*⁹⁰.

IV.3. Importo base: individuazione del fatturato rilevante

Ai fini del computo dell'importo base della sanzione, viene preso in considerazione il valore globale delle vendite dell'impresa, compreso il fatturato infragruppo⁹¹, relativamente ai beni o dei servizi cui l'infrazione, direttamente o indirettamente, si riferisce. Si tratta di un criterio la cui legittimità è stata confermata dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui la fissazione dell'importo base della sanzione va effettuata «tenendo conto del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione», conformemente a quanto prescritto nel punto 12 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende prima richiamati⁹². In particolare, va tenuto conto dei ricavi infragruppo, essendo anch'esse espressive della «dimensione economica» dell'impresa, sempreché si tratti di vendite che ineriscano al mercato rilevante⁹³. Tale valore, essendo simile a quello previsto nel testo previgente dell'art. 15 della l. n. 287/90, risulta connesso con quello delle vendite realizzate nei mercati rilevanti sotto il profilo merceologico, ma «non comporta la necessità di separare dal fatturato ogni voce specifica non perfettamente coincidente con il prodotto tipo

oggetto della pratica»⁹⁴. Inoltre, nei casi di gruppi societari, in coerenza con le precedenti considerazioni, l'AGCM computa l'importo delle vendite realizzate da tutte le società controllate del gruppo anche se non risulta accertata la loro effettiva partecipazione all'infrazione⁹⁵. La giurisprudenza ha richiamato al riguardo il criterio stabilito a livello comunitario, affermando che l'art 23, par. 2, lett. a) del Regol. CE n. 1/2003 permette di determinare l'importo di base dell'ammenda utilizzando «il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all'infrazione»⁹⁶. Qualora l'infrazione imputata ad un'associazione di imprese riguardi le attività dei suoi membri, il valore delle vendite corrisponderà in generale alla somma dei valori delle vendite direttamente o indirettamente realizzate dagli stessi nel mercato interessato.

IV.4. Circostanze aggravanti

Coerentemente con gli orientamenti della Commissione, l'AGCM considera il ruolo di *leadership* svolto da un'impresa come una circostanza aggravante. Essa comporta l'applicazione di una maggiorazione dell'importo base della sanzione a carico di quell'impresa che abbia assunto delle iniziative di organizzazione e di promozione dell'infrazione, ovvero un ruolo altrimenti particolarmente significativo. Alla luce degli orientamenti maturati in sede comunitaria, ai fini dell'applicazione della c.d. «aggravante organizzativa», secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, «è necessario, *alternativamente, che l'impresa in questione:* - abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; - si sia incaricata

⁹⁰ Cfr. Provvedimento AGCM 12.11.2024, n. 31361, pubblicato sul sito in data 18.11.2024.

⁹¹ In tal senso, più di recente, Cons. St., 26.7.2018, n. 4577.

⁹² Tra le tante, Cons. St., 9.2.2011, n. 896 e 24.9.2012, n. 5067.

⁹³ Cons. St., 26.7.2018, n. 4577.

⁹⁴ Cons. St., 2.3.2004, n. 926.

⁹⁵ Al riguardo, la giurisprudenza è oscillante; a favore del criterio sopra indicato: Cons. Stato, 20.1.2023, n. 690, e 14 ottobre 2019, nn. 6973; contra: Cons. St., 19 marzo 2019, n. 1801.

⁹⁶ Cons. St., 13.12.2011, n. 6525.

di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale all'esecuzione dell'accordo; si sia impegnata al fine di assicurare la stabilità e la riuscita degli accordi illeciti; si sia incaricata di organizzare gli incontri»⁹⁷. Tale orientamento è una corretta espressione del principio per cui, ai fini della quantificazione della sanzione, occorre tenere conto del ruolo concretamente svolto da ciascuna impresa partecipante all'infrazione⁹⁸. In linea con quanto previsto a livello comunitario, inoltre, è stata confermata la legittimità dell'applicazione dell'aggravante consistente nell'adozione, da parte dell'impresa sanzionata, di misure finalizzate ad ostacolare l'accertamento ovvero a dissimulare l'infrazione durante l'istruttoria⁹⁹. Inoltre, viene applicata dall'AGCM anche l'aggravante della c.d. recidiva. Quest'ultima circostanza si configura laddove venga constatata la commissione di una stessa o analoga infrazione a quella già oggetto di precedente accertamento, ovvero si tratti di "condotte della stessa indole"¹⁰⁰. Infatti, non è necessario che emerga l'assoluta identità degli illeciti, quanto la riconducibilità della condotta alla stessa tipologia di illecito *antitrust*¹⁰¹. La recidiva può essere contestata ad un'impresa anche in relazione a un caso verificatosi quando il *management* e la proprietà della società erano diversi, perché tali mutamenti non comportano il cambiamento della persona giuridica che ha commesso l'infrazione, che resta consapevole del fatto che in caso di nuova violazione sarà applicata la recidiva¹⁰².

IV.5. Circostanze attenuanti

La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità della diminuzione dell'importo base della sanzione in considerazione della circostanza attenuante del ruolo di *follower* svolto dall'impresa, ovvero del suo ruolo marginale tenuto conto della ridotta quota di mercato dalla stessa detenuta, oltre che di altri elementi¹⁰³. Non ricorre tale circostanza attenuante laddove l'impresa abbia partecipato all'intesa su un piano di parità con le altre imprese¹⁰⁴, ovvero vi sia prova della sua attuazione da parte dell'impresa¹⁰⁵. In correlazione con il riconoscimento del ruolo di *follower*, è stata pertanto ritenuta corretta l'applicazione di una riduzione sull'importo base della sanzione, escludendo che detta riduzione debba essere computata nella fase di determinazione dell'importo base¹⁰⁶. Nella valutazione di eventuali circostanze in grado di attenuare la responsabilità dell'autore della violazione, come confermato dalla giurisprudenza, è necessario tenere in considerazione i seguenti principi: la mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'attività istruttoria non costituisce di per sé una circostanza attenuante; – la collaborazione nel corso del procedimento con l'AGCM per essere valutata come circostanza attenuante deve andare al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge o da una mera collaborazione agli accertamenti procedurali¹⁰⁷, dovendo invece manifestarsi in maniera particolarmente efficace, nel senso di essere idonea ad agevolare

⁹⁷ Cons. St., 6.9.2019, n. 6025, conformi, tra le altre, Id. 4.9.2014, n. 4506, 4511; Cons. St., 24.10.2014, n. 5275.

⁹⁸ Tra le tante, Cons. St., 9.2.2011, n. 896.

⁹⁹ Cons. St., 23.4.2002, n. 2199.

¹⁰⁰ Cons. St., 15.5.2015, n. 2479.

¹⁰¹ Cons. St., 20.4.2011, n. 2438.

¹⁰² Cons. St., 29.9.2009, n. 5864.

¹⁰³ Vedi, ad esempio, Cons. St., 19.3.2020, n. 1943.

¹⁰⁴ Cons. St., 21.3.2019, n. 1900.

¹⁰⁵ In tal senso, vedi punto 23 delle Linee Guida; cfr. Tar Lazio, 18.4.2018, confermata da Cons.St., 23.11.2020, n. 7320.

¹⁰⁶ Cons. St., 2.3.2009, n. 1190.

¹⁰⁷ In tal senso, Cons. St., 11.7.2023, n. 6806.

concretamente l'accertamento¹⁰⁸. In questo contesto, le iniziative assunte dalle imprese dopo l'avvio dell'istruttoria possono essere considerate quale ravvedimento operoso che comporta il riconoscimento di un'attenuante, allorché queste siano idonee ad eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione, mentre non assume rilevanza la mera interruzione della condotta illecita¹⁰⁹. In tal senso, assumono rilevanza, ad esempio, delle misure finalizzate a limitare l'incremento di prezzo concordato; diversamente, le iniziative assunte dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti, quali l'obbligo sanzionato di fornire le informazioni richieste o di fornire la documentazione nel corso degli accertamenti ispettivi sono inconferenti¹¹⁰. A tal fine, anche laddove il ravvedimento non abbia eliminato le conseguenze dell'illecito, va valorizzata la tempestività e l'efficacia del ravvedimento, nonché, secondo la giurisprudenza, la circostanza che l'impresa abbia sopportato un costo ingente per attuare il ravvedimento operoso, senza certezza di recupero integrale dell'investimento¹¹¹. Laddove l'impresa abbia collaborato con l'AGCM nell'ambito di applicazione dei programmi di clemenza, tale collaborazione non potrà essere considerata anche quale circostanza attenuante, dovendo essere valutata esclusivamente sulla base delle disposizioni del medesimo programma¹¹². Sempre sulla base di quanto dettato dall'art. 11 della l. 689/81, nelle Linee Guida dell'AGCM si tiene conto delle condizioni economiche negative dell'impresa. Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha confermato la legittimità della previsione (art. 31 Linee Guida) secondo l'AGCM può ridurre la sanzione per tener conto dell'effettiva limitata capacità

contributiva della stessa, laddove vi siano evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione, ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato; diversamente, come espressamente sancito dalle riportate Linee Guida, non possono essere prese in considerazione perdite di bilancio negli ultimi esercizi ovvero crisi generalizzate del settore¹¹³. La riduzione per *inability to pay* è subordinata a presupposti molto rigorosi¹¹⁴ ed ha dunque carattere del tutto eccezionale¹¹⁵. Altra circostanza attenuante è quella prevista all'art. 23, punto 1, delle Linee Guida, concernente l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*¹¹⁶, sempreché questo sia adeguato ed in linea con la *best practice* europea e nazionale. Sul punto, è da notare che l'AGCM ha adottato un orientamento più indulgente di quello della Commissione europea, secondo cui l'esistenza di un programma di *compliance* non funge da elemento attenuante, posto che, laddove vi sia stata una violazione della normativa antitrust, in base a tale approccio, questa è considerata la prova stessa dell'inefficacia di un siffatto programma¹¹⁷. D'altra parte, per ciò che riguarda l'approccio accolto dall'AGCM, più di recente è stata pubblicata una proposta di modifica delle Linee Guida sulla *Compliance*, con l'obiettivo di rendere più restrittivo il campo di applicazione dell'attenuante che, in linea di principio, si intende circoscrivere solo con riferimento ai programmi adottati prima

¹¹³ Nello stesso senso, Cons. St., 16.3.2020, n. 1838 e 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

¹¹⁴ Tra le tante, Cons. St., 16.7.2021, n. 5372.

¹¹⁵ Cons. St., 21.3.2019, n. 1900.

¹¹⁶ Cfr Linee Guida sulla *Compliance*, adottate dall'AGCM con provvedimento n. 27356 del 25.9.2018.

¹¹⁷ Cons. St., 2.9.2019, n. 6032 e 6.9.2019, n. 6025.

¹⁰⁸ Cons. St., 10.7.2018, n. 4211.

¹⁰⁹ Tra le altre, Cons. St., 16.3.2020, n. 1844 e 14 ottobre 2019, n. 6973.

¹¹⁰ Cons. St., 9.2.2011, n. 896.

¹¹¹ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

¹¹² Cons. St., 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

dell'avvio dell'istruttoria¹¹⁸. In ogni caso è pacifico che la mera esistenza di un programma di *compliance* non garantisce di per sé il riconoscimento della circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma. Si tratta infatti di un «giudizio causale *ex post* che valuti l'effettiva incidenza del programma sulla tutela della concorrenza»¹¹⁹. In giurisprudenza non si rinviene un orientamento uniforme circa il valore da attribuire all'esistenza di un quadro normativo oscuro o facilitante la commissione dell'illecito. Talvolta, infatti, è stata considerata come attenuante la circostanza che le condotte fossero giustificate da confusione applicativa del quadro normativo di riferimento¹²⁰, ovvero che l'impresa in posizione dominante avesse operato in uno scenario tecnico contrassegnato da una particolare complessità evolutiva¹²¹. In senso diverso, in altro precedente, non è stata considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione «la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza, specialmente per un monopolista legale che è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito»¹²².

IV.6. Limite edittale

La giurisprudenza ha confermato che, al fine di verificare che la sanzione non superi il massimo edittale previsto dalla legge, il limite dal 10% del fatturato dell'ultimo esercizio¹²³, previsto dall'articolo 15, della l. n. 287/90, va rapportato all'ammontare della sanzione astrattamente applicabile a seguito dell'iter di computo sopra illustrato. Ove detto ammontare superi il massimo edittale, pertanto, l'AGCM applica una decurtazione dell'importo eccedente. Come confermato dalla giurisprudenza, infatti, il massimo edittale non rileva all'atto della determinazione dell'importo base della sanzione, in quanto la misura del 10% del fatturato dell'ultimo esercizio costituisce il limite all'applicazione della sanzione, come determinata in concreto dall'Autorità¹²⁴, ovvero un limite esterno al procedimento di determinazione della sanzione¹²⁵. Inoltre, ai fini del computo del limite edittale, viene in considerazione il fatturato globale a livello mondiale realizzato dall'impresa, anche qualora l'infrazione sia stata realizzata nell'ambito di un mercato nazionale, atteso che il dato letterale della norma rinvia al fatturato *tout court*, senza distinguere tra il fatturato raccolto sul mercato nazionale e il restante fatturato. In particolare, la giurisprudenza ha confermato la legittimità della prassi dell'AGCM di considerare quale soglia legale massima il fatturato totale realizzato a livello mondiale, comprensivo di IVA e altre imposte fiscali¹²⁶. Ciò implica che, in caso di gruppi di imprese, deve essere preso in considerazione il fatturato consolidato del gruppo che

¹¹⁸ Cfr. Schema delle nuove «Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie adottate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90, pubblicato sul sito dell'Autorità il 18.11.2024 per una consultazione pubblica.

¹¹⁹ Cons. St., 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

¹²⁰ Cons. St., 24.6.2010, n. 4013.

¹²¹ Cons. St., 18.7.2014, n. 3849.

¹²² Cons. St., 20.5.2011, n. 3013.

¹²³ Cons. St., 31.12.2018, n. 7320.

¹²⁴ Cons. St., 29.1.2021, n. 874 e 10 luglio 2018, n. 4211; sul tema, vedi anche Cons. St., 11.1.2023, n. 376 e 2.3.2009, n. 1190.

¹²⁵ Tra le tante, Cons. St., 9.5.2022, n. 3570.

¹²⁶ Cons. St., 29.1.2021, n. 874 e 10 luglio 2018, n. 4211.

fa capo all'impresa sanzionata¹²⁷. Come chiarito dal Consiglio di Stato, "il fatturato cd. "globale" costituisce una rappresentazione della capacità economica e finanziaria dell'impresa di sostenere la sanzione che le verrà irrogata. Ecco perché il fatturato utilizzato è quello generato "complessivamente" dall'intera e unica entità economica in tutti i mercati in cui essa opera e quindi consolidato del gruppo cui appartiene l'impresa sanzionata"¹²⁸. Tale considerazione vale anche per le imprese monoprodotto, in relazione alle quali l'applicazione del minimo edittale del 15% del fatturato specifico previsto nelle Linee Guida per le infrazioni più gravi implica l'applicazione sempre del massimo edittale del 10% previsto dall'art. 15 della legge n. 287/90. La giurisprudenza ha confermato che tale conseguenza non può ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al trattamento delle imprese multiprodotto, in quanto nel caso di un'impresa monoprodotto l'illecito copre la sua intera attività e, dunque, proporzionalmente, traggono un profitto superiore a quello che conseguono le imprese multiprodotto eventualmente partecipanti¹²⁹. D'altra, con riferimento alla stessa tematica lo stesso Consiglio di Stato, ha però censurato le possibili conseguenze dell'appiattimento della sanzione sul tetto del 10% laddove questo, in concreto, comprime la

possibilità di graduare la sanzione adeguandola alle effettive responsabilità degli autori delle condotte illegittime, in violazione del principio di proporzionalità e di personalizzazione della sanzione¹³⁰. Inoltre, se l'infrazione commessa da un'associazione d'impresa riguarda l'attività dei suoi membri, ai sensi dell'art. 15, co. 1 bis, occorre tenere conto della somma dei fatturati totali realizzati da ciascun membro sul mercato interessato dall'infrazione.

V. Il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni

In materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 134, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo dispone del potere di rideterminare l'ammontare della sanzione nell'esercizio di una giurisdizione di merito¹³¹. Al riguardo, la giurisprudenza ha confermato che, non avendo l'illecito *antitrust* e la relativa sanzione natura penale in senso stretto, l'attuale sistema di controllo sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM è conforme all'art. 6 CEDU in quanto il giudice amministrativo risulta munito di poteri di "*piena giurisdizione*"¹³². D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa aveva già da tempo ritenuto costantemente di poter esercitare un sindacato di merito nella giurisdizione sulle sanzioni *antitrust* tenuto anche conto del fatto che la devoluzione della medesima materia al giudice amministrativo non poteva comportare una riduzione di tutela rispetto a quella garantita dal giudice ordinario in materia di sanzioni pecuniarie¹³³. Tale orientamento risulta

¹²⁷ Cfr., da ultimo, Cons. St., 11.1.2023, n. 376. La soluzione è coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale ha affermato, a salvaguardia dell'effetto deterrente della sanzione antitrust, che "è opportuno prendere in considerazione le dimensioni e le risorse complessive di tali imprese al momento dell'adozione della decisione impugnata" CGUE, 26 settembre 2013, in causa C-668/11P Alliance, punto 64; CGUE, ord. 7 febbraio 2012, in causa C-421/11 P, Total e Elf Aquitaine c. Commissione, punto 82.

¹²⁸ Cons. St., 7.2024, n. 17202.

¹²⁹ Da ultimo, cfr. Cons. St., 16.3.2020, n. 1839; in senso conforme vedi anche Cons. St. 21.3.2018, n. 1821; 21.12.2017, nn. 5998 e 5997.

¹³⁰ Cons. St., 20.1.2023, n. 691.

¹³¹ Tra le tante, cfr. Cons. St., 9.2.2011, n. 896.

¹³² In tal senso, cfr. Cons. St., 22.3.2016, n. 1164; conforme: Cons. St., 26.3.2015, n. 1596.

¹³³ Tra le altre, v. Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

coerente con quello tradizionalmente accolto dalla Cassazione la quale ha ritenuto che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione della opposizione avverso i provvedimenti irrogativi di sanzione amministrativa pecuniaria emessi dall'AGCM¹³⁴. Il sindacato del giudice amministrativo non è limitato ai profili giuridico-formali dell'atto, in quanto la pienezza della tutela giurisdizionale comporta la sua estensione anche ad eventuali contestazioni in punto di fatto quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento¹³⁵. Al riguardo, la giurisprudenza ha ribadito che sono invece inammissibili le deduzioni relative alla presunta disparità di trattamento rispetto a casi assimilabili, in continuità all'orientamento espresso, secondo la quale non sussiste un interesse giuridicamente rilevante a contestare l'entità della sanzione irrogata a un'altra impresa, atteso che quand'anche la diversità di trattamento fosse in concreto dimostrata, ciò resterebbe del tutto irrilevante ai fini del giudizio di legittimità del trattamento asseritamente deteriore patito dal ricorrente¹³⁶. In applicazione di tali principi, il contenuto della statuizione giudiziale muta in relazione al tipo di vizio rilevato rispetto al trattamento specifico applicato alla singola impresa. In particolare, come rilevato anche nella giurisprudenza, nell'esercizio della giurisdizione di merito, il giudice compie direttamente, sulla base degli elementi disponibili, tutti gli apprezzamenti del caso, pervenendo egli stesso, se ritiene fondate le relative censure, alla riforma *in parte qua* dell'atto¹³⁷. La piena giurisdizione estesa al merito è, del resto, considerata una «garanzia

supplementare a favore delle imprese di un controllo assolutamente rigoroso da parte di un tribunale indipendente e imparziale sull'importo dell'ammenda che è stata loro inflitta. Sicchè, il giudice può eliminare, ridurre o aumentare la sanzione inflitta»¹³⁸. In alternativa, il giudice amministrativo può rinviare all'AGCM la rideterminazione della sanzione ove non disponga di elementi sufficienti per procedere esso stesso alla riforma o sostituzione dell'atto; in tal caso annulla parzialmente l'atto. Nella prassi, l'Autorità procede alla rideterminazione della sanzione, di massima, mediante l'instaurazione del contraddittorio con le imprese, fatto salvo il caso in cui il provvedimento di rideterminazione, per effetto del contenuto della pronuncia del giudice, assuma la natura di un provvedimento vincolato, di applicazione automatica dei criteri stabiliti dal giudice, che non richiede alcun apporto partecipativo da parte del professionista. In tale ipotesi, il mancato coinvolgimento procedimentale è del tutto irrilevante, valendo, peraltro, la regola di insensibilità posta dell'articolo 21 octies, comma 2, della legge generale sul procedimento amministrativo¹³⁹ (v. voce LA TUTELA GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI DELL'AGCM).

VI. La diffida

Nelle decisioni con cui viene accertata l'esistenza di un'infrazione alle regole di cui agli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, ovvero agli artt. 101 e 102 del TFUE, l'AGCM è tenuta ad esercitare il potere di diffida previsto dall'art. 15 della l. n. 287/90. Come ribadito dalla giurisprudenza, «i provvedimenti dell'Autorità non hanno solamente finali-

¹³⁴ Cass., SS.UU., 5.1.1994, n. 52.

¹³⁵ Tra le altre, Cass. SS.UU., 20.1.2014, n. 1013.

¹³⁶ Cons. St., 18.1.2024, n. 20405; conformi, tra le altre, Cons. St., 11.1.2023, n. 367.

¹³⁷ Tra le tante, vedi, da ultimo, Cons. St., 18.1.2024, n. 20405.

¹³⁸ Cons. St., 18.1.2024, n. 20405; Id. 19.7.2024, n. 6532.

¹³⁹ Tra le altre, da ultimo, Cons. St., 7.10.2024, n. 17203.

tà *lato sensu* retributive (o afflittive), bensì anche di conformazione dell'attività economica privata, risultando anzi quest'ultimo scopo addirittura prioritario: invero, l'art. 15 l. 287/1990 (rubricato «diffide e sanzioni») prevede come primo obiettivo dei provvedimenti dell'Agcm sia il ristabilire la concorrenzialità del mercato, risultando la sanzione pecuniaria assumere invece carattere succedaneo ed eventuale. Conseguentemente, il potere esercitato dall'Autorità è (in primo luogo) di natura ablatoria personale, essendo attribuito per eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione»¹⁴⁰. In particolare, a norma, così come modificata dal D.Lgs. n. 185/2021, conferisce all'AGCM il potere-dovere di fissare «alle imprese e alle associazioni di imprese interessate il termine per l'eliminazione delle infrazioni. A tal fine l'Autorità può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. Al momento di scegliere tra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità». La nuova formulazione della disposizione non modifica l'individuazione dei possibili destinatari della diffida, coincidendo questi con i soggetti responsabili dell'infrazione. Tra quest'ultimi possono annoverarsi, secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 1, della legge 287/90, oltre alle imprese, anche le «associazioni di imprese ed altri organismi similari», oltre ai consorzi: anche questi rientrano tra i destinatari dei divieti e dunque, come tali, sono tenuti ad ottemperare anche all'ordine di rimozione dell'illecito. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'ordine di cessazione dell'infrazione costituisce un atto dovuto da parte dell'AGCM ed

ha la specifica finalità non solo di eliminare i comportamenti oggetto di infrazione, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa, ovvero di porre rimedio per il futuro agli effetti della violazione anticoncorrenziale accertata, salvaguardando l'effetto utile della diffida¹⁴¹. La diffida, secondo il principio del c.d. effetto utile, ha dunque una finalità essenzialmente ripristinatoria, ovvero è volta «ottenere che nello specifico mercato inciso da un illecito *antitrust* siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione»¹⁴². La diffida è necessariamente strumentale ai provvedimenti di accertamento tesi ad eliminare le infrazioni alle norme in tema di concorrenza, affinché si possa svolgere correttamente il libero giuoco della concorrenza. L'esercizio del potere di diffida risulta pertanto giustificato anche nei casi di infrazione cessata, assolvendo, in tal caso, ad una funzione di certezza giuridica. D'altra parte, la giurisprudenza ha evidenziato la diversità degli obiettivi della diffida e dell'istituto dell'accettazione degli impegni, affermando che «diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all'art. 15 della legge n. 287/90 e all'art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell'illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure, estranee al contenuto della diffida»¹⁴³.

¹⁴¹ Tra le tante, Cons. St., 8.11.2024, n. 8937; Cons. St., 8.4.2014, n. 1673; Cons. St., 2.3.2004, n. 926.

¹⁴² Cons. St., 8.4.2014, n. 1673; conforme: Cons. St., 6.11.2006, n. 6522; Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

¹⁴³ Cons. St., 8.2.2008, n. 424.

¹⁴⁰ Tar Lazio, 11.5.2024, n. 9315; conforme: Tar Lazio, 18.7.2022, n. 10148

VI.1. Contenuto

Il contenuto della diffida è correlato al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso, ad esempio, degli abusi escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella prassi dell'AGCM, la diffida ha spesso un contenuto generico, risolvendosi nell'ordine di cessare "*immediatamente*" ovvero entro un determinato termine la condotta illecita accertata, senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento. In particolare, nel caso di illeciti ancora *in corso*, l'AGCM è solita ordinare alle imprese di "*cessare immediatamente*" l'infrazione, corredando eventualmente l'ordine anche con obblighi di relazione riguardanti le misure a tal fine adottate, allo scopo di accertare l'ottemperanza all'ordine¹⁴⁴. Nei casi di infrazione cessata, l'AGCM impartisce l'ordine di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata¹⁴⁵. Una diffida generica, secondo la giurisprudenza, è pienamente conforme al dettato dell'art. 15 in quanto, a tal fine, è sufficiente che l'AGCM inviti le imprese a porre termine all'illecito riscontrato, adottando le misure idonee¹⁴⁶. La giurisprudenza ha infatti escluso la necessità che la diffida abbia un contenuto specifico, tale da imporre condotte chiare, analitiche, in modo da evitare un'interpretazione del suo contenuto. Tale potere di imporre un ordine generico non determina, secondo la giurisprudenza, «alcun *vulnus* al principio di legalità purché siano sufficienti

i parametri per valutare l'esattezza e la completezza dell'attività di ottemperanza in relazione al contenuto del provvedimento di accertamento dell'infrazione interpretato alla luce delle norme e dei principi – interni e comunitari – del diritto della concorrenza»¹⁴⁷. Al fine di identificare il contenuto di una diffida generica, occorre, in primo luogo, attenersi ad una interpretazione letterale dell'ordine, secondo cui essa è da intendersi come una intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati¹⁴⁸. Peraltro, "l'eliminazione dell'infrazione" raramente si realizza con un mero comportamento negativo comportando, al contrario, il più delle volte una condotta positiva, consistente nell'adozione di misure, strutturali (quale, ad esempio, lo scioglimento di una società comune) o comportamentali (ad esempio, revoca o modifica di una delibera associativa). Le iniziative necessarie, inoltre, possono investire anche rapporti negoziali con soggetti terzi (concessione di una licenza, stipulazione di nuovi contratti tra un'impresa in posizione dominante ed i propri clienti). Nella generalità dei casi, pertanto, la diffida deve essere comunque interpretata ed attuata da parte delle imprese, nell'esercizio della propria autonomia decisionale, in modo coerente con la sua finalità ripristinatoria, ovvero in modo che l'effetto anticoncorrenziale della condotta venga ad essere eliminato. Ciò, secondo la giurisprudenza, appare rispondente all'esigenza di tutelare la libertà d'impresa, in quanto rimette alla stessa la scelta della condotta più idonea a realizzare l'apertura del mercato, evitando che il diritto *antitrust* possa assumere connotazioni dirigistiche, in contrasto con la sua filosofia liberista di fondo¹⁴⁹. Nei

¹⁴⁴ Tra alcuni casi più recenti, vedi Prov. AGCM 30.11.2021, n. 29925; 27.4.2021 n. 29645; 17.5.2022, n. 30156.

¹⁴⁵ Cfr., tra alcuni casi più recenti cfr. Prov. AGCM 30.7.2024, n. 31308; 28.6.2023, n. 30699.

¹⁴⁶ Cons. St., 20.5.2011, n. 3013.

¹⁴⁷ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

¹⁴⁸ Cons. St., 2.3.2004, n. 926; conforme: Cons. St., 20.5.2011, n. 3013.

¹⁴⁹ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

casi di maggiore complessità, tuttavia, il contenuto della diffida può dover assumere dei connotati più specifici, ovvero comportare non solo la prescrizione di un obbligo negativo di astenersi dal comportamento censurato, ma anche l'imposizione, da parte dell'AGCM, di un obbligo positivo di porre in essere le misure individuate dall'AGCM come necessarie alla rimozione dell'illecito. In tal caso, la diffida reca l'individuazione di uno specifico termine, la cui determinazione in concreto, secondo quanto previsto dal richiamato art. 15, è rimessa alla discrezionalità dell'AGCM. Il termine assegnato varia in relazione alla complessità delle misure che devono essere adottate dalle imprese cui, di solito, viene normalmente imposto anche l'obbligo della presentazione di un'apposita relazione illustrativa circa le misure assunte al fine di ottemperare all'ordine. Anche nei casi in cui l'AGCM abbia proceduto all'accertamento di un illecito *antitrust* previa disapplicazione della disciplina nazionale incompatibile, è legittima l'assegnazione di un termine per l'ottemperanza alla diffida a decorrere dalla notifica del provvedimento, e non dal momento in cui la decisione diviene definitiva, in quanto dettato «dalla esigenza da un lato di evitare l'indefinito protrarsi dell'illecito e dall'altro di concedere alla ricorrente un congruo periodo di tempo per l'adozione di misure necessarie per la rimozione dell'infrazione»¹⁵⁰. La diffida è tuttavia legittima anche quando non reca l'indicazione di tale termine, atteso che, in tale ipotesi, deve presumersi che l'AGCM abbia inteso imporre l'immediata eliminazione delle infrazioni¹⁵¹. La giurisprudenza sembra tuttavia propensa a circoscrivere la possibilità di ingiungere una diffida senza uno specifico termine solo in particolari circostanze, come quando ciò sia reso necessario dalla natura dell'infra-

zione (si pensi all'ipotesi in cui si sia di fronte ad abusi e comportamenti aventi un effetto di esclusione o di espulsione dal mercato dei soggetti nuovi entranti) e, comunque, la rimozione dell'infrazione non presenti particolari difficoltà di ordine tecnico¹⁵². La diffida, inoltre, può investire anche comportamenti che le imprese interessate devono tenere nei confronti di soggetti terzi; in tal caso, secondo la giurisprudenza, l'AGCM ha il dovere di motivare adeguatamente la propria determinazione, mediante una ponderata valutazione della posizione delle imprese interessate e dei soggetti terzi (quale quella di una parte lesa rispetto all'infrazione accertata), nonché di indicare espressamente i comportamenti imposti alle imprese¹⁵³. La determinazione del contenuto della diffida, in ogni caso, va effettuata sulla base della motivazione e del dispositivo del provvedimento: l'inibitoria, infatti, non può prescindere dalla puntuale individuazione delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo – in caso contrario – altrimenti verificabile il comportamento lesivo della libera concorrenza¹⁵⁴. Come chiarito dal Consiglio di Stato, le condotte da adottare per ottemperare alla diffida vanno ricostruite sulla base del principio comunitario dell'effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento della propria finalità. Tale principio «raccorda la descrizione dell'illecito accertato e delle sue conseguenze alla finalità della diffida (di rimozione della restrizione del mercato), consentendo di enucleare uno spettro di condotte dovute al fine di rimuovere l'effetto anticoncorrenziale

¹⁵⁰ Tar Lazio, 7.2.2014, n. 1525.

¹⁵¹ Tar Lazio, 26.9.2019, n. 11330.

¹⁵² Cons. St., 30.12.2002, n. 8230.

¹⁵³ Cfr. Cons. St., 2.3.2004, n. 926.

¹⁵⁴ Cons. St., 8.2.2008, n. 423.

dell'illecito»¹⁵⁵. Occorre pertanto valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni dettate dall'AGCM ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere la restrizione accertata. Inoltre, è da tenere presente che la diffida riguarda solo i comportamenti imposti alle imprese, mentre non concerne «la qualificazione giuridica del tipo di invalidità che dall'accertamento delle infrazioni si trasmette, o meno, ai contratti stipulati “a valle”»¹⁵⁶.

VI.2. Misure comportamentali e strutturali

L'AGCM, come sopra anticipato, ha il potere di disporre misure strutturali o comportamentali nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. In particolare, in presenza di fatti storici già compiuti e di illeciti che hanno i loro effetti ancora in corso, la giurisprudenza, ancor prima della novella introdotta dal D.Lgs n. 185/2021, aveva riconosciuto all'AGCM il potere di imporre alle imprese misure dettagliate, sia comportamentali che strutturali, dirette ad eliminare nell'immediato futuro gli effetti delle intercorse infrazioni, rispettando i caratteri: i) dell'idoneità, cioè del rapporto tra mezzo e obiettivo, ii) della necessità, e cioè dell'assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa, e iii) dell'adeguatezza, e cioè della tollerabile restrizione degli interessi dell'impresa privata in una prospettiva di valutazione comparativa¹⁵⁷. È tuttavia necessario, in tal caso, assolvere ad un particolare onere motivazionale; in particolare, secondo la giurisprudenza, «l'Autorità dovrà valutare la fattispecie concreta al suo esame, i riflessi della specifica diffida sulle posizioni di terzi e l'idoneità

delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l'inclusione nella diffida di tali specifiche misure»¹⁵⁸. Nel vigore della precedente formulazione della norma, la quale non prevedeva un'espressa delimitazione del potere di diffida simile a quella prevista nell'ordinamento comunitario, è stata oggetto di controversia la questione dei limiti entro i quali l'AGCM potesse fare ricorso a specifiche misure soprattutto di tipo strutturale. Al riguardo, la giurisprudenza aveva infatti evidenziato che «l'art. 15 della legge n. 287/1990 e l'art. 7 del Regolamento CE n. 1/2003 appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime» e, pertanto, non consentono di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, «ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette»¹⁵⁹. In questa prospettiva, nella fattispecie concreta, da un lato, era stata confermata la conformità al principio di legalità delle misure comportamentali adottate dall'AGCM (consistenti, in sintesi, in nuove modalità di conduzione delle imprese comuni, in modo da assicurarne la piena autonomia ed impedire lo scambio di informazioni ritenuto illecito) e, dall'altro, era stata affermata l'illegittimità delle misure strutturali (consistenti nell'assunzione di iniziative atte ad eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle imprese comuni oggetto di accertamento). Queste ultime sono state infatti ritenute «in contrasto con quel principio di proporzionalità, che deve considerarsi commisurato alla mera rimozione delle condotte antigiuridiche, nei termini di cui al predetto art. 15 della legge

¹⁵⁵ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

¹⁵⁶ Cons. St., 2.3.2004, n. 926.

¹⁵⁷ Cons. St., 8.4.2014, n. 1673.

¹⁵⁸ Cons. St., 2.3.2004, n. 926.

¹⁵⁹ Cons. St., 8.2.2008, n. 423.

n. 287/90»¹⁶⁰. Nel vigore della novella apportata all'art. 15, l'adozione di misure strutturali da parte dell'AGCM sembrerebbe soggetta ad una ponderata applicazione del principio di proporzionalità, di origine comunitaria, secondo cui i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati debbono essere proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti; tra le varie possibili misure alternative. Inoltre, deve sempre essere imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva, corrispondente a quanto strettamente necessario per raggiungere lo scopo. In questa prospettiva, la nuova formulazione dell'art. 15 della l. n. 287/90 appare in linea con un processo di progressiva armonizzazione con quanto previsto dall'art. 7 del regolamento CE n. 1/2003, il quale attribuisce espressamente alla Commissione il potere di adottare una misura strutturale non solo nell'ipotesi in cui non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace di quello strutturale ma anche quando la misura strutturale presenti delle connotazioni meno onerose per l'impresa, rispetto ad una misura esclusivamente comportamentale. Si tratta di un punto cruciale della tematica in esame, in relazione alla quale si attendono nuovi sviluppi da parte della giurisprudenza amministrativa; infatti, la giurisprudenza nazionale non sembra ancora aver raggiunto un chiaro punto di equilibrio fra le esigenze di tutela dell'autonomia dell'impresa e quelle di efficacia dell'intervento repressivo e ripristinatorio dell'AGCM.

VII. L'inottemperanza alla diffida

L'inosservanza dell'ordine, ai sensi dello stesso art. 15, co. 2, comporta l'adozione di un nuovo provvedimento sanzionatorio,

che viene deliberato dall'AGCM a seguito di apposito procedimento in contraddittorio con le imprese interessate, attuato, in linea di massima, secondo il modello previsto per il procedimento antitrust stabilito dall'art. 14 della legge n. 287/90 e dal D.P.R. n. 217/98. In materia, la disciplina dettata dalla legge n. 689/81 trova applicazione, secondo la giurisprudenza più recente, solo in via residuale, «laddove la disciplina speciale antitrust necessiti di integrazione»¹⁶¹, in virtù del richiamo previsto, dall'art. 31 della l. n. 287/90, alle «disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Si è infatti sottolineato che il procedimento di accertamento dell'inottemperanza condivide con il procedimento antitrust ordinario la medesima esigenza di tutela rafforzata del contraddittorio, derivante dalla particolare natura afflittiva della sanzione. In considerazione di ciò, il giudice amministrativo ha ritenuto applicabile anche nel procedimento in esame la disciplina dettata dagli artt. 12, 13 e 14 della legge n. 287/1990 e dall'art. 14 del D.P.R. n. 217/1998»¹⁶². In particolare, il giudice amministrativo ha precisato che nel procedimento sanzionatorio in esame le imprese hanno il diritto di ricevere la comunicazione delle risultanze istruttorie ed all'audizione finale dinanzi al Collegio, secondo quanto previsto dall'art. 14 del D.P.R. n. 217/98, dovendo essere approntate garanzie analoghe a quelle del processo penale¹⁶³. L'accertamento della violazione presuppone un'interpretazione restrittiva del concetto di inottemperanza, nel senso che l'inottemperanza deve ravvisarsi solo quando vi sia «la reiterazione di una condotta identica a quella già oggetto di sanzione»¹⁶⁴. D'altra parte, nel caso

¹⁶¹ Cons. St., 30 aprile 2020, n. 2764.

¹⁶² Tar Lazio, 19.10.2016, n. 11169, confermata da Cons. St., 30.4. 2020, n. 2764.

¹⁶³ Cons. St., 30.4. 2020, n. 2764.

¹⁶⁴ In tal senso, Tar Lazio, 9.1 2023, n. 312.

¹⁶⁰ Cons. St., 8.2.2008, n. 423.

di un'intesa restrittiva della concorrenza, l'effetto utile della diffida deve essere raggiunto attraverso l'opera di tutte le singole imprese destinatarie dell'atto, giacché altrimenti si disincentiverebbe l'ottemperanza di un qualunque provvedimento antitrust che abbia più destinatari, potendo ciascuno di essi sperare ovvero approfittare del fatto che l'ottemperanza delle altre imprese compartecipi del medesimo illecito plurisoggettivo possa soddisfare le ragioni della concorrenza¹⁶⁵. Sotto il profilo delle misure sanzionatorie, l'art. 15, co. 2, prevede che, in caso di inottemperanza alla diffida, l'AGCM «applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni». Il regime sanzionatorio è stato di recente rafforzato, mediante il conferimento del potere di irrogare alle imprese e associazioni di imprese «penalità di mora il cui importo può giungere fino al 5 per cento del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione», al fine di costringerle ottemperare alla diffida¹⁶⁶. Si tratta di un meccanismo sanzionatorio improntato ad un criterio di progressione graduale degli interventi repressivi, volto ad ottenere, mediante successivi interventi ingiuntivo-sanzionatori,

la desistenza dal comportamento vietato nel rispetto della libertà e dell'autonomia dell'impresa. La sanzione pecuniaria per l'inottemperanza prevista dall'art. 15 co.2 non richiede la gravità come requisito¹⁶⁷ e, pertanto, ove venga accertata la violazione, deve essere applicata la sanzione pecuniaria nella misura prima richiamata. Alle sanzioni pecuniarie, in funzione di chiusura, si aggiunge la sospensione, fino a trenta giorni, dell'attività d'impresa, sanzione che, avendo natura di estrema *ratio* punitiva per la reiterazione dell'inottemperanza, non è stata sin qui adottata dall'AGCM. Sotto il profilo oggettivo, l'illecito di inottemperanza viene integrato anche dalla persistenza – imputabile all'impresa – della situazione di mancata concorrenzialità nel mercato di riferimento, dovuta all'adozione di comportamenti solo formalmente rispettosi della diffida, ma sostanzialmente diretti ad eludere l'imposizione della diffida perché non idonei a rimuovere totalmente le conseguenze dell'illecito. Rientra in tale categoria la prospettazione di misure non realizzabili con certezza da parte dell'impresa, in quanto sospensivamente condizionate al verificarsi di eventi futuri di incerta verifica. Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza, «ai fini del rispetto delle prescrizioni volte a rimuovere situazioni anticompetitive, occorre valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere i profili stigmatizzati dall'Autorità»¹⁶⁸. Quanto al profilo soggettivo dell'illecito, l'elemento psicologico necessario a concretare la sussistenza dell'inottemperanza non si risolve nella ricorrenza di un dolo specifico di elusione ma «nella semplice consapevolezza di contravvenire ad un divieto, nell'impossibilità di ignorare che la condotta incriminata per oggetto o per

¹⁶⁵ Cons. St., 8.11.2024, n. 8937.

¹⁶⁶ Cfr. art. 15, co. 2 bis, lett. a) legge n. 287/90, come modificato dal D.Lgs n. 185/2021. Al riguardo, cfr. anche Provv. AGCM, 30 luglio 2024, n. 31302 – *I801AB*.

¹⁶⁷ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

¹⁶⁸ Cons. St., 6.11.2006, n. 6522.

effetto determina la persistenza delle conseguenze dell'illecito»¹⁶⁹.

ROSARIA GAROZZO

Bibliografia

Aquilanti, sub Art. 15, in *Diritto antitrust*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, Zanichelli, 1993; M. Aranci, “Il sistema sanzionatorio degli illeciti antitrust: prospettive di armonizzazione europea per le misure nei confronti degli individui?”, in *Rivista euro.ius*, fasc. 1, 2021; T. Calvani e R. Jones, *Why do contries with criminal antitrust sanctions fail to incarcerate price fixers?*, in *Journal Antitrust Enforcement*, n. 3, 2024, pp. 438-478; P. Cervo, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004. G.P. Cirillo, “Il procedimento sanzionatorio delle Autorità Amministrative Indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali”, in *il Foro*

Amm., fasc. 1, 1998, p. 261; E. Freni, “Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato” in “Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti” a cura di M. Fratini, Cedam, 2011; A. Frignani – R. Pardolesi – A. Patroni Griffi; L.C. Ubertazzi, *Diritto antitrust*, Zanichelli, 1993; F. Ghezzi, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2016, p. 815; Lo Surdo, *La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato* (art. 15, L. 10.10.1990, n. 287), in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. Catricalà e P. Troiano, UTET, 2010. M.A. Sandulli, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, 1992; M.L. Schiavano, sub Art. 15, *Commentario breve alle leggi su proprietà industriale e concorrenza*, IV ed., Cedam, 2007; M.S. Spolidoro, “Gruppi e responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione per sanzioni e altre passività derivanti da illeciti antitrust», in *Le società*, fasc. 32 n. 10, 2024, pp. 1070.

¹⁶⁹ Cons. St., 2.8.2004, n. 5368.

ACCESSO AL FASCICOLO ANTITRUST

Sommario: **I.** Accesso procedimentale. – **II.** Accesso difensivo. – **III.** Accesso civico.

I. Accesso procedimentale

Nell'ambito del procedimento istruttorio che si svolge dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [v. voce sul PROCEDIMENTO ANTITRUST DINANZI ALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO], il diritto di accesso rappresenta uno strumento fondamentale di tutela del diritto di difesa delle parti, in quanto consente loro di conoscere gli elementi di prova posti a fondamento delle contestazioni e di manifestare efficacemente il proprio punto di vista al riguardo.

Il D.Lgs. n. 185/2021 di recepimento della direttiva (UE) 2019/01 dell'11 dicembre 2018¹ ha introdotto l'art. 12, comma 1, *quater* alla legge n. 287/90, che, riprendendo la formulazione dell'art. 3, comma 1 della citata direttiva, dispone che i procedimenti relativi alle infrazioni degli art. 101 e 102 TFUE oppure degli art. 2 o 3 della l. n. 287/90 *rispettano i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Tra le garanzie minime che le Autorità nazionali di concorrenza devono assicurare è espressamente ricompreso il *diritto di accedere al fascicolo istruttorio* per poter esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa (cfr. Considerando 14 della Direttiva). Tale diritto dunque, già ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza eurolunita-

ria e nazionale, risulta oggi espressamente codificato.

Il diritto di accesso procedimentale è regolato da una disciplina speciale², contenuta nell'art. 13 Reg. procedure istruttorie³, che si ispira alla corrispondente disciplina e alla prassi seguita dalla Commissione. Pertanto, anche nel procedimento *anti-trust* nazionale assumono rilievo, in via interpretativa, sia la Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio sia le indicazioni fornite dal giudice dell'Unione sul diritto di accesso agli atti del fascicolo della Commissione [v. voce PROCEDIMENTO DINANZI ALLA COMMISSIONE].

Il giudice nazionale, proprio alla luce della consolidata giurisprudenza euro-unitaria, ha ritenuto applicabile all'Autorità il principio c.d. della *parità delle armi*, in base al quale l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, non potendo spettare a questa decidere da sola quali siano i documenti utili per la difesa delle imprese. L'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti

² Il giudice amministrativo ha chiarito che in assenza di disposizioni specifiche, i parametri di valutazione delle istanze di accesso, da chiunque presentate, devono essere ricercati, non nella normativa generale, ma nelle disposizioni che regolano la materia nell'ambito dei procedimenti di competenza dell'Autorità. Vedi TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2000, n. 7089; 25 marzo 2000, n. 2281, confermata da Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191.

³ DPR 30 aprile 1998, n. 217, come modificato dal DPR 18 novembre 2024, n. 214, a seguito del recepimento della Direttiva ECN+.

¹ Pubblicata in GUCE L11 14.01.2019 - cd. *Direttiva ECN+*.

come mezzi di prova e, lungi dall'aver per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente con riferimento a tali documenti⁴.

L'eventuale violazione del diritto di difesa non determina dunque di per sé l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità. Il giudice ha chiarito che è «alla luce degli addebiti effettivamente mossi dall'Autorità alle imprese interessate e alle difese svolte da quest'ultime che si può valutare la rilevanza per tale difesa dei documenti che non sono stati comunicati»⁵.

È onere delle parti interessate indicare i fatti e le circostanze poste dall'Autorità alla base del provvedimento e dagli stessi sconosciute al fine di accertare l'illegittimità del diniego di accesso, con conseguente lesione dei diritti della difesa⁶. Più in particolare, il giudice ha affermato che «il principio della parità delle armi fonda un interesse protetto di tipo strumentale, la cui tutela non consente l'apprensione diretta del bene della vita, né tampoco una difesa sostanziale della posizione della parte. Tal sua violazione in tanto si riverbera sulla legittimità del provvedimento, in quanto chi l'invoca dimostri con serietà e rigore che tal vizio si traduca effettivamente in una lesione delle prerogative partecipative o difensive e quali argomenti sostanziali gli siano stati così inibiti che, se introdotti nel procedimento, avrebbero determinato un risultato diverso e favorevole»⁷.

Sono *legittimati a presentare l'istanza di accesso* al fascicolo istruttorio le imprese interessate, i soggetti denunciati e gli eventuali

intervenienti. Con riguardo al diritto di accesso riconosciuto al denunciante, al controinteressato e all'interveniente, il giudice amministrativo ha affermato che laddove si negasse al denunciante e all'interveniente la possibilità di accedere agli atti del procedimento recanti informazioni riservate o segrete, pur con le cautele ivi richieste, la posizione di tali soggetti «sarebbe del tutto priva delle prerogative concrete esercitabili solo a mezzo della previa conoscenza degli atti, ciò che evidentemente, non assicurerebbe alcuna effettività alla partecipazione procedimentale pure prevista e regolata dalla legge»⁸.

Il diritto di accesso al fascicolo istruttorio deve tuttavia essere temperato con *l'opposto interesse alla salvaguardia della riservatezza delle informazioni*, la cui indiscriminata rivelazione potrebbe arrecare pregiudizio alle imprese interessate. Tale contemperamento deve essere effettuato sulla base delle regole contenute nel citato art. 13 Reg. procedure istruttorie, il quale individua puntualmente i limiti al diritto di accesso. Al riguardo il Consiglio di Stato ha evidenziato che dall'art. 13 Reg. procedure istruttorie «traspare con tutta evidenza la necessità che nei procedimenti *antitrust* si attenda al bilanciamento di due esigenze spesso antagoniste: da un lato quella a che sia assicurato il contraddittorio, dall'altro quella di evitare che risulti compromessa la riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti stessi»⁹.

Per quel che attiene all'accesso ai documenti contenenti *informazioni riservate* è previsto che «il diritto di accesso [sia] consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio» (art. 13 c. 2 Reg. procedure istruttorie).

⁴ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 65; 17 dicembre 2007, n. 6469; 29 settembre 2009, n. 5864; 15 marzo 2013, n. 1568.

⁵ Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102; 14 ottobre 2019, n. 6973; 29 novembre 2019, n. 8191.

⁶ Cons. St., sez. VI, 2 settembre 2009, n. 1190, 15 marzo 2013, n. 1568; 25 marzo 2015, n. 1585; 29 novembre 2019, n. 8191.

⁷ Cons. St. sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1101.

⁸ TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

⁹ Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5277.

Relativamente ai documenti contenenti *segreti commerciali* è sancita una generale inaccessibilità, fatta eccezione per il caso in cui tali documenti forniscano elementi di prova di un'infrazione o essenziali per la difesa di un'impresa. In questa ipotesi gli Uffici possono consentire l'accesso, ma solo limitatamente agli elementi di prova o essenziali alla difesa della parte¹⁰.

In entrambe le ipotesi appena delineate, gli Uffici, nel consentire l'accesso ai documenti, devono tenere conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, «dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati» (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie). È infatti principio generale quello secondo cui la garanzia del diritto di difesa della parte, realizzata mediante l'accesso, e dunque attraverso la conoscenza di tutti gli atti a disposizione dell'Autorità procedente, deve essere bilanciata con il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Analogamente, anche in ambito unionale sono sottratti all'accesso i documenti che contengono «segreti d'affari», al fine di tutelare il «legittimo interesse di un'impresa a che talune indicazioni strategiche sui suoi interessi essenziali nonché sul mercato o sullo sviluppo delle sue attività non siano divulgate a terzi»¹¹.

Il *punto di equilibrio tra le due esigenze contrapposte (accesso e riservatezza)* è oggetto di numerose decisioni del giudice nazionale, che si è pronunciato applicando principi conformi alla giurisprudenza euro-unitaria in materia. In particolare, è stato chiarito che il principio della «parità delle armi» «non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze

di riservatezza, ma implica che debba essere consentito alle imprese di avere contezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto, e che in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretezza debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili. L'individuazione di queste ultime, poi, deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo attraverso le procedure del tipo di quelle indicate, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa»¹².

Il giudice amministrativo ha altresì precisato che «incombe sul richiedente dimostrare ... la specifica connessione con gli atti di cui si ipotizza la rilevanza a fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla "conoscenza" necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili»¹³.

Nel consentire l'accesso ai documenti che contengono informazioni riservate o segreti commerciali gli Uffici devono adottare tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare la divulgazione di informazioni «sensibili» per le imprese, mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti o mediante la preparazione di versioni non riservate (art. 13 c. 4 Reg. procedure istruttorie).

¹² Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2020, n. 3392; 12 febbraio 2001, n. 652; 17 gennaio 2008, n. 102; 15 marzo 2013, n. 1568. Analogamente, Tar Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80; 26 gennaio 2012, nn. 864-865; 10 febbraio 2012, n. 1344. 3 settembre 2012, n. 7467.

¹³ Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568.

¹⁰ Cons. St. 25 marzo 2015, n. 1585.

¹¹ Comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio nei casi relativi all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e del Regolamento n. 139 in (2005) G.U.C.E. C 325/7.

Sono inoltre sottratti all'accesso gli atti interni, ovvero le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli Uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti (art. 13 c. 5 Reg. procedure istruttorie), mentre possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del Collegio, i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le altre amministrazioni o organi dello Stato, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione (art. 13 c. 6 Reg. procedure istruttorie). Sul punto, il giudice ha affermato che l'Autorità «ha correttamente fatto presente alla società che le note interne tra le Direzioni istruttorie dell'Autorità e il Collegio, nonché la corrispondenza relativa alla collaborazione con la Guardia di Finanza, sono sottratte all'accesso sulla base di quanto previsto dall'art. 13, comma 5, del Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217), conformemente a quanto prescritto a livello europeo»¹⁴.

Il nuovo Regolamento sulle procedure istruttorie prevede infine che «Sono sottratti all'accesso i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, nonché tra l'Autorità e le altre Autorità della concorrenza degli altri stati membri» (cfr. art. 13, comma 5 *bis*). La previsione trova il suo fondamento sia nel Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 (cfr. art. 27, par. 2), che nel Considerando 14 della Direttiva (UE) n. 1/2019, che escludono dal diritto di accesso gli scambi di corrispondenza tra la Commissione e le Autorità nazionali e tra queste ultime al fine di salvaguardare le esigenze istruttorie e il coordinamento e il funzionamento della rete¹⁵.

Uno speciale regime è previsto per l'esercizio del *diritto di accesso alle dichiarazioni*

confessorie e alla documentazione fornita dal leniency applicant. La questione è molto delicata in quanto occorre salvaguardare da un lato il diritto di difesa delle parti che accedono ad un programma di trattamento favorevole e, dall'altro, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno causato da un illecito *antitrust* per i soggetti danneggiati. Sul punto si segnala che il d.lgs. n. 185/2021 ha introdotto l'art. 31 *ter* della legge n. 287/90 il quale dispone, al comma 1, che l'accesso alle dichiarazioni legate al programma di clemenza è concesso solo alle parti oggetto del relativo procedimento dinanzi all'Autorità e unicamente ai fini dei loro diritti di difesa. La disposizione va coordinata con l'art. 15 *quater*, comma 1, n. 5, ai sensi del quale per poter beneficiare del trattamento favorevole il richiedente, tra le altre condizioni, non deve rivelare di aver presentato la domanda di trattamento favorevole né rendere nota alcuna parte del suo contenuto prima che nel procedimento istruttorio l'Autorità abbia inviato la comunicazione delle risultanze istruttorie, a meno che non sia stato convenuto altrimenti.

Il comma 2 del citato art. 31 *ter* specifica che la parte che ha ottenuto l'accesso al fascicolo del procedimento istruttorio avviato dall'Autorità può utilizzare informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole solo in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa nei procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria nei casi che sono direttamente collegati al caso per il quale è stato concesso l'accesso e solo se tali procedimenti riguardano la ripartizione tra i partecipanti al cartello della sanzione imposta loro in solido dall'Autorità ovvero il riesame di una decisione mediante la quale l'Autorità ha constatato un'infrazione degli art. 101 o 102 TFUE o degli artt. 2 o 3 della legge n. 287/90.

Ai sensi del successivo comma 3, fino a quando l'Autorità non ha chiuso il

¹⁴ Tar Lazio, sez. I, 18 dicembre 2017, n. 12445.

¹⁵ Tar Lazio, sez. I, 24 aprile 2025, n. 8103.

procedimento nei confronti di tutte le parti oggetto dell'indagine, le parti non possono utilizzare in procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria le informazioni preparate da altre persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini del procedimento istruttorio avviato dall'Autorità, nonché le informazioni che l'Autorità ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento istruttorio.

Il medesimo regime è previsto per le *proposte di transazione*, ovvero per la dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa all'Autorità, in cui l'impresa riconosce, o rinuncia a contestare, la sua partecipazione a un'infrazione e la propria responsabilità in tale infrazione, predisposta specificamente per consentire all'Autorità di applicare una procedura semplificata o accelerata. La procedura di transazione è stata introdotta dall'art. 34, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118, recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, che ha inserito nella legge n. 287/90 il nuovo articolo 14-*quater*.

Va segnalato che l'Autorità ha adottato una Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287¹⁶ [v. voce I PROGRAMMI DI *LENIENCY* ED IL LORO RILIEVO PER IL *PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT ANTITRUST*], che contiene anche una disciplina per il diritto di accesso nell'ambito del procedimento avviato a seguito di una domanda di clemenza e che, a seguito delle intervenute modifiche normative, è in corso di revisione.

Conformemente alla disciplina dell'accesso alle dichiarazioni confessorie contenuta nel sopra citato art. 31 *ter* della legge n. 287/90, la Comunicazione prevede che l'accesso alle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole è concesso

soltanto ai partecipanti al cartello che siano destinatari della comunicazione delle risultanze istruttorie, a seguito dell'invio della stessa, unicamente ai fini dell'esercizio dei loro diritti di difesa. La Comunicazione precisa altresì che il diritto di accesso si esercita senza estrazione di copia né possibilità di riproduzione, anche digitale delle dichiarazioni.

La *ratio* della particolare tutela a cui sono soggette le dichiarazioni confessorie risiede nello scopo di evitarne la divulgazione e l'utilizzazione fuori del procedimento per il quale sono rese. Come affermato sul punto dal giudice amministrativo "la buona riuscita dei c.d. programmi di clemenza è infatti strettamente connessa alla aspettativa delle imprese di non essere esposte, collaborando con l'Autorità, a conseguenze più gravi rispetto a quelle derivanti dalla applicazione della sanzione, e proprio per tale ragione la normativa ... prevede che le dichiarazioni confessorie siano rese ostensibili "purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta e ad utilizzare le informazioni contenute nella dichiarazione confessoria unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo"¹⁷.

Con riguardo ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel corso del procedimento istruttorio, la Comunicazione dell'Autorità prevede che l'accesso non è consentito né alle dichiarazioni confessorie, né alla documentazione alla documentazione in allegato.

Le *richieste di riservatezza* possono essere formulate agli Uffici con apposita istanza motivata, che deve contenere l'indicazione dei documenti o parti di documenti che si ritiene debbano essere mantenuti riservati, come previsto dall'art. 13, comma 7, Reg.

¹⁶ Delibera pubblicata in Boll. AGCM n. 35/2013 di recente sostituita dalla delibera n. 31466 del 25 febbraio 2025.

¹⁷ Tar Lazio, sez. I, 16 settembre 2019, n. 10985.

sulle procedure istruttorie¹⁸. Il responsabile del procedimento deve pronunciarsi con provvedimento motivato. È onere delle parti fornire la versione non confidenziale dei documenti dei quali di richiede la sottrazione parziale all'accesso. Qualora i soggetti interessati non procedano secondo tali modalità, gli uffici presumono che i documenti non contengano informazioni riservate (cfr. nuova formulazione dell'art. 13, comma 7).

L'Autorità consente *l'accesso ai documenti riservati con le modalità della c.d. data room*, adottando le procedure simili a quelle previste nel procedimento *antitrust* della Commissione¹⁹. La procedura della "sala dati" è una forma di accesso ristretto ai dati quantitativi riservati utilizzati nell'analisi econometrica, attraverso il quale un ristretto numero di consulenti può accedere a determinate informazioni per un periodo di tempo limitato all'interno di una stanza sicura di un edificio della Commissione, con una serie di restrizioni e garanzie atte a impedire la divulgazione di informazioni riservate al di fuori della "sala dati". Ai consulenti è severamente vietato fare copie, prendere note o redigere sintesi dei documenti; essi possono portare con sé dalla "data room" solo una relazione finale che deve essere verificata dal team che si occupa del caso al fine di garantire che essa non contenga informazioni riservate. Ogni consulente deve firmare un accordo di riservatezza e riceve un documento con le condizioni per l'accesso speciale alla "data room" prima di entrare²⁰.

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

¹⁹ Prov. AGCM n. 26686 in Boll. 30/2017; n. 27495 in Boll. 2/2019.

²⁰ La DG Concorrenza ha pubblicato un documento concernente le migliori pratiche relative alla divulgazione di informazioni in sala dati e ha altresì pubblicato sul suo sito Internet norme armonizzate e accordi-tipo in materia di riservatezza relativi alla procedura della sala dati. Cfr. Commissione Europea, *Data Room Best Practices*, pubblicate sul sito istituzionale.

L'accesso può essere differito, con provvedimento motivato, fino a quando non sia accertata la rilevanza dei documenti oggetto della richiesta ai fini della prova dell'infrazione e, comunque, non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie al fine di garantire il pieno esercizio del diritto di difesa²¹. Successivamente all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, infatti, gli uffici rendono disponibile alle parti l'indice del fascicolo istruttorio, con la descrizione sommaria anche del contenuto dei documenti riservati o parzialmente riservati, dovendo comunque consentire l'accesso ai documenti su cui si fonda la prova della violazione. Al riguardo, il giudice amministrativo ha affermato l'indispensabilità dell'indice del fascicolo per consentire all'impresa «di decidere quali siano i documenti utili per la difesa»²².

Quanto alle *modalità di esercizio del diritto di accesso*, le parti devono presentare istanza scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni. Il giudice amministrativo ha affermato che la mancata ostensione dei documenti nel corso del procedimento istruttorio, lamentata dalla ricorrente, «avrebbe dovuto essere fatta valere con l'apposita azione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'art. 116 c.p.a., mentre, in assenza di specifica richiesta

²¹ Tar Lazio, 5 novembre 2018, n. 10643, ove si afferma che «Sono adeguatamente motivate le ragioni di differimento all'accesso ex art. 13, comma 10, D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 consistenti nella necessità di valutare l'effettiva rilevanza probatoria dei documenti oggetto di istanza di accesso, a fronte delle esigenze di riservatezza prospettate (dalla parte)». Invero, «si tratta di una motivazione che tiene conto della necessità di bilanciare gli opposti interessi in gioco, atteso che la prevalenza del diritto di difesa sulle esigenze di tutela della riservatezza postula comunque la sussistenza di una connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza ai fini difensivi (in termini, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1585)».

²² TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80; 16 settembre 2019, n. 10985; Cons. St., VI, 18 maggio 2015, nn. 2513, 2514.

durante il procedimento o di omessa proposizione della specifica azione avverso l'eventuale diniego, la circostanza non può essere utilmente evidenziata per invocare una lesione al principio del contraddittorio ed al diritto di difesa»²³.

II. Accesso difensivo

Le regole speciali sopra esposte contenute nell'art. 13 Reg. procedure istruttorie disciplinano il diritto di accesso nell'ambito del procedimento istruttorio; al di fuori del procedimento, il cd. *accesso difensivo risulta disciplinato dai principi generali dettati dalla legge l. 241/90* e, in particolare, dall'art. 24, co. 7, l. 241/90, secondo cui deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Si precisa che ai sensi dell'art. 23 della legge n. 241/90, il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24.

Il giudice amministrativo ha assunto negli anni diversi orientamenti. Un primo orientamento aveva ritenuto che l'art. 24, comma 7, della legge n. 241/90 non assicurasse la prevalenza assoluta delle esigenze difensive rispetto a quelle di riservatezza. Nel caso di specie viene in rilievo per un verso, la documentazione contenente segreti commerciali protetti dall'ordinamento di settore anche in sede di accesso; per altro verso, la responsabilità dell'Autorità nella loro diffusione, sicché l'ampiezza dell'accesso agli atti dell'Autorità non può essere differente nelle ipotesi di cui all'art. 24, comma 7, l. 241 del 1990 e dell'art. 13, DPR n. 217/1998, salvo offrire una

lettura palesemente irrazionale dell'intero sistema²⁴.

Più in particolare, secondo la giurisprudenza richiamata, le citate disposizioni dispongono un equo bilanciamento di opposti interessi – parimenti meritevoli di tutela – conferendo all'Autorità il potere di operare il menzionato bilanciamento, sia nelle ipotesi di accesso procedimentale sia quelle di accesso informativo. L'Autorità è quindi chiamata «prima, ad esprimere un giudizio di bilanciamento in relazione ai contrapposti interessi all'accesso ed alla riservatezza, poi, nel consentire l'accesso ai documenti, sussistendone le condizioni, deve adottare tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati»²⁵. Dovranno dunque trovare applicazione i limiti dell'accesso cosiddetto procedimentale sopra descritti e i correlati principi affermati dalla giurisprudenza²⁶.

Il Consiglio di Stato ha specificato altresì che l'accesso esercitato da chi è stato parte del procedimento davanti all'Autorità sconta i limiti di cui all'art. 13 del d.P.R. n. 217/98 «che non possono essere superati solo perché il procedimento si è concluso. Ritenere il contrario, e cioè che il soggetto che è stato parte nel procedimento, e che nel corso di questo non ha potuto esercitare l'accesso nelle forme di cui ai predicati artt. 22 e seguenti, possa, una volta concluso il procedimento davanti all'Autorità, soddisfare una più ampia pretesa significherebbe... assegnare al mero dato temporale della presentazione dell'istanza e alla scelta dell'interessato nell'indicare la tipologia di accesso l'effetto di delimitarne l'ambito»²⁷.

²⁴ TAR Lazio, sez. I, 20 agosto 2014, n. 9195, confermata da Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1515.

²⁵ TAR Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344.

²⁶ Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191; Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191.

²⁷ Cons. St., VI, 25 marzo 2015, n. 1585.

²³ TAR Lazio, sez. I, 17 novembre 2011, n. 8944.

L'orientamento più recente favorisce, al contrario, il più ampio accesso al fascicolo istruttorio dell'Autorità nella fase post-istruttoria.

Con le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/20 e n. 4/21, il giudice amministrativo ha delineato *in termini generali* i tratti caratteristici dell'accesso c.d. difensivo, partendo dalla distinzione tra l'accesso che risponde ad una "logica partecipativa", ovvero l'accesso procedimentale e l'accesso che risponde a una logica "difensiva". In quest'ultima ipotesi l'accesso è volto a consentire al titolare di tutelare i propri diritti ed è richiesto un onere probatorio aggravato, in quanto l'istante deve dimostrare che il documento al quale si intende accedere sia *necessario* per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Non è sufficiente, per dimostrare il nesso di strumentalità, un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio *sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende tutelare*²⁸. Il giudice ha inoltre precisato che la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso... non devono svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso.

²⁸ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/21, cit.

La valutazione della fondatezza della richiesta di accesso difensivo si fonda anche *sul giudizio comparativo che mira a bilanciare l'interesse alla conoscenza del documento con quello alla riservatezza* dello stesso in maniera rispondente a quanto richiesto dal soggetto dal quale proviene detto documento²⁹.

In questo contesto si inseriscono alcune sentenze con cui il Consiglio di Stato ha rivisto la propria posizione sul delicato rapporto tra diritto di accesso al fascicolo istruttorio ai fini della eventuale proposizione di un'azione di risarcimento danni derivanti dall'illecito *antitrust* e diritto alla tutela della riservatezza di informazioni sensibili la cui divulgazione potrebbe arrecare un pregiudizio ai soggetti interessati.

Secondo la posizione da ultimo assunta dal Consiglio di Stato, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso difensivo, si deve valutare se la conoscenza dei documenti richiesti sia o meno configurabile come necessaria ai fini della difesa in giudizio. La necessità ovvero la strumentalità o il collegamento dei dati/documenti di cui si chiede l'accesso ai fini della difesa in giudizio vanno intesi in senso ampio e la relativa valutazione va condotta in astratto, senza quindi che l'amministrazione prima e il giudice amministrativo dopo debbano farsi carico di apprezzare, loro, se e quanto l'interesse ovvero la pretesa finale sia fondata. Il Consiglio di Stato ha altresì osservato che opporre esigenze di riservatezza e segretezza della documentazione "contesa" per il fatto che nei procedimenti dell'Autorità l'impresa investigata si trova a dover rivelare e fornire simili informazioni, non può tradursi nel "divieto di divulgare «qualunque documento sia prodotto nel corso dell'indagine dinanzi all'Autorità a propria difesa dall'impresa incolpata, [...] potrebbe finire per assicurare alla stessa impresa una sorta di immunità nei giudizi civili promossi a valle dell'accertamento

²⁹ Cons. st., sez., VI, ordinanza n. 600/2014.

della violazione e della sanzione. Laddove invece l'ordinamento è venuto ampliando il *private enforcement*, di cui il risarcimento danni è uno degli strumenti, che svolge un ruolo complementare a quello dell'*enforcement pubblico* per assicurare il rispetto della normativa, anche in chiave dissuasiva e di prevenzione. La questione, secondo il giudice, va quindi affrontata distinguendo quella parte della documentazione, anche se prodotta a difesa dall'impresa nel procedimento, che è stata valutata dall'Autorità come rilevante ai fini della ricostruzione dei fatti contestati e della decisione assunta, da quanto invece – come ad esempio le proposte di impegni, ove non accolte – è rimasto estraneo alla decisione o comunque sullo sfondo. [...] Spetterà quindi all'Autorità operare una simile selezione, motivando in ordine a quei documenti per i quali ritenesse che non siano stati rilevanti ai fini della ricostruzione dei fatti e all'accertamento della loro responsabilità e dei quali deve quindi escludersi, in ultima analisi, la necessità ai sensi dell'art. 24, comma 7, più volte richiamato»³⁰.

Nei casi di specie il Consiglio di Stato ha pertanto ordinato all'Autorità di concedere l'accesso agli atti e ai documenti richiesti, rimettendo alla stessa l'individuazione della documentazione nei termini e con le precisazioni sopra indicati e prescrivendo, per quanto possibile, l'omissione nei documenti di ogni riferimento personale.

In sostanza, il bilanciamento tra diritto di accesso e riservatezza è stato individuato applicando il criterio della documentazione "rilevante" che, una volta selezionata, in collaborazione con l'Autorità, dovrebbe essere ostesa, omissando eventuali riferimenti di carattere personale.

Ci si può chiedere se la soluzione trovata sia compatibile con l'intero sistema o se, al contrario, introduca elementi di disarmonia rispetto alla *ratio* e alle *peculiarità* della disciplina *speciale* finora esposta.

Sembra infatti che non si sia tenuto adeguatamente conto della disciplina speciale dell'accesso extraprocedimentale al fascicolo istruttorio dell'Autorità contenuta nel d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la d. UE 14/104 in materia di risarcimento dei danni derivanti da illeciti *antitrust*. Nella prospettiva della direttiva la garanzia di un effettivo accesso agli elementi di prova, tra cui in particolare quelli contenuti nel fascicolo istruttorio dell'Autorità, costituisce uno degli elementi di maggiore importanza per consentire ai soggetti danneggiati l'effettivo esercizio del diritto al pieno risarcimento dei danni subiti.

Il decreto legislativo citato contiene *alcune disposizioni specifiche volte a disciplinare l'accesso al fascicolo dell'Autorità*, che rappresentano un condivisibile punto di equilibrio tra l'esigenza di tutelare i documenti riservati e l'esigenza di garantire l'esercizio dei diritti di difesa. In estrema sintesi, l'accesso al fascicolo istruttorio dell'Autorità è consentito, nei limiti in cui rimangano sottratti all'ordine di divulgazione le dichiarazioni ufficiali dei *leniency applicant* (c.d. *black list*), nonché, solo temporaneamente, alcuni documenti del procedimento *antitrust* (c.d. *grey list*).

Le prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'Autorità sono quindi sottoposte ad un regime speciale in sede di giudizio civile, in cui è cruciale il filtro del giudice nella valutazione della necessità e proporzionalità della richiesta di accesso ai fini della tutela del diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, quando le istanze di accesso extraprocedimentale vengono rivolte all'Autorità le parti, appellandosi alle più recenti sentenze del giudice

³⁰ Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 5176, 5177 e 5178; 18 marzo 2023, n. 4; 14 maggio 2024, n. 4294.

amministrativo, chiedono di avere accesso all'intero fascicolo istruttorio relativo a procedimenti conclusi, con istanze che si prestano a coprire documenti verosimilmente esorbitanti rispetto all'interesse difensivo e comunque contenenti dati ed informazioni riservati e segreti commerciali, che nel corso del procedimento sono stati sottoposti a un rigoroso vaglio da parte degli Uffici.

A tutto ciò va aggiunto che la soluzione individuata dal giudice potrebbe condizionare la strategia difensiva delle imprese investigate, che potrebbero essere influenzate dal timore di dover esporre i documenti riservati che le riguardano ad un accesso futuro da parte di soggetti terzi o potenziali concorrenti.

Appare dunque che la questione del rapporto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza nella fase post-istruttoria meriti di essere ulteriormente approfondita.

III. Accesso civico

Come è noto il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016, ha introdotto nel nostro ordinamento un istituto innovativo, l'accesso civico, che integra i previgenti istituti in materia di accesso e con questi deve coordinarsi. *Detto istituto trova applicazione anche nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti.*

In primo luogo, chiunque può richiedere l'accesso alle informazioni e ai dati che le amministrazioni avrebbero comunque l'obbligo di pubblicare sui propri siti o con altre modalità tutte le volte in cui esse hanno omissso tale adempimento (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013 – *accesso civico semplice*).

In secondo luogo, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridici rilevanti secondo quanto

previsto dall'art. 5-bis (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 – *accesso civico generalizzato*).

Dunque, come osservato dal Consiglio di Stato, sia l'accesso documentale *ex art. 22 della legge n. 241/1990*, sia l'accesso civico *ex art. 5 del d.lgs. n. 33/2013*, hanno lo scopo di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorire la partecipazione dei privati, ed entrambi gli istituti scontano talune limitazioni risultanti dalla ponderazione con altri interessi costituzionalmente rilevanti. Tuttavia nel primo caso il diritto di accesso è riconosciuto solamente al soggetto titolare di un interesse qualificato in relazione ad un procedimento amministrativo. Nel caso dell'accesso civico, viceversa, tale diritto è esteso a qualunque soggetto, singolo o associato, e non vi è la necessità di dimostrare un particolare interesse qualificato a richiedere gli atti o le informazioni, secondo il modello del Freedom of Information Act (FOIA), che trae ispirazione dalle esperienze storiche d'oltralpe e d'oltreoceano³¹.

Come chiarito dal Consiglio di Stato nella medesima sentenza, «il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini di interesse generale, si affianca senza sovrapposizioni alle forme di pubblicazione on line del 2013 ed all'accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la *ratio* che lo ispira e che lo differenzia dall'accesso qualificato previsto dalla legge generale sul procedimento, l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli e associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “Cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e

³¹ Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546.

per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione»³².

È stato, in particolare, osservato che ormai vi è una coesistenza ordinamentale di tre modelli di accesso ai documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni (ed equiparati), ciascuno caratterizzato da propri presupposti, limiti ed eccezioni: l'accesso documentale ordinario degli artt. 22 e seg. della legge 7 agosto 1990, n. 241; l'accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione, già regolato dal D.Lgs. 14 marzo 2013, n.33; l'accesso civico generalizzato, introdotto dalle modifiche apportate a quest'ultimo impianto normativo dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97³³.

Tali istituti sono pariordinati e, nei rapporti reciproci, ciascuno opera nel proprio ambito, senza assorbimenti dell'una fattispecie in un'altra e senza abrogazioni tacite o implicite da parte della disposizione successiva nel tempo.

Così ricostruito il quadro dei rapporti tra la disciplina dell'accesso pre-vigente e il nuovo istituto dell'accesso civico, in termini di affiancamento e non di sovrapposizione, la questione che si pone è quella di operare un giusto coordinamento tra i diversi istituti che disciplinano il diritto di accesso dinanzi all'Autorità, dovendo assicurare da un lato il diritto di accesso civico generalizzato e dall'altro le peculiarità del procedimento *antitrust*, che, come sopra esposto, detta regole specifiche volte ad assicurare la tutela dei segreti commerciali e delle informazioni e documenti sensibili e riservate.

A tal fine, si rileva che la stessa disciplina dell'accesso civico generalizzato ammette dei casi di esclusione, che possono costituire quel punto di difficile equilibrio cui si faceva riferimento. L'accesso civico generalizzato è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pre-

giudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti, tra gli altri, il regolare svolgimento di attività ispettive; inoltre, l'accesso civico generalizzato è escluso se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati, tra cui, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali (art. 5 *bis*, comma 2, lett. c).

Appare dunque corretto operare il necessario coordinamento *ric conducendo alle fattispecie tipizzate di esclusione indicate dal citato art. 5 bis del d.lgs. 33/2013 i limiti all'accesso al fascicolo istruttorio dell'Autorità* previsti dall'art. 13 Reg. procedure istruttorie al fine di assicurare, nel consentire l'accesso civico generalizzato, la tutela dei dati e delle informazioni sensibili e dei segreti commerciali. Sul punto, il Tar del Lazio ha ritenuto corretto l'operato dell'Autorità, che, a fronte di un'istanza di accesso civico generalizzato proposto successivamente alla chiusura di un procedimento istruttorio e avente ad oggetto alcuni documenti presenti nel fascicolo riguardanti il professionista sanzionato, ha accolto la stessa previo oscuramento di alcuni dati personali, rigettando le eccezioni di inammissibilità dell'istanza di accesso sollevate dalla controparte³⁴.

L'Autorità ha pubblicato sul proprio sito istituzionale le indicazioni per la presentazione dell'istanza di accesso civico e il successivo iter procedurale, nella sezione Autorità trasparente, nonché pubblica e aggiorna periodicamente il registro sull'accesso, in cui sono pubblicati gli esiti delle istanze di accesso civico.

SERENA STELLA*

³² Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, cit.

³³ Cfr., tra le altre Cons. Stato, Sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631 e, id., Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817.

³⁴ Tar Lazio, sez. I, e dicembre 2020, n. 13081.

* Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l'Istituzione di appartenenza.

Bibliografia

Stella, «Il bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza nel procedimento *antitrust*», in *Nuovo Diritto Amministrativo*, a cura di Caringella, 2013; R. Chieppa, «L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità», in *Concorrenza e Mercato*, 2014; C.B. Calini, *Procedure Antitrust in Italia*, Milano, 2018; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019; Tesauro – Todino, «Autorità

garante della concorrenza e del mercato», in *Enc. dir. Agg.*; S. Stella, *Commento all'art. 14 l. 287/90*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 2019; C. Lo Surdo, *Prime riflessioni apportate all'istituto della leniency in sede di attuazione della Direttiva Ecn plus*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, fasc. 2, agosto 2022; D. Gullo, *Commento all'art. 31 ter, l. n. 287/90*, in *Codice della concorrenza*, a cura di F. Arena e R. Chieppa, 2023; M. D'Ostuni-M. Beretta, *Il diritto della concorrenza in Italia*, 2024.

IL PROCEDIMENTO ANTITRUST DINANZI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

Sommario: **I.** Caratteri generali del Procedimento *antitrust* avanti alla Commissione europea. – **II.** L'avvio del procedimento. – II.1. I poteri di indagine della Commissione. – II.2. Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento. – II.3. Effetti dell'avvio del procedimento. – **III.** La Comunicazione degli addebiti e risposte delle parti. – **IV.** La procedura di Transazione nei casi di cartelli. – **V.** I diritti di difesa delle parti. – V.1. Il diritto ad essere sentiti. – V.2. L'accesso al fascicolo di indagine.

I. Caratteri generali del Procedimento *antitrust* avanti alla Commissione europea

La disciplina dei procedimenti di accertamento di intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE si ricava in parte dalle disposizioni contenute nel Reg. UE n. 1/2003 [Regolamento del Consiglio UE n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 (*ex* 81 e 82) del Trattato, in G.U.U.E. n. L 1 4 gennaio 2003] e in parte dal Reg. UE n. 773/2004 [Regolamento (UE) 773/2004 della Commissione UE n. 774/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 101 e 102 del trattato UE, in G.U.U.E. n. L 123 del 27 aprile 2004].

In proposito, si segnala che la Commissione ha intrapreso un processo di revisione dei suddetti regolamenti relativi alle procedure di applicazione nelle norme europee della concorrenza.

In particolare, nel 2022 la Commissione ha avviato una consultazione pubblica poi sfociata in un documento di lavoro pubblicato nel settembre 2024 che ne sintetizza i risultati¹. Le modifiche più probabili riguarderanno la riduzione della durata delle indagini della Commissione tramite l'introduzione di termini ordinatori, e la semplificazione di altri aspetti procedurali, quali l'accesso al fascicolo, il processo di raccolta di informazioni nonché i requisiti per l'adozione di misure cautelari.

Tale disciplina riveste un ruolo essenziale al fine di garantire che la tutela della concorrenza sia improntata ad un adeguato livello di effettività, in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

Come si vedrà nel prosieguo, la disciplina dell'Unione ha largamente ispirato il legislatore nazionale, sebbene quest'ultimo abbia fatto delle scelte più garantiste, intervenendo a regolamentare in maniera più dettagliata le varie fasi procedurali, i poteri dell'Autorità ed i diritti delle parti e dei terzi. Nondimeno, si registra complessivamente una certa specularità fra norme comunitarie e nazionali, la cui preoccupazione di fondo è di "inquadrare" i poteri di indagine dell'amministrazione, prevedendo come contrappeso una serie di garanzie a tutela delle parti indagate nel procedimento, in nome di quel principio c.d. di "parità delle armi", canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

Il procedimento *antitrust* europeo ha natura amministrativa. Il complesso dei

¹ *Commission Staff Working Document Evaluation of Regulations 1/2003 and 773/2004* (SWD(2024) 217 final).

poteri di accertamento della Commissione risponde ad una logica inquisitoria, poiché ad essa è rimesso il compito di raccogliere le prove dell'illecito ed individuare compiutamente l'infrazione. Dalla natura amministrativa del procedimento discende che istituti e norme di carattere processuale non risultano applicabili, sebbene la natura "contenziosa" delle procedure, che possono condurre ad una decisione di accertamento, inibitoria e sanzionatoria delle condotte vietate, conferisca un ruolo centrale ai principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese indagate, in una logica di tutela dei loro diritti di difesa².

I procedimenti *antitrust* innanzi alla Commissione si suddividono in tre fasi: *i*) la fase pre-procedimentale, che precede l'apertura del procedimento; *ii*) la fase procedimentale propriamente detta, che è circoscritta al contraddittorio con le parti; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

La fase detta pre-procedimentale o pre-istruttoria precede l'apertura formale di un procedimento ed è quella in cui la Commissione si attiva ai fini della repressione di un illecito, sulla base di una *notizia criminis* relativa ad una violazione delle regole di concorrenza ricevuta da terzi, o più di frequente da una delle

parti dell'intesa stessa che intende accedere al programma di clemenza o raccolta d'ufficio. La Commissione può esercitare in tale fase tutti i suoi poteri formali di indagine, non essendo necessaria a tal fine la previa adozione di una decisione di avvio del procedimento. Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza, secondo cui la Commissione non è tenuta ad adottare e pubblicare alcun provvedimento di avvio dell'istruttoria, né a comunicare alle parti la delimitazione precisa del mercato di cui trattasi, l'esatta qualificazione giuridica delle presunte infrazioni o l'indicazione della durata della presunta infrazione all'atto dell'ispezione, o in un momento successivo, fino alla comunicazione degli addebiti, senza che ciò integri una lesione dei diritti di difesa delle parti³.

La fase procedimentale propriamente detta si apre con l'avvio del procedimento per presunta violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che la Commissione tende ad adottare solo nella fase terminale dell'indagine, in occasione della comunicazione degli addebiti; solo da tale momento le imprese indagate assumono la qualifica di parte dal punto di vista sostanziale ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa e acquistano tutti i diritti di partecipazione al procedimento.

A conclusione del procedimento istruttorio, la Commissione può adottare uno tra i diversi provvedimenti di cui agli artt. 7-10 del Reg. 1/2003. Le decisioni con cui si conclude il procedimento istruttorio devono essere congruamente motivate, secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di

² Sulla natura amministrativa e non giurisdizionale dei procedimenti dinanzi alla Commissione, cfr. C. giust. UE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Bohringer Mannheim*; Trib. UE, 10 marzo 1992, T-11/89, *Shell c. Commissione*. La legittimità dei procedimenti *antitrust* è stata ribadita anche in base al rilievo che le decisioni della Commissione in materia di concorrenza sono soggette ad un incisivo sindacato giurisdizionale, potendo il Tribunale valutarne la legittimità in fatto e in diritto: cfr. Trib. UE, 14 maggio 1998, T-348/94, *Enso Española c. Commissione*; Trib. UE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*. Più di recente, cfr. Trib. UE, 8 luglio 2008, T-99/04, *AC-Treuhand c. Commissione* e C. giust. UE, 11 luglio 2013, C-439/11, *Ziegler c. Commissione*.

³ C. giust. UE, 14 luglio 1972, cause riunite 48/69, 49/69, 51/69-57-6, *ICI e a. c. Commissione*. Più di recente, cfr. C. giust. UE, 25 gennaio 2007, C-407/04, *Dalmine c. Commissione*; Trib. UE, 8 luglio 2008, T-99/04, *AC-Treuhand c. Commissione*; C. giust. UE, 25 giugno 2014, C-37/13, *Nexans c. Commissione*; C. giust. UE, 10 marzo 2016, C-247/14, *HeidelbergCement c. Commissione*.

incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i procedimenti *antitrust* sarebbero suddivisibili in due diverse fasi procedurali. La prima fase, di carattere chiaramente amministrativo, sarebbe la fase in cui la Commissione raccoglie le prove, effettuando le ispezioni nei locali dell'impresa e acquisendo le informazioni dalle parti stesse e da soggetti terzi. La seconda fase del procedimento, avente carattere quasi-giurisdizionale, *inter partes*, inizierebbe con l'invio della Comunicazione degli addebiti alle parti, a seguito della quale queste ultime avrebbero, per la prima volta dall'avvio del procedimento, la possibilità di presentare le proprie osservazioni in merito agli addebiti ad esse indirizzati, cosicché la Commissione sarebbe vincolata ad adottare una decisione solo con riguardo alle contestazioni rese note alle imprese indagate e rispetto alle quali le stesse abbiano avuto la possibilità di difendersi⁴.

II. L'avvio del procedimento

La Commissione avvia un procedimento *antitrust* allorché intenda adottare una delle decisioni di cui agli artt. 7-10 Reg. 1/2003, ossia decisioni di accertamento di una condotta illecita, decisioni di accettazione degli impegni proposti dalle parti al fine di porre rimedio a tale condotta, decisioni che impongono misure provvisorie (ad esempio, provvedimenti cautelari), ovvero decisioni che dichiarano

inapplicabili le norme *antitrust* in un determinato caso.

Il procedimento può essere avviato *ex officio*, a seguito di una presentazione di domanda di clemenza da una delle parti dell'intesa, o per effetto di una denuncia presentata da terzi (pubbliche amministrazioni, privati, associazioni rappresentative di consumatori).

Nella prima ipotesi (avvio *ex officio*) la Commissione può intervenire spontaneamente, a seguito di un'analisi degli elementi in qualunque modo acquisiti e a sua disposizione. Di regola, la Commissione raccoglie informazioni utili all'avvio delle indagini principalmente attraverso indagini di settore condotte dalla stessa in virtù dei poteri di cui dispone *ex art. 17 Reg. 1/2003*.

La normativa dell'Unione non stabilisce un termine entro il quale il procedimento debba essere avviato, con la conseguenza che la Commissione può avviare il procedimento in qualunque momento nel corso delle indagini, ma in ogni caso non oltre: *i*) l'adozione della Comunicazione degli addebiti, *ii*) la pubblicazione della comunicazione con cui la Commissione rende nota la sua intenzione di rendere vincolanti gli impegni proposti dalle imprese coinvolte o *iii*) la pubblicazione di una comunicazione in cui la Commissione rende nota la sua intenzione di adottare una decisione con impegni, al fine di ricevere commenti dai terzi interessati, o una decisione con cui dichiara l'inapplicabilità degli artt. 101 o 102 TFUE al caso in esame, o *iv*) la richiesta alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione (cfr. art. 2, Reg. 622/2008).

Generalmente, la Commissione assume la decisione di avvio del procedimento nella fase terminale dell'indagine e la notifica alle parti solo contestualmente alla notifica della comunicazione degli addebiti, dandone notizia in forma abbreviata nella

⁴ C. giust. UE, 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione* e Trib. UE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line e altri c. Commissione*. Più di recente, cfr. C. giust. UE, 25 ottobre 2011, C-110/10, *Solvay c. Commissione*; C. giust. UE, 14 settembre 2017, C-588/15, *LG Electronics c. Commissione* e Trib. UE, 9 aprile 2019, T-371/17, *Qualcomm c. Commissione*.

*Gazzetta Ufficiale*⁵. In talune circostanze, la Commissione ha anticipato l'adozione della decisione di avvio alla fase immediatamente successiva alle ispezioni, al solo fine di incardinare la propria competenza e scongiurare un rischio di conflitto con indagini avviate contestualmente da altre autorità *antitrust* della UE. L'avvio del procedimento da parte della Commissione priva difatti tutte le Autorità Nazionali della Concorrenza degli Stati Membri della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE nella medesima fattispecie oggetto dell'istruttoria comunitaria (cfr. art. 11, par. 6, Reg. 1/2003).

La decisione di avviare il procedimento non costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE⁶.

II.1. I poteri di indagine della Commissione

Il Reg. 1/2003 (Capitolo V) ed il Reg. 773/2004, attribuiscono alla Commissione, nella fase pre-procedimentale, una serie di poteri formali di accertamento, ossia il potere di effettuare indagini per settore economico e per tipo di accordi (art. 17,

Reg. 1/2003), di richiedere informazioni (art. 18, Reg. 1/2003), di raccogliere dichiarazioni (art. 19, Reg. 1/2003), e di compiere accertamenti ispettivi (artt. 20 e 21, Reg. 1/2003).

Giova notare, sul punto, che il sistema di tutela della concorrenza a livello europeo è caratterizzato dalla presenza di una "rete" delle autorità nazionali della concorrenza denominata Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network*), in cui le autorità nazionali e la Commissione operano in stretta collaborazione. Tale struttura è stata aggiornata ad opera della direttiva 1/2019 (cosiddetta direttiva ECN+)⁷, che mira essenzialmente ad armonizzare, sul modello della Commissione europea, gli strumenti procedurali a disposizione delle autorità nazionali, al fine di garantire un'applicazione più omogenea ed incisiva delle regole di concorrenza comunitarie. Quanto ai poteri di indagine, la direttiva ECN+ prevede che le autorità nazionali possano compiere, analogamente alla Commissione, accertamenti ispettivi (cfr. artt. 20 e 21, Reg. 1/2003) e richiedere informazioni nonché raccogliere dichiarazioni (artt. 18 e 19, Reg. 1/2003).

Gli accertamenti ispettivi della Commissione posso essere svolti presso le imprese (art. 20, §§ 1 e 2, Reg. 1/2003)⁸, così come, ove vi sia il sospetto di un'infrazione grave degli artt. 101 e 102 TFUE,

⁵ Sull'assenza di un obbligo per la Commissione di notificare alle parti la decisione di avvio del procedimento prima del suo annuncio sulla *Gazzetta Ufficiale* o a mezzo comunicato stampa, cfr. C. giust. CEUE 14 luglio 1972, C-57/69, *ACNA c. Commissione*.

⁶ In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nel caso *IBM*, statuendo che l'avvio del procedimento costituisce una misura procedurale preparatoria della decisione finale, non essendo essa idonea ad esprimere la posizione finale della Commissione circa l'avenuto compimento dell'infrazione (C. giust. UE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*). D'altro canto, qualsiasi vizio della decisione di avvio del procedimento può essere invocato dalla parte in sede di impugnazione della decisione finale (C. giust. UE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*; Trib. UE, 17 febbraio 2000, T-241/97, *Stork Amsterdam c. Commissione*; Trib. UE, 13 dicembre 1999, cause riunite T-189/95, T-39/96 e T-123/96, *SGA c. Commissione*; Trib. UE, 7 marzo 2002, T-95/99, *Satellimages TV5 c. Commissione*).

⁷ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

⁸ In particolare, la Commissione può: *i*) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e associazioni di imprese; *ii*) controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto; *iii*) fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti; *iv*) apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento.

presso il domicilio privato di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese interessate (art. 21, § 1, Reg. 1/2003). Il potere della Commissione di raccogliere dichiarazioni dal personale delle imprese nel corso degli accertamenti ispettivi, previsto *ex art.* 20, § 3, lett. *e* Reg. 1/2003, rappresenta uno degli strumenti di indagine più efficaci, ove si consideri che, nella prassi, la Commissione si è avvalsa largamente di questo mezzo istruttorio, soprattutto nei casi di cartelli complessi. A fronte, difatti, dei sofisticati meccanismi posti in essere dai membri del cartello per nascondere le evidenze dei comportamenti illeciti, le domande fattuali rivolte al personale delle imprese hanno frequentemente consentito alla Commissione di accedere alle informazioni rilevanti sulla struttura ed il funzionamento dei cartelli [Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione sul funzionamento del Reg. n. 1/2003, COM 24 aprile 2009, SEC(2009)574]. L'art. 4 Reg. 773/2004 prescrive le corrette modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni relative ai fatti oggetto di indagine che i funzionari della Commissione possono raccogliere in corso d'ispezione presso qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese oggetto dell'accertamento ispettivo. I chiarimenti forniti da membri del personale devono permanere nel fascicolo della Commissione nella forma in cui sono stati registrati nel corso dell'accertamento. In chiave garantista, la norma consente all'impresa soggetta all'accertamento di rettificare entro un termine le dichiarazioni rilasciate dal personale che non sia stato autorizzato a rilasciare dichiarazioni ai funzionari della Commissione.

A fronte della sempre maggiore pervasività dei poteri ispettivi di indagine della Commissione, si segnalano alcune pronunce recenti dei tribunali comunitari

in materia di abuso dei poteri ispettivi. In particolare, la Corte di Giustizia ha censurato l'utilizzo da parte della Commissione di dichiarazioni a carico di terzi, poi poste a fondamento del provvedimento ispettivo, non accuratamente verbalizzate e sottoposte ad approvazione previa da parte dei soggetti interessati. Tale omissione può pregiudicare l'autenticità e veridicità delle dichiarazioni stesse, facendo venir meno gli estremi per effettuare l'ispezione.

Ai sensi dell'art. 23 del Reg. 1/2003, la Commissione può, mediante decisione, irrogare ammende fino all'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente dalle imprese e associazioni di imprese soggette ad ispezioni qualora queste, intenzionalmente o per negligenza, forniscano una risposta inesatta o fuorviante.

II.2. Le denunce e la partecipazione dei terzi al procedimento

Mentre le denunce di terzi rappresentano uno strumento poco rilevante nella lotta ai cartelli, le cui indagini sono generalmente avviate a seguito di domande di clemenza presentate da imprese partecipanti alle intese stesse, esse assumono maggior rilievo nelle indagini per condotte abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE, ambito in cui è frequente l'avvio di procedimenti istruttori su impulso di reclami presentati da terzi concorrenti o clienti.

1) Le denunce possono essere formali o informali. Le denunce informali possono essere presentate oralmente o per iscritto, e non conferiscono al denunciante i diritti di partecipazione al procedimento contemplati dal Reg. n. 773/2004. Le denunce informali possono essere non ufficiali, allorché non sia resa nota l'identità delle persone che le presentano, o perché sono presentate in modo anonimo o perché i denuncianti chiedono alla Commissione di tenere segreta la loro identità, e tale richiesta non sia manifestamente priva di giustificazione.

La giurisprudenza ha in proposito chiarito che, qualora un soggetto fornisca volontariamente informazioni e richieda che la sua identità non sia rivelata, la Commissione ha l'obbligo di non rivelare l'identità del denunciante⁹.

La Commissione in genere non consente alle imprese indagate l'accesso a documenti attraverso i quali sia possibile risalire all'identità dei denunciati informali. Tali documenti non possono essere perciò utilizzati nel procedimento, e la Commissione deve procedere a reperire indipendentemente da essi le prove dell'infrazione. L'obbligo di mantenere segreti i documenti forniti dai denunciati non è, tuttavia, assoluto, poiché la Commissione può utilizzare in ogni caso quei documenti indispensabili a provare l'infrazione, ai sensi dell'art. 15, Reg. 773/2004 CE, cercando nondimeno di preservare la riservatezza in relazione alla paternità del documento.

2) Chiunque abbia un interesse legittimo – imprese ma anche individui – può presentare una denuncia formale alla Commissione. Le denunce possono essere indirizzate in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea alla Commissione la quale dovrà trattare la denuncia nella stessa lingua. Ai sensi dell'art. 5 Reg. 773/2004, la denuncia deve necessariamente contenere le informazioni richieste nel Formulario C, disponibile sul sito della Commissione Europea (Direzione generale Concorrenza). Qualora il denunciante ritenga che i documenti presentati siano riservati o contengano segreti industriali, il carattere riservato di tali documenti deve essere chiaramente indicato alla Commissione, attirando l'attenzione sulle restrizioni all'utilizzazione di tali documenti e fornendo una versione

non riservata della denuncia affinché questa possa essere trasmessa all'impresa interessata.

Sono legittimati a presentare una denuncia, individualmente o in gruppo, i concorrenti dell'impresa, i suoi clienti diretti, i consumatori finali e le loro associazioni, i sindacati, gli Stati membri (comprese le autonomie locali). Questi ultimi non devono provare il loro interesse legittimo, posto che nei loro confronti esso si presume sussistente¹⁰. Le imprese, invece, sono considerate portatrici di un interesse legittimo se sono attive nello stesso mercato rilevante in cui è attivo l'autore della condotta denunciata o se la condotta in questione è in qualche modo in grado di ledere i loro interessi in modo diretto¹¹. Infine, la giurisprudenza ha riconosciuto che anche i semplici consumatori possono avere un interesse legittimo se danneggiati dalla violazione delle norme *antitrust*¹².

¹⁰ Trib. UE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*.

¹¹ A titolo esemplificativo, è utile ricordare che ai sensi della giurisprudenza comunitaria e della prassi della Commissione sono stati ritenuti portatori di un interesse legittimo a presentare denunce: i concorrenti delle imprese accusate di aver commesso un'infrazione (C. giust. CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO c. Commissione*); un'impresa esclusa da un sistema di distribuzione (Trib. UE, 12 dicembre 1996, T-19/92, *Leclerc c. Commissione*); un distributore vincolato da un divieto di esportazioni (Dec. 30 ottobre 2002, n. 2003/675/CE, casi COMP/35.587 PO *Video Games*, COMP/35.706 PO *Nintendo Distribution* e COMP/36.321 *Omega-Nintendo*); la parte di un contratto di licenza di diritti di proprietà intellettuale che contenga clausole anticompetitive (Dec. 2 aprile 2003, n. 2003/600/CE, *AOIP/ Beynard*); un'associazione di imprese che rappresenti gli interessi delle imprese danneggiate dalla condotta anticompetitiva (Trib. UE, 24 gennaio 1995, T-114/92, *BEMIM c. Commissione*); un'impresa il cui ingresso nel mercato sia impedito da pratiche leganti messe in atto da altre imprese fornitrici di un determinato prodotto (Trib. UE, 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, *Métropole Télévision c. Commissione*).

¹² Trib. UE, 7 gennaio 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

⁹ C. giust. UE, 7 novembre 1985, 145/83 *Stanley Adams c. Commissione*. Più di recente, cfr. Trib. UE, 28 gennaio 2015, T-345/12, *Akzo Nobel c. Commissione*; C. giust. UE, 14 marzo 2017, C-162/15, *Evonik Degussa c. Commissione*.

La denuncia deve essere presentata compilando il c.d. "Formulario C". Tale modello richiede l'identificazione del denunciante, una descrizione degli accordi o dei comportamenti denunciati, una descrizione dei prodotti e servizi interessati dalla condotta, le informazioni relative al mercato rilevante (in particolare quanto alla struttura e alla posizione delle imprese interessate). Il denunciante dovrà anche spiegare sotto quali profili le condotte denunciate violino gli artt. 101 e 102 TFUE, ma la Commissione non è tenuta ad attenersi a tale valutazione giuridica.

Nel 2019 è stato altresì introdotto un nuovo strumento di "*whistleblowing*" che consente di denunciare direttamente alla Commissione, anche in forma anonima, comportamenti anticompetitivi passati, presenti e futuri di cui il denunciante sia a conoscenza¹³.

Nella fase successiva alla presentazione della denuncia, la Commissione ha il dovere di esaminare con attenzione i fatti e le questioni di diritto portate alla sua attenzione dai denunciati al fine di stabilire se rivelino l'esistenza di condotte anticoncorrenziali, ma non è obbligata ad effettuare indagini relative ad ogni denuncia e a stabilire se è stata commessa un'infrazione¹⁴. Ad ogni modo, la Commissione è tenuta a decidere in merito a una denuncia entro un termine ragionevole, tenuto conto della complessità del caso sottoposto al suo esame e degli interessi delle parti coinvolte.

Se la Commissione, ad esito di queste indagini, ritiene di non essere in possesso

di elementi sufficienti per agire, ne deve dare notizia al denunciante che potrà eventualmente presentare ulteriori informazioni entro un termine stabilito dalla Commissione prima che questa decida di rigettare definitivamente la denuncia. In ogni caso, la mancata comunicazione, da parte della Commissione, della propria intenzione di non perseguire l'infrazione, non impedisce alla stessa di riaprire il fascicolo qualora lo ritenga opportuno, in particolare se il denunciante fornisce entro il termine stabilito nuovi elementi di fatto e di diritto idonei a corroborare la propria denuncia¹⁵. La lettera con cui la Commissione comunica la propria intenzione di non aprire un procedimento costituisce un atto interlocutorio, quindi non impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE¹⁶.

Una denuncia è considerata ritirata se il denunciante non presenta le sue osservazioni nel termine stabilito dalla Commissione, che non può essere inferiore a quattro settimane art. 7, Reg. 773/2004.

Se il denunciante presenta le proprie osservazioni, la Commissione può rigettare la denuncia mediante decisione, in cui specifica le ragioni per cui un'azione della Commissione non sarebbe giustificata.

Un procedimento instauratosi a seguito di una denuncia può concludersi con una decisione che accerti e sanzioni la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE ovvero con il rigetto della denuncia per assenza di un interesse dell'Unione a proseguire le indagini, o perché la denuncia non fornisce elementi idonei a valutare la sussistenza di un'infrazione¹⁷. Nel decidere se rigettare o meno una denuncia la Commissione ha un ampio margine di discrezionalità,

¹³ Cfr. direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

¹⁴ Trib. UE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*; C. giust. UE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione* e C. giust. UE, 22 febbraio 2005, C-141/02, *T-Mobile Austria c. Commissione*.

¹⁵ C. giust. UE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

¹⁶ Trib. UE, 27 giugno 1995, T-186/94, *Guérin automobiles c. Commissione*.

¹⁷ C. giust. UE, 28 marzo 1985, C-298/83, *CICCE c. Commissione*; Trib. UE, 16 dicembre 1999, T-198/98, *Micro Leader c. Commissione*.

essendo rimessa al suo apprezzamento la valutazione circa l'opportunità o meno di perseguire un'infrazione nell'interesse pubblico¹⁸. Pertanto, i denunciante non hanno titolo per ottenere una decisione che accerti l'eventuale esistenza dell'infrazione da essi prospettata. Inoltre, la Commissione può assegnare diversi gradi di priorità nell'istruzione delle denunce, secondo il criterio c.d. dell'interesse pubblico comunitario, inteso come gravità della presunta infrazione, probabilità di poterne accertare l'esistenza ed ampiezza degli accertamenti istruttori da espletare¹⁹. Ad ogni modo, la Commissione ha sempre l'obbligo di fornire le ragioni del rigetto di una denuncia²⁰. La Commissione è invece tenuta a condurre un'indagine allorché il denunciante sia uno Stato membro²¹.

Infine, sebbene l'autore di una denuncia non abbia diritto ad ottenere che la Commissione istruisca un procedimento istruttorio finalizzato ad accertare la sussistenza dell'infrazione, questi ha comunque il diritto di veder definito l'esito di una denuncia da parte della Commissione,

mediante una decisione. Quest'ultima potrà eventualmente costituire oggetto di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 263, § 4, TFUE. Il diritto del denunciante a veder definito l'esito della sua denuncia è stato riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria²², che, tuttavia, ha negato che il denunciante vanti il diritto ad una decisione favorevole al proprio interesse particolare²³.

Qualora la Commissione non adotti una decisione definitiva in cui rigetta la denuncia entro un arco di tempo ragionevole, il denunciante potrà agire in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE.

Relativamente ai diritti dei denunciante a seguito dell'avvio del procedimento, il diritto dell'Unione conferisce loro il diritto di partecipare al procedimento avviato dalla Commissione per l'accertamento della sussistenza della violazione, ancorché con delle limitazioni rispetto alle imprese indagate.

In linea di massima, al denunciante non è garantito il diritto di accesso al fascicolo riconosciuto alle parti di un procedimento antitrust²⁴. Tuttavia, ai sensi degli artt. 7 e 8 del Reg. 773/2004, il denunciante ha accesso ai documenti in base ai quali la Commissione intende rigettare la denuncia, e deve essere informato di tale intenzio-

¹⁸ C. giust. UE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*; C. giust. UE, 11 luglio 2006, C-205/03, *FENIN c. Commissione*. Nel rigettare una denuncia, la Commissione può fare affidamento sulla previa decisione di rigetto di un'Autorità nazionale (Trib. UE, 21 gennaio 2015, T-355/13, *Easy Jet Airline c. Commissione*), in quanto la fondatezza della decisione di quest'ultima si presume (Trib. UE, 17 dicembre 2014, T-201/11, *Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. c. Commissione*).

¹⁹ Trib. UE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II* e C. giust. UE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*. Più di recente, cfr. Trib. UE, 23 aprile 2009, C-425/07P, *AEPI Elliniki Etairia pros Prostanian tis Pnevmatikis Idioktisias AE c. Commissione* e Trib. UE, 16 ottobre 2013, T-432/10, *Vivendi c. Commissione*.

²⁰ C. giust. UE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*. Più di recente, cfr. Trib. UE, 15 dicembre 2010, T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c. Commissione*.

²¹ Trib. UE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec II*.

²² C. giust. UE, 18 marzo 1997, C-282/95P, *Guérin*.

²³ C. giust. UE, 17 maggio 2001, C-449/98P, *IECC c. Commissione*; C. giust. UE, 4 marzo 1999, C-119/97P, *Union française de l'express (Ufex) e a. c. Commissione*; C. giust. UE, 18 ottobre 1979, C-125/78, *GEMA*.

²⁴ In tal senso si è espressa la giurisprudenza comunitaria nell'interpretazione dell'art. 19, Reg. CEE 6 febbraio 1962, n. 17/1962; si ritiene che tale conclusione rimanga valida con riguardo all'art. 27, Reg. CE, 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (Trib. UE, 15 luglio 1994, T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*; C. giust. UE, 8 novembre 2001, C-241/00, *Kish Glass c. Commissione*; Trib. UE, 11 luglio 2013, cause congiunte T-104/07 e 339/08, *Belgische Vereniging van handelaars in- en uitvoerdersgespendiamant (BVGd) c. Commissione*).

ne in modo da poter presentare ulteriori informazioni. Inoltre, il denunciante ha diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti e può presentare osservazioni per iscritto in merito al contenuto della Comunicazione degli addebiti adottata dalla Commissione. A tal fine, quest'ultima fissa un termine, non inferiore a quattro settimane, entro il quale tali osservazioni devono essere presentate. Il denunciante può anche richiedere di esprimersi nel corso dell'audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti e, se lo ritiene opportuno, la Commissione può consentire la partecipazione del denunciante. Il denunciante non ha, tuttavia, accesso al fascicolo del procedimento.

Una questione non disciplinata esplicitamente dalla normativa dell'Unione riguarda l'ammissibilità dell'intervento di terzi nel procedimento una volta che questo sia cominciato, e se questi possano acquisire gli stessi diritti dei denunciati, tipicamente il diritto a ricevere una versione non riservata della Comunicazione degli addebiti. La questione è stata risolta positivamente nel caso *Österreichische Banken*, dove la Commissione – la cui decisione è stata confermata dal Tribunale – ha ammesso a partecipare al procedimento un partito politico consentendo a questo l'accesso ad una versione non riservata della comunicazione degli addebiti nonostante il procedimento fosse stato iniziato su iniziativa della Commissione²⁵.

II.3. Effetti dell'avvio del procedimento

Come noto, il Reg. 1/2003 realizza un sistema di applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 TFUE, nell'ambito del quale le autorità nazionali di concorrenza

e i giudici nazionali partecipano, insieme alla Commissione, all'applicazione di dette norme. I criteri utili per individuare quale sia l'autorità meglio collocata per trattare un caso sono contenuti nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità nazionali della concorrenza (Com. 27.4.2004, n. 2004/C101/03) e nella Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce (Com. 27.4.2004, n. 2004/C01/05).

Al fine di incentivare la collaborazione fra autorità nazionali di concorrenza e tra queste e la Commissione, il Reg. 1/2003 stabilisce un meccanismo di scambio di informazioni in virtù del quale, quando un'autorità avvia un'indagine, comunica alle altre autorità le informazioni relative al caso subito dopo l'adozione della prima misura investigativa. Qualora la stessa denuncia venga presentata davanti a più autorità o presentata davanti ad un'autorità non idealmente collocata ad accertare l'infrazione, i membri della rete determinano quale sia l'autorità competente entro in termine indicativo di due mesi, informando i denunciati dell'avvenuta riallocazione del caso.

Ai sensi dell'art. 9, Reg. 773/2004, la Commissione è tenuta ad informare il denunciante nell'ipotesi in cui decida di rigettare una denuncia per i motivi di cui all'art. 13, Reg. 1/2003. Ai sensi di tale norma, l'avvio di un procedimento innanzi alla Commissione preclude alle autorità nazionali la trattazione del medesimo caso; le autorità, d'altro canto, hanno facoltà di rigettare una denuncia nel caso in cui la medesima presunta infrazione sia – o sia stata – trattata innanzi ad un'altra autorità. Inoltre, le autorità nazionali hanno il potere di sospendere il procedimento in corso qualora sia avviato un procedimento davanti ad un'altra autorità, avente ad oggetto la stessa infrazione.

Un rigetto della denuncia ai sensi dell'art. 13 Reg. 1/2003 è legittimo se le

²⁵ Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse c. Commissione*.

due indagini parallele hanno ad oggetto un'infrazione dello stesso tipo e la condotta dalle medesime imprese in uno stesso mercato del prodotto e geografico. Se l'identità fra le fattispecie è solo parziale, la Commissione può rigettare la denuncia solo relativamente a quelle condotte che coincidono con quelle già oggetto di indagine a livello nazionale.

Ad ogni modo, né la Commissione né le autorità nazionali sono tenute a rigettare una denuncia perché un'altra autorità sta esaminando lo stesso caso. Difatti, vi è un certo grado di discrezionalità nello stabilire l'opportunità di sospendere o meno un'indagine per l'accertamento di un illecito *antitrust*.

III. La Comunicazione degli addebiti e risposte delle parti

La Commissione è tenuta a comunicare alle parti indagate in un procedimento *antitrust* gli addebiti mossi nei loro confronti, al fine di permettere loro di esprimere la propria posizione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze contestate. L'invio della Comunicazione degli addebiti costituisce dunque un obbligo posto a tutela del diritto di difesa delle parti.

La Comunicazione degli addebiti non può essere autonomamente impugnata ai sensi dell'art. 263 TFUE; tuttavia, eventuali profili di illegittimità ad essa attinenti potranno essere contestati in sede di impugnazione della decisione finale²⁶.

²⁶ Siffatta preclusione non parrebbe avere carattere assoluto, dal momento che la Corte ha lasciato aperta la possibilità di impugnare una Comunicazione degli addebiti che sia priva di qualsiasi apparenza di legalità: C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*. Si veda anche Trib. CE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri*

Essa rappresenta la "cristallizzazione" degli addebiti che la Commissione muove alle imprese indagate all'avvio del procedimento. La corrispondenza tra addebiti formulati in questa sede e violazioni contestate nella decisione finale è rilevante ai fini dell'esercizio dei diritti di difesa delle parti, poiché queste devono potere svolgere le proprie osservazioni e difese su addebiti loro noti ed appropriatamente contestati. Così, se la Commissione ritiene di formulare nuovi addebiti in base alle ulteriori informazioni raccolte dovrà inviare un'ulteriore Comunicazione degli addebiti²⁷.

Per quanto riguarda il contenuto, la Comunicazione degli addebiti deve contenere una descrizione dei fatti considerati rilevanti, l'analisi giuridica degli stessi e l'indicazione delle prove a sostegno delle ipotesi probatorie formulate dalla Commissione²⁸.

La ricostruzione dei fatti e la qualificazione giuridica effettuata nella Comunicazione degli addebiti mantengono pur sempre un carattere provvisorio, con la

c. Commissione. Più di recente, cfr. Trib. UE, 14 marzo 2013, T-587/08, *Fresh del Monte c. Commissione*.

²⁷ Cfr. Trib. CE, 27 settembre 2006, T-59/02, *Archer Daniels Midland c. Commissione*.

²⁸ La giurisprudenza ritiene che la Commissione non sia tenuta a spiegare i fatti in maniera dettagliata, potendo limitarsi ad illustrare in modo sintetico gli elementi sui quali intende fondare la propria accusa: cfr. C. giust. CE, 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim c. Commissione*; C. giust. CE, 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commissione*; C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*, confermato in appello da C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05P, *SGL Carbon/Commission*. Si vedano anche, Trib. UE, 28 aprile 2010, T-446/05, *Amann & Sohne c. Commissione*; Si ritiene, inoltre, sufficientemente motivata una comunicazione degli addebiti dalla quale non emergano espressamente le deduzioni che la Commissione inferisce dai fatti oggetto di scrutinio (Trib. UE, 12 luglio 2011, *Mitsubishi Electric c. Commissione*).

conseguenza che la decisione finale può discostarsi dalla ricostruzione operata inizialmente negli addebiti, eventualmente anche a seguito delle osservazioni presentate dalle parti. In tale ottica la giurisprudenza ha escluso che una decisione finale sia annullabile a causa della non esatta corrispondenza tra le conclusioni definitive raggiunte nella decisione finale e quelle inizialmente formulate nella Comunicazione degli addebiti²⁹. Ad ogni modo, nella decisione finale la Commissione non può discostarsi radicalmente dalle conclusioni espresse nella Comunicazione degli addebiti senza dar conto dei nuovi elementi probatori acquisiti in istruttoria e tali da giustificare una modifica nelle valutazioni³⁰.

Se la Commissione intende imporre delle sanzioni, la Comunicazione deve altresì contenere considerazioni relative ai profili sanzionatori e fornire una valutazione provvisoria circa la durata dell'infrazione, la sua gravità ed il titolo di imputazione della stessa (dolo o colpa). Inoltre, alla luce delle *best practices* da ultimo emendate nel 2020, la Commissione generalmente include nella Comunicazione degli addebiti anche un'indicazione dei parametri che intende applicare nel calcolo della sanzione, inclusi i valori delle vendite e gli anni di

durata della presunta infrazione rilevanti ai fini della quantificazione della sanzione³¹.

Se la Commissione fonda la propria accusa su specifici documenti probatori – a prescindere dal fatto che tali documenti provengano dall'impresa o da terzi – è tenuta a fornirne copia alle imprese indagate, in modo da permettere a queste di presentare le loro osservazioni sul valore probatorio di tali documenti. A tal fine, è prassi della Commissione allegare alla Comunicazione degli addebiti una lista dei documenti rilevanti.

La giurisprudenza ha escluso che la Commissione possa fondare le proprie accuse sui documenti non rivelati alle parti³², pur ammettendo la possibilità che la Commissione fornisca tali documenti in un momento successivo all'invio della Comunicazione degli addebiti³³.

Nella Comunicazione degli addebiti, la Commissione fissa alle parti un termine, non inferiore a quattro settimane, per la presentazione di osservazioni scritte. Il termine deve essere ragionevole e tale da consentire alle parti di difendersi in modo effettivo. Generalmente il termine concesso è di due o tre mesi ma, nei casi più complessi, sono stati fissati termini di cinque mesi o oltre³⁴. Poiché la determinazione dell'ampiezza di

²⁹ C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; Trib. CE, 8 luglio 2004, T-44/0, *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione* e C. giust. UE, 10 luglio 2008, C-413/06P, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione*. Ad esempio, non costituisce una violazione dei diritti di difesa delle parti il fatto che la Commissione modifichi la propria posizione rispetto al ruolo dell'impresa nell'ambito di un cartello, anche qualora una tale diversa valutazione implichi un incremento dell'ammenda (Trib. UE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon c. Commissione*).

³⁰ C. giust. UE, 10 luglio 2008, C-413/06P, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) c. Commissione*.

³¹ Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE (2011/C 308/06).

³² C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*; Trib. UE, 29 giugno 1995, T-30/91, *Solvay c. Commissione*.

³³ Trib. UE, 14 maggio 1998, T-334/94, *Sarrió c. Commissione*.

³⁴ Cfr. C. giust. UE, 21 febbraio 1973, C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione*; C. giust. CE, 11 novembre 1981, C-60/81, *IBM c. Commissione*. Più di recente, v. Trib. UE, 9 febbraio 2022, T-195/19 *GEA c. Commissione* e Trib. UE, 28 giugno 2015, T-485/11 *Akzo Nobel e Akros Chemicals c. Commissione*, in cui il Tribunale ha stabilito che i termini, rispettivamente, di tre e quattro giorni per la presentazione delle osservazioni delle parti non sono affatto rispettosi del diritto di difesa.

questo termine è in larga misura rimessa alla discrezionalità della Commissione, il giudice dell'Unione potrà censurarla soltanto nei casi di manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà³⁵.

La presentazione di osservazioni alla Comunicazione degli addebiti costituisce una facoltà – e non un obbligo – per le parti. Ne consegue che, in sede di impugnazione della decisione finale innanzi al Tribunale, le parti possono sollevare anche quelle obiezioni che avrebbero potuto includere nelle repliche alla Comunicazione degli addebiti³⁶. Le osservazioni sono presentate in forma scritta e possono contenere tutti gli argomenti noti alla parte ed idonei a confutare le allegazioni della Commissione nonché delle proposte alla Commissione di sentire persone in grado di confermare le circostanze invocate dalla parte nelle proprie osservazioni. Infine, la parte può allegare alle proprie osservazioni tutti i documenti che ritenga rilevanti ai fini probatori.

IV. La procedura di Transazione nei casi di cartelli

Nel giugno 2008 la Commissione ha adottato il Reg. 622/2008/CE riguardante

le transazioni nei procedimenti relativi ai cartelli (c.d. “*settlement*”), introducendo l'art. 10-*bis* nel Reg. 773/2004, unitamente a una comunicazione interpretativa (Com. 2.7.2008, n. 2008/C167/01).

La transazione (o *settlement*) è un istituto che consente alle imprese indagate dalla Commissione nel quadro di un'istruttoria per presunto cartello di “contrattare” una riduzione della sanzione pari al 10% in cambio dell'ammissione di responsabilità e della rinuncia ad alcuni diritti di difesa previsti nel procedimento (repliche scritte alla comunicazione degli addebiti, diritto d'accesso al fascicolo e all'audizione formale). La procedura di transazione viene in rilievo successivamente alla fase istruttoria vera e propria (quando cioè le prove della sussistenza dell'illecito sono già state raccolte), ed è sostanzialmente una “scorciatoia” procedurale finalizzata ad abbreviare i tempi del procedimento, incentivando le parti affinché esse rinuncino consapevolmente all'esercizio dei diritti di difesa e ammettano la propria responsabilità, in cambio di una riduzione della sanzione pecuniaria applicabile. La procedura di transazione è facoltativa sia per le parti che per la Commissione. Quest'ultima in particolare gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se verificare l'interesse delle parti a partecipare a discussioni in vista di una transazione, tenendo conto di vari fattori quali il numero delle parti in causa, le prevedibili contrastanti posizioni in merito alle responsabilità, il livello di contestazione dei fatti e la necessità di giungere entro un termine ragionevole ad un consenso con le parti indagate circa l'oggetto e la portata delle infrazioni da contestare.

La procedura di transazione si instaura su impulso formale della Commissione, la quale, qualora ritenga che l'insieme dei riscontri probatori raccolti nell'indagine sia tale da consentirle di provare la sussistenza del cartello, e dopo aver valutato

³⁵ Ad esempio, nel caso *Volkswagen c. Commissione* il Tribunale ha ritenuto ragionevole un termine di due mesi nell'ambito di un procedimento in cui la Commissione aveva impiegato un anno per l'analisi dei documenti istruttori: cfr. Trib. UE, 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*. Per un caso peculiare, in cui il Tribunale ha stabilito come non fosse necessario inviare una seconda comunicazione degli addebiti, ma che il termine di 3-4 giorni per rispondere ad un'informativa supplementare alla prima comunicazione degli addebiti violasse i diritti di difesa delle parti: cfr. Trib. UE, 15 luglio 2015, T-485/11, *Akzo Nobel NV c. Commissione*.

³⁶ Trib. CE, 12 dicembre 1991, T-30/89, *Hilti c. Commissione* confermato in appello da C. giust. UE, 2 marzo 1994, C-53/92, *Hilti c. Commissione*. Più di recente, si veda C. giust. UE, 1° luglio 2010, C-407/08P, *Knauf Gips KG c. Commissione*.

che il ricorso alla transazione sia appropriato nel caso in questione, prende contatto con le parti per sondare l'interesse di queste al raggiungimento di un accordo transattivo. L'iniziativa formale della Commissione può anche scaturire da una segnalazione informale di una delle parti indagate, che manifesta il proprio interesse a raggiungere un accordo transattivo.

Alle parti viene poi concesso un termine non inferiore a due settimane nel quale esse devono dichiarare per iscritto il proprio interesse a ricorrere alla procedura di transazione. Con tale dichiarazione scritta, tuttavia, le parti non riconoscono di aver commesso un illecito *antitrust* né si assumono la relativa responsabilità, ma esprimono esclusivamente la propria disponibilità a trattare con la Commissione. Nel caso in cui alcune delle parti indagate desiderino transigere, mentre altre si rifiutino, la Commissione può valutare l'opportunità di abbandonare immediatamente la procedura di transazione, a fronte dell'impossibilità di realizzare quelle economie procedurali e amministrative cui è sotteso l'istituto del *settlement*. Alternativamente, la Commissione può procedere con la procedura di *settlement* con le parti che lo desiderano, e riprendere l'indagine nei confronti delle parti che hanno rifiutato di partecipare alla transazione (i cosiddetti casi "ibridi")³⁷. In tali casi, la recente giurisprudenza ha chiarito che il procedimento amministrativo nei confronti delle parti che non hanno partecipato alla procedura transattiva deve rispettare

il principio di presunzione di innocenza e i diritti di difesa, nonché il principio di non discriminazione³⁸. Dal punto di vista pratico, la Commissione dovrà, nella decisione di *settlement* che precede quella di accertamento dell'infrazione per le parti che non hanno transatto, "*utilizzare tutte le precauzioni redazionali necessarie per non pregiudicare tutte le garanzie procedurali cui deve avere diritto l'impresa che si è ritirata*"³⁹.

Laddove le parti aderiscano alla proposta della Commissione nei termini sopra descritti, quest'ultima può decidere di aprire formalmente la procedura di transazione avviando delle consultazioni bilaterali con le parti tese a: *i*) informare le parti dei riscontri probatori raccolti nell'istruttoria e degli addebiti che la Commissione intende formulare a loro carico; *ii*) consentire alle parti di esporre i propri argomenti in merito ai capi di imputazione; *iii*) discutere l'ammontare massimo dell'ammenda irrogabile sulla base degli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio.

Se la fase consultiva/negoziale dà un esito positivo, la Commissione fissa un

³⁸ Cfr. Trib. UE, 20 maggio 2015, T-456/10, *Timab c. Commissione* confermato da C. giust. UE, 12 gennaio 2017 C-411/15 P, *Timab c. Commissione* che per la prima volta ha riconosciuto la validità del *settlement* ibrido. Si veda anche Trib. UE, 10 novembre 2017, T-180/15, *ICAP c. Commissione*, confermata da C. giust. UE, 10 luglio 2019, C-39/18 P *Commissione c. Icap* in cui il Tribunale ha affermato che la Commissione aveva violato la presunzione di innocenza di Icap facendo riferimento, nella decisione di *settlement* adottata prima della fine del procedimento contro Icap, a comportamenti specifici di quest'ultima. Più di recente, v. C. giust. UE, 12 gennaio 2023, C-883/19 P *HSBC Holdings e Altri c. Commissione*, in cui la Corte ha ribadito, in linea con la giurisprudenza Icap, le salvaguardie procedurali che la Commissione deve rispettare al fine di garantire la presunzione di innocenza delle parti che non hanno aderito al *settlement* ibrido (tra cui figurano i diritti di buona amministrazione, difesa e di essere ascoltati).

³⁹ Trib. UE, 10 novembre 2017 T-180/15, *Icap e a. c. Commissione*; C. giust. UE, 10 luglio 2019, C-39/18, *Commissione c. Icap e a.*

³⁷ In ipotesi di *settlement* "ibridi", la Commissione può pertanto proseguire l'istruttoria e accertare la partecipazione al cartello delle parti che non hanno aderito alla procedura di transazione (c.d. *opt-out*), imponendo sanzioni (anche di elevata entità) nei confronti di quest'ultime. Cfr. Ethanol benchmarks (Caso COMP/AT.40054), 7 dicembre 2023. V. anche C. giust. UE, 18 marzo 2021, C-440/19 P *Pometon c. Commissione*; C. giust. UE, 1 febbraio 2024, C-251/22 P *Scania e Altri c. Commissione*.

termine di almeno quindici giorni entro il quale le imprese possono presentare una proposta irrevocabile di transazione in forma scritta; si tratta di un atto particolarmente importante perché permette alle parti di rappresentare alla Commissione i termini della transazione sulla base delle proprie aspettative. Nella proposta le parti devono: *i*) riconoscere l'infrazione addebitata loro dalla Commissione; *ii*) indicare l'importo massimo della sanzione che sono disposte ad accettare; *iii*) confermare di essere state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti; *iv*) rinunciare all'accesso al fascicolo e all'audizione orale; *v*) acconsentire alla ricezione della comunicazione degli addebiti e della decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione, che potrebbe essere diversa dalla lingua procedimentale scelta dalla parte.

Spetta poi alla Commissione adottare una comunicazione degli addebiti che rispecchi o meno la proposta di transazione. Per garantire l'esercizio effettivo dei diritti di difesa, in questa fase la Commissione può sentire le eventuali argomentazioni delle parti, in fatto ed in diritto, sugli addebiti mossi nei loro confronti, in modo da poter modificare, all'occorrenza, la propria analisi preliminare.

Se la comunicazione degli addebiti riflette fedelmente la proposta di transazione, le parti rispondono entro un termine fissato dalla Commissione (di almeno due settimane) semplicemente confermando, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti corrisponde al contenuto delle loro proposte di transazione e che quindi esse mantengono l'impegno di seguire la procedura di transazione. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prende atto che la parte non intende tener fede al proprio impegno a transigere e può eventualmente decidere di abbandonare la procedura di transazione.

La Commissione può comunque adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti. In tal caso, le ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove contro alcuna parte del procedimento. Nel contempo le parti non sono più vincolate dalla loro proposta di transazione e riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato, da esercitarsi entro un nuovo termine.

Una volta che le parti hanno confermato l'impegno a giungere a una transazione alla luce delle imputazioni contenute nella comunicazione degli addebiti, la Commissione può emanare una decisione che rispecchi il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti.

In caso di esito positivo della procedura, l'importo finale dell'ammenda inflitta viene ridotto per tutte le parti che hanno aderito al *settlement* nella misura fissa del 10% (fatto salvo, come detto, l'eventuale cumulo con la riduzione della sanzione in virtù dell'applicazione del trattamento di clemenza), giacché la riduzione d'ammenda che la Commissione concede in virtù della transazione non è modulabile⁴⁰.

Negli ultimi anni, la Commissione ha garantito riduzioni sostanziali nelle sanzioni di accordi verticali sulla base del paragrafo 37 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende, in deroga alla metodologia

⁴⁰ Il Tribunale ha ribadito a più riprese che la Commissione è obbligata a motivare la decisione che irroga sanzioni al termine di una procedura di transazione, nell'ambito della quale l'impresa interessata può unicamente accettare l'importo massimo dell'ammenda proposta, a fortiori quando deroga alla metodologia standard di calcolo delle sanzioni in virtù del paragrafo 37 degli Orientamenti (C. giust. UE, 8 dicembre 2011, C-386/10P, *Chalkor c. Commissione*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-70/12P, *Quinn Barlo e. a. c. Commissione*; C. giust. UE, 11 luglio 2013, C-439/11P, *Ziegler c. Commissione*; Trib. UE, 13 dicembre 2016, T-95/15, *Printeos c. Commissione*).

ordinaria di calcolo ivi fissata, premiando la cooperazione delle Parti nella fase precedente alla comunicazione degli addebiti⁴¹.

V. I diritti di difesa delle parti

V.1. Il diritto ad essere sentiti

Il diritto ad essere sentiti costituisce un diritto strumentale al pieno esercizio del diritto di difesa. Secondo la giurisprudenza, in virtù di tale diritto alla parte deve essere concessa, durante il procedimento amministrativo, l'opportunità di esprimere la propria opinione sulla veridicità e rilevanza dei fatti e delle circostanze ipotizzate dalla Commissione e sui documenti usati dalla medesima a sostegno delle proprie imputazioni⁴².

Il diritto ad essere sentiti è sancito dall'art. 27, § 1, Reg. 1/2003, il quale stabilisce che le parti hanno diritto di essere sentite dalla Commissione prima dell'adozione di decisioni che ordinano di porre fine all'infrazione, che impongono misure provvisorie o che applicano sanzioni e penalità di mora. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 11, Reg. 773/2004, la tutela del diritto delle parti ad essere sentite si sostanzia nell'obbligo per la Commissione di esaminare, nella decisione finale, esclusivamente gli addebiti in relazione ai quali le parti hanno avuto modo di esprimersi, ovvero quelli contenuti nella Comunicazione degli addebiti o in eventuali successive comunicazioni supplementari inviate alle parti del procedimento.

Dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del Reg. 773/04 si evincono le modalità

di attuazione del diritto ad essere sentiti nei procedimenti *antitrust*. In primo luogo, la Commissione deve notificare per iscritto alle parti gli addebiti nei loro confronti. Una volta messe al corrente degli addebiti, le parti devono essere sentite dalla Commissione prima che questa consulti il Comitato Consultivo di cui all'art. 14 del Reg. 773/2004/CE e prima che questa adotti qualsiasi decisione. Le imprese, oltre al diritto di accedere al fascicolo istruttorio di cui si dirà *infra*, hanno la facoltà di replicare per iscritto, entro il termine stabilito dalla Commissione, indicando le questioni ritenute rilevanti e depositando prove documentali; inoltre, hanno facoltà di richiedere un'audizione.

Per quanto riguarda il diritto delle parti all'audizione, ogni impresa a cui la Commissione abbia inviato una Comunicazione degli addebiti ha diritto a sviluppare i propri argomenti nel corso di un'audizione, qualora lo richieda. A tale audizione partecipano anche i denunciati e altre parti interessate, che possono anche essere ammessi ad esporre la propria posizione durante l'audizione (Art. 12, Reg. 773/2004).

Le audizioni sono condotte da un consigliere-auditore indipendente e incaricato di assicurare il corretto svolgimento delle audizioni. A seguito dell'ampliamento del mandato del consigliere-auditore, la funzione di questa figura si estende oggi all'intero procedimento amministrativo. Art. 14, Reg. 773/2004.

I consiglieri-auditori, a garanzia della loro indipendenza, rispondono del loro operato direttamente al Commissario per la concorrenza e possono essere selezionati anche tra candidati esterni alla Commissione. Essi, quindi, da un lato svolgono un ruolo di collegamento e direzione tra le parti e la Commissione; dall'altro lato, hanno una funzione di garanzia dei diritti di difesa delle parti, dovendo vigilare sul corretto svolgimento del contraddittorio (accesso

⁴¹ Ara (Caso COMP/AT.39759), 23 novembre 2016; Asus (Caso COMP/AT.40465), Denon & Marantz (Caso COMP/AT.40469), Philips (Caso COMP/AT.40181), and Pioneer (Caso COMP/AT.40182), 24 luglio 2018 e Guess (Caso COMP/AT.40428), 17 dicembre 2018.

⁴² C. giust. UE, 7 giugno 1983, cause riunite 100 a 103/80, *Musique Diffusion française c. Commission*.

e audizioni) e sull'obiettività dell'eventuale successiva decisione. In particolare, il consigliere-auditore vigila affinché tutti i pertinenti elementi di fatto, in particolare gli elementi oggettivi relativi alla gravità dell'illecito – siano essi favorevoli o sfavorevoli agli interessati – siano presi in considerazione nell'elaborazione dei progetti di decisione della Commissione. A tal fine, il consigliere-auditore viene costantemente informato sullo stato della procedura fino alla comunicazione al Commissario per la Concorrenza della bozza di decisione, in relazione alla quale ha facoltà di presentare le sue osservazioni. Il consigliere-auditore si occupa anche degli aspetti di carattere organizzativo del contraddittorio, stabilendo la data, il luogo e la durata dell'audizione. Inoltre, egli decide circa l'ammissione di nuovi documenti nel corso dell'audizione, nonché in merito a quali persone devono essere sentite per conto dei soggetti interessati e se tali persone debbano essere sentite separatamente o in presenza di altri partecipanti all'audizione. Inoltre, con la finalità di ampliare il diritto al contraddittorio, e previa approvazione del direttore competente, può consentire a persone, imprese e associazioni di persone o di imprese di presentare osservazioni scritte anche successivamente all'audizione orale.

Alle audizioni, che sono condotte in privato, la Commissione può invitare le Autorità nazionali di concorrenza o i rappresentanti di altre autorità degli Stati membri. Le parti e i denunciati possono essere sentiti separatamente o in presenza di altri soggetti convocati. Pur in assenza di un obbligo in tal senso, nella prassi la Commissione tende ad effettuare in un'unica sessione le audizioni di tutte le imprese parti del procedimento e dei soggetti terzi interessati, compresi i denunciati, provvedendo a far sgomberare l'aula quando la discussione verta su informazioni riservate. Le persone invitate a partecipare possono comparire di persona o tramite propri rappresentanti

legali o statutari. Le imprese possono essere assistite da consulenti legali o da altre persone qualificate ammesse dal consigliere-auditore. Di norma il primo ad essere sentito è il funzionario della Commissione responsabile del caso (il *rapporteur*), cui seguono le parti. Se il consigliere-auditore vi acconsente, le parti interessate, i denunciati, i terzi invitati all'audizione, i servizi della Commissione e le Autorità degli Stati membri possono rivolgere domande nel corso dell'audizione, anche ulteriori rispetto alle questioni trattate dalle parti nelle loro presentazioni.

La giurisprudenza comunitaria ha affermato che la Commissione non è tenuta a concedere alle parti interessate il diritto ad ottenere la comparizione ed interrogare i testimoni a carico, sul rilievo che il procedimento *antitrust* rimane pur sempre un procedimento amministrativo⁴³. La Corte ha altresì affermato che non è configurabile un diritto assoluto della parte ad interrogare testimoni a carico o a scarico, poiché anche il diritto all'equo processo non si risolve nell'obbligo di convocazione di ogni testimone, quanto piuttosto in una sostanziale "parità delle armi", tale che nel corso del procedimento contenzioso all'accusato è data occasione di contestare i sospetti che gravano su di lui⁴⁴.

Al termine dell'audizione, il consigliere-auditore presenta al Commissario alla Concorrenza un rapporto contenente le proprie osservazioni in merito alle questioni procedurali e, più in generale, all'opportunità di acquisire maggiori informazioni o di ritirare alcuni addebiti. Una volta conclusa la fase orale, il consigliere-auditore elabora un rapporto finale sul rispetto del diritto al

⁴³ C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*.

⁴⁴ C. giust. UE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P e C-213/02P, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*.

contraddittorio nel procedimento in oggetto, che è trasmesso al Commissario per la Concorrenza, al Direttore Generale per la Concorrenza, al Direttore della Direzione responsabile del caso, alle autorità nazionali di concorrenza e all'autorità di Sorveglianza EFTA; il rapporto è inoltre allegato alla bozza di rapporto presentato al Collegio dei Commissari. In funzione di massima garanzia della trasparenza amministrativa, una copia del rapporto è fornita alle parti insieme alla decisione finale ed è pubblicata, unitamente a quest'ultima, sulla *Gazzetta Ufficiale*.

V.2. L'accesso al fascicolo di indagine

L'accesso al fascicolo della Commissione costituisce una delle garanzie procedurali volte a garantire il rispetto del principio di parità delle armi e del diritto di difesa nell'ambito del procedimento *antitrust*⁴⁵.

Il diritto di accesso al fascicolo è regolato dall'art. 27, § 2, Reg. 1/2003, nonché dalla Comunicazione della Commissione sull'accesso al fascicolo, che disciplina il subprocedimento di accesso e stabilisce, inoltre, quali sono i titolari del diritto in oggetto, quali documenti devono essere resi disponibili, come devono essere trattate le informazioni confidenziali, *etc.* (Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio, Com. 22.12.2005, n. 2006/C-325/07).

Il diritto di accesso è accordato, su richiesta, ai destinatari della Comunicazione degli addebiti; la Commissione deve garantire l'esercizio del diritto di accesso prima

di adottare una decisione che accerta una violazione, impone misure provvisorie o impone sanzioni. L'accesso è garantito in un'unica occasione e si estende a tutti i documenti contenuti nel fascicolo, mentre non si estende alle osservazioni delle altre parti del procedimento, salvo che le stesse contengano prove a carico o a discarico.

L'accesso al fascicolo non costituisce un diritto fine a sé stesso, ma è funzionale all'esercizio dei diritti di difesa, con la conseguenza che l'eventuale violazione del diritto d'accesso può determinare l'illegittimità della decisione della Commissione solo laddove abbia compromesso in maniera decisiva l'esercizio del diritto di difesa della parte⁴⁶. In tale ottica, il rifiuto del diritto di accesso è rilevante ai fini della validità di una decisione se riguarda documenti la cui conoscenza avrebbe permesso all'impresa indagata di imprimere un corso diverso all'istruttoria della Commissione.

Si noti inoltre che il diritto di accesso è garantito solo nella fase che precede l'adozione della decisione della Commissione. Un diniego di accesso al fascicolo non può, infatti, inficiare la validità della decisione

⁴⁶ La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che in base al principio della «parità delle armi», l'impresa interessata deve avere una conoscenza del fascicolo comparabile a quella della Commissione, con la conseguenza che l'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico delle imprese, non comunicati alle stesse, potrebbe comportare solamente l'inidoneità di tali documenti come mezzi di prova e, lungi dall'avere per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora l'addebito possa essere provato unicamente per mezzo di tali documenti. Se invece, il documento non rivelato sia fra quelli che scagionano l'impresa, la Corte ritiene che questa possa ottenere l'annullamento della decisione semplicemente dimostrando che la mancata conoscibilità di tale documento abbia compromesso la propria difesa nel corso del procedimento. v. C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; C. giust. UE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *Bpb Industries Plc E British Gypsum Ltd c. Commissione*; Trib. UE, 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

⁴⁵ C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P e C-219/00P, *Aalborg Portland and others c. Commissione*; C. giust. UE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *Bpb Industries Plc E British Gypsum Ltd c. Commissione*; Trib. UE, 18 dicembre 1992 cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*.

qualora avvenga in un momento successivo all'adozione di tale atto⁴⁷.

Le procedure per l'accesso al fascicolo sono contenute nella citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07). L'accesso al fascicolo istruttorio può avvenire secondo tre modalità. La Commissione può: *i*) fornire alla parte un CD-ROM contenente copia dei documenti appartenenti al fascicolo; *ii*) inviare per posta copie dei documenti cartacei accessibili; *iii*) invitare le parti ad esaminare il fascicolo istruttorio accessibile presso i propri uffici.

Negli ultimi anni, la Commissione ha spesso fatto ricorso, con finalità deflative, agli strumenti della *data room* e del *confidentiality ring*, al fine di garantire l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio (in ossequio ai diritti di difesa delle parti) salvaguardando nel contempo gli interessi di riservatezza delle imprese o delle persone da cui la Commissione ha ottenuto informazioni nel corso dell'indagine⁴⁸.

Tramite la *data room*⁴⁹, la Commissione mette a disposizione delle parti destinatarie

della comunicazione degli addebiti i dati economici quantitativi, e talvolta anche qualitativi, raccolti nel fascicolo d'indagine, in versione integrale, salvo però restringere l'accesso ai soli consulenti delle parti, e porre dei limiti all'utilizzo dei dati. L'accesso è difatti consentito ai consulenti previa sottoscrizione di un impegno individuale di riservatezza, che preveda: (i) un obbligo di riservatezza, con divieto assoluto di divulgazione, copia o trasmissione delle informazioni acquisite; (ii) la limitazione delle comunicazioni ai propri assistiti, con l'eccezione dell'elaborazione e la trasmissione di analisi in forma aggregata e anonima, prive di elementi identificabili; (iii) il divieto di utilizzo dei dati per finalità estranee al procedimento.

Il *confidentiality ring*, invece, si configura come una procedura alternativa di accesso negoziato alle informazioni riservate del fascicolo d'indagine, che viene, in particolare, utilizzato nelle istruttorie caratterizzate da fascicoli voluminosi. Nell'ambito di tale procedura, la parte indagata si accorda bilateralmente con le parti che hanno fornito alla Commissione le informazioni riservate, al fine di ottenere l'accesso integrale a tali informazioni – tramite comunque la mediazione della Commissione che gestisce il fascicolo-. Anche in tali circostanze, l'accesso avviene in principio tramite i consulenti giuridici delle parti, con l'obbligo per questi di non divulgare le informazioni ai propri clienti, fatta salva comunque la possibilità per i consulenti di utilizzare le informazioni riservate nelle proprie difese tramite accorgimenti tesi a proteggere il carattere riservato dei documenti/informazioni (per es. allegati riservati visibili solo alla Commissione o ai giudici, anonimizzazione o aggregazione dei dati, ecc.)⁵⁰.

pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE (2011/C 308/06), punto 97).

⁵⁰ Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE (2011/C 308/06), punto 96.

⁴⁷ Trib. UE, 21 ottobre 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn c. Commissione*.

⁴⁸ Cfr. *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation* (2015) e, da ultimo, linee guida della Commissione denominate "*The use of confidentiality rings in anti-trust access to file proceedings*".

⁴⁹ Nell'ambito di questa procedura, una parte del fascicolo, ivi comprese le informazioni riservate, viene collocata in una stanza di un edificio della Commissione (la c.d. *data room*). La *data room* è normalmente dotata di diverse postazioni di lavoro con computer, equipaggiati del *software* necessario. Non vi è connessione di rete e non è consentita la comunicazione con l'esterno. I consulenti possono trattenersi nella *data room* durante il normale orario di lavoro e, ove ciò sia giustificato, può essere concesso l'accesso per più giorni. Ai consulenti è vietato fare copie, prendere note o redigere sintesi dei documenti. Essi possono portare con sé dalla *data room* solo una relazione finale approvata dai funzionari della Commissione responsabili dell'indagine (cfr. Comunicazione della Commissione sulle migliori

I documenti a cui può essere negato l'accesso sono quelli contenenti segreti aziendali, informazioni riservate e fatti salvi i documenti interni della Commissione o di altre Autorità *antitrust* degli Stati membri.

Costituiscono segreti aziendali le informazioni tecniche e finanziarie relative al *know how* di un'impresa, i metodi per valutare i costi, i segreti di produzione o i processi produttivi, le fonti di approvvigionamento, le quantità prodotte e vendute, le quote di mercato, le liste dei clienti e dei distributori, i piani di mercato, la struttura dei costi e dei prezzi e la strategia di vendita. I documenti che contengono segreti commerciali sono di regola sottratti all'accesso, tranne nei casi in cui essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, nel qual caso l'accesso è consentito limitatamente a tali elementi; in questi casi, la Commissione è comunque tenuta ad adottare tutti gli accorgimenti necessari per evitare la divulgazione di informazioni "sensibili" per le imprese mediante l'omissione dei brani delicati nelle copie dei documenti resi accessibili o mediante la preparazione di versioni non riservate⁵¹. La necessità di tutelare i soggetti che forniscono informazioni alla Commissione dalle eventuali ritorsioni dell'impresa incriminata è stata espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza in noti casi di presunto abuso di posizione dominante e, più di recente, anche in casi di cartelli⁵².

⁵¹ C. giust. UE, 24 giugno 1986, C-53/85, *AKZO*.

⁵² C. giust. CE, 6 aprile 1995, C-310/93P, *BPB Industries e British Gypsum c. Commissione*. Più di recente, il Tribunale ha ritenuto legittimo da parte della Commissione il diniego d'accesso a versioni confidenziali delle risposte alle richieste di informazioni fornite da concorrenti, partner commerciali, clienti o fornitori laddove l'impresa sanzionata sia nella posizione di esercitare pressioni commerciali nei confronti dei soggetti che hanno risposto ai questionari della Commissione (Trib. UE, 16 giugno 2015, T-655/11, *FSL c. Commissione*).

Per quanto riguarda i documenti interni della Commissione, essi consistono nella corrispondenza fra la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza e fra Autorità nazionali, nonché nelle bozze, opinioni, memoranda o note provenienti dagli uffici della Commissione o di altre autorità pubbliche per uso interno o destinate al comitato consultivo. In proposito, la giurisprudenza ha specificato che l'accesso ai documenti che fanno parte di discussioni e consultazioni preliminari in seno ad un'istituzione può essere negato anche una volta adottata la decisione. Inoltre, la circostanza che un'impresa non disponga del diritto di accesso ai sensi del regime applicabile in materia di procedimenti di concorrenza non pregiudica la possibilità che questo soggetto, come qualsiasi altra persona, disponga eventualmente di un diritto di accesso a siffatti documenti in forza dei principi sanciti dal Reg. CE 30.05.2001 n. 1049/2001 sull'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni dell'Unione⁵³.

In genere, l'istanza di riservatezza può essere presentata esclusivamente dalla persona o impresa che abbia fornito le informazioni alla Commissione e non da un diverso soggetto. Allorché un soggetto presenti informazioni o osservazioni alla Commissione nel corso di un procedimento

⁵³ Trib. UE, 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel Group plc c. Commissione*. Ciò premesso, il giudice ricorda che l'interesse di un soggetto ad accedere ad un documento in nome di un generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa ha un diverso (minore) peso specifico rispetto a quando l'accesso è strumentale all'esercizio dei diritti di difesa come accade nell'ambito di un procedimento amministrativo repressivo in materia di concorrenza. Più recentemente, il Tribunale ha stabilito che un diniego di accesso per motivi relativi alla tutela del processo decisionale interno della Commissione rispetto a pressioni derivanti dall'esterno è da considerarsi non sufficientemente giustificato (Trib. UE, 9 settembre 2014, T-516/11, *Mastercard c. Commissione*).

antitrust, questi ha l'onere di individuare le informazioni ritenute riservate, motivando la propria richiesta di riservatezza. La parte richiedente deve inoltre fornire una versione non riservata del documento entro il termine stabilito discrezionalmente dalla Commissione alla luce delle esigenze specifiche di celerità del procedimento. In genere può escludersi che la Commissione accetti richieste di riservatezza relativamente ad informazioni risalenti nel tempo, come ad esempio informazioni relative al fatturato, alle vendite e alle quote di mercato risalenti a più di cinque anni prima.

L'istanza di riservatezza è normalmente accolta qualora i soggetti che hanno fornito informazioni alla Commissione possano essere esposti a forme di ritorsione da parte delle imprese indagate (questo il caso, ad esempio, delle parti denunciati abusi di posizione dominante). In tal caso l'anonimato delle imprese che hanno fornito informazioni è garantito rendendo accessibile solo una versione confidenziale o un riassunto delle informazioni fornite.

Se la Commissione intende rigettare la richiesta di riservatezza, o revocare l'accettazione provvisoria, essa è tenuta ad informare le imprese interessate per iscritto, e a concedere loro un termine entro il quale presentare le loro osservazioni o, in caso di disaccordo, rivolgersi al consigliere-auditore.

I documenti sottratti all'accesso possono essere resi accessibili dalla Commissione se sono necessari a provare un'infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE. La citata Comunicazione sull'accesso al fascicolo chiarisce che il carattere riservato di un documento non può costituire un impedimento assoluto all'utilizzabilità di documenti incriminanti o idonei a provare la non colpevolezza dell'impresa. Nel valutare l'opportunità o meno di rivelare tali documenti la Commissione si impegna a tener conto di fattori quali la rilevanza e il carattere indispensabile delle informazio-

ni, il grado di sensibilità delle stesse e la serietà dell'infrazione (Com. 22.12.2005, n. 2006/C325/07, § 24).

MARIO TODINO – NICCOLÒ COLOMBO –
MARTINA CARPENZANO

Bibliografia

Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Londra, 2019; G. Hirsch – F. Montag – F.J. Säcker, *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019; L. Ortiz Blanco, *EC Competition Procedure*, Oxford, 2022; M. Todino, Regolamento CE 7 aprile 2004 n. 773/2004, in A. Catricalà – P. Troiano (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; I. Van Bael – J.F. Bellis, *Competition Law of the European Union*, Wolters Kluwer, 2021; I. Vandenborre – T. Goetz, «EU Competition Law Procedure», in *Journal of European Competition Law and Practice*, n. 3, 2012, p. 578; D. Waelbroeck, «Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées: Que va-t-il rester aux juges?», in *Global Competition Working Paper*, 2008, p. 7; W. Wils, «The Use of Settlements in Public antitrust Enforcement: Objectives and Principles», in *World Competition*, 2008, p. 336; W. Wils, «EU Anti-trust Enforcement Powers and Procedural Rights and guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention On Human Rights», in *World Competition*, 2011, p. 189; R. Wish – D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2024; B. Sufryn, N. Dunne, A. Jones, *Jones & Sufryns EU Competition Law*, Oxford, 2023.

LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE DECISIONI DI ACCERTAMENTO, E LA RELATIVA POLITICA SANZIONATORIA

Sommario: **I.** Le decisioni della Commissione europea in seguito all'avvio del Procedimento *antitrust*. – **II.** Le decisioni di constatazione ed eliminazione di un'infrazione. – **III.** Altre decisioni. – III.1. Decisioni di accettazione degli impegni. – III.2. Decisioni che impongono misure cautelari. – III.3. Decisioni di constatazione di inapplicabilità. – **IV.** La politica sanzionatoria della Commissione. – IV.1. Osservazioni generali: La natura delle sanzioni. – IV.2. Intenzionalità e negligenza: l'elemento soggettivo dell'illecito. – IV.3. Sanzioni per violazione di norme procedurali. – IV.4. Sanzioni per violazione di norme sostanziali: presupposti, valore massimo. – IV.5. (Segue) Sanzioni per violazione di norme sostanziali: criteri di quantificazione IV.6. La penalità di mora. – IV.7. Prescrizione.

I. Le decisioni della Commissione europea in seguito all'avvio del Procedimento *antitrust*

In seguito all'avvio di un procedimento istruttorio *antitrust*, la Commissione può adottare uno dei provvedimenti previsti dagli artt. 7-10 Reg. n. 1/03. Il principale di questi è la decisione di constatazione ed eliminazione di un'infrazione (art. 7). La Commissione, inoltre, può: *i*) accettare gli impegni proposti dalle parti al fine di porre rimedio ad una potenziale infrazione (art. 9); *ii*) adottare provvedimenti cautelari (art. 8); nonché *iii*) constatare l'inapplicabilità delle norme *antitrust* a una determinata condotta (art. 10).

II. Le decisioni di constatazione ed eliminazione di un'infrazione

L'art. 7 Reg. 1/03 disciplina i poteri della Commissione nei casi in cui, in seguito a denuncia formale o d'ufficio, constati il compimento di un'infrazione ai sensi degli artt. 101 e/o 102 TFUE da parte di una o più imprese o di un'associazione di imprese. In tali casi, la Commissione può ordinare alle imprese interessate di porre fine all'infrazione constatata, esercitando un potere che corrisponde alla c.d. diffida o inibitoria ai sensi della normativa italiana *antitrust*.

La Commissione può inoltre ordinare rimedi di tipo comportamentale o strutturale, purché proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare l'infrazione. Tra le due tipologie di rimedi, la Commissione è tenuta a privilegiare l'adozione di rimedi di tipo comportamentale, in quanto i rimedi di tipo strutturale possono essere imposti soltanto nei casi in cui i primi non siano egualmente efficaci, o risultino più onerosi per l'impresa interessata.

Un rimedio di tipo comportamentale può consistere in un ordine di natura negativa (ossia l'astenersi da una certa condotta) o positiva (ossia il porre in essere una certa condotta). La giurisprudenza ha storicamente riconosciuto il potere della Commissione di ordinare determinate condotte, come ad esempio l'obbligo di fornire materie prime¹ o determinate informazioni, anche qualora protette dal

¹ C. giust. UE, 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, EU:C:1974:18.

diritto d'autore², o ancora di adeguare la politica aziendale in materia di sconti alla clientela³.

Quanto invece ai rimedi di tipo strutturale, questi consistono nella modifica della struttura dell'impresa o del suo assetto proprietario. In conformità al considerando 12 Reg. n. 1/03, tali rimedi sono proporzionati solo in presenza di un rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione, derivante dalla struttura stessa dell'impresa. A oggi, la Commissione ha imposto un rimedio strutturale sulla base dell'art. 7 in un solo caso⁴.

La Commissione può inoltre procedere alla constatazione di infrazioni già cessate (incluso nei casi in cui non intendeva imporre una sanzione, o il termine di prescrizione per farlo sia già decorso) in presenza di un interesse legittimo in tal senso, come ad esempio al fine di chiarire un particolare principio di diritto, o facilitare azioni c.d. *follow-on* per il risarcimento del danno. In questo senso, il Reg. n. 1/03 codifica quanto stabilito in precedenza

dalla giurisprudenza nel riconoscere tale potere⁵; specificando tuttavia che l'interesse legittimo deve essere dimostrato in concreto, mediante riferimento a circostanze proprie al caso di specie⁶.

Le decisioni di constatazione di infrazioni *antitrust* sono indirizzate in primo luogo alle imprese che hanno commesso direttamente l'infrazione. In aggiunta, le imprese controllanti possono altresì essere destinatarie di tali decisioni, a prescindere dal loro coinvolgimento nell'infrazione, posto che le stesse sono responsabili in via solidale della condotta delle imprese su cui esercitino un'influenza determinante, e con cui facciano pertanto parte di un'unica impresa dal punto di vista *antitrust*. A tal proposito, sussiste la presunzione relativa (ma difficilmente confutabile in pratica) di influenza determinante qualora una società detenga la totalità (o quasi) del capitale di un'altra impresa⁷.

Un'impresa terza che non opera direttamente nel mercato di riferimento dell'infrazione, come ad esempio una società di consulenza, può altresì essere ritenuta corresponsabile per un'infrazione qualora questa abbia contribuito attivamente e volontariamente alla realizzazione dell'infrazione⁸.

² C. giust. UE, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (Rte) e Independent Television Publications Ltd (Itp) c. Commissione* ("Magill"), EU:C:1995:98.

³ T. UE, 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak International c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-755.

⁴ Dec. Comm. UE, 20 settembre 2016, COMP/AT.39759, *ARA Foreclosure*, in cui la Commissione ha imposto un rimedio strutturale alla società Alstom Recycling Austria AG (ARA) in seguito ad un'indagine ai sensi dell'art. 102 TFUE. Il rimedio imposto dalla Commissione nel caso in parola è stato proposto dalla stessa ARA, la quale ha collaborato attivamente con la Commissione nel corso dell'indagine, e ha ottenuto, in ragione di tale cooperazione, una riduzione dell'ammenda pari al 30% sulla base dei principi contenuti negli Orientamenti per il calcolo delle ammende (cfr. più nel dettaglio infra § IV). Tale caso costituisce inoltre il primo esempio di 'cooperazione' in un procedimento *antitrust* non riguardante un caso di cartello, simile alla procedura di transazione. Per un esempio di cooperazione *antitrust* più recente, cfr. Dec. Comm. UE, 25 maggio 2024, COMP/AT.40632, *Mondelez Trade Restrictions*.

⁵ C. giust. UE, 28 marzo 1983, causa 7/82, *GVL c. Commissione*, EU:C:1983:52.

⁶ Cfr. T. UE, 6 ottobre 2005, cause riunite T-22/02 e 23/02, *Sumitomo Chemicals c. Commissione*, EU:T:2005:349. Per un esempio pratico, cfr. Dec. Comm. CE, 3 ottobre 2007, *Morgan Stanley/Visa International e Visa Europa*, in appello Trib. UE, 14 aprile 2011, causa T-461/07, *Visa Europe c. Commissione*, EU:T:2001:181.

⁷ C. giust. UE, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV c. Commissione*, EU:C:2009:536. Più di recente, C. giust. UE, 28 ottobre 2020, causa C-611/18 P *Pirelli & C. c. Commissione*, EU:C:2020:868.

⁸ C. giust. UE, 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P *AC-Treuhand AG c. Commissione*, EU:C:2015:717.

III. Altre decisioni

II.1. Decisioni di accettazione degli impegni

Ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/03, qualora la Commissione intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione agli artt. 101 e 102 TFUE, e le imprese interessate propongano impegni capaci di far venir meno le riserve espresse nella comunicazione degli addebiti, la Commissione può, mediante decisione, rendere obbligatori detti impegni. La decisione tipicamente stabilisce la durata degli impegni accettati,⁹ sulla base dei quali viene meno la necessità dell'intervento della Commissione. La decisione di accettazione degli impegni, tuttavia, non stabilisce se l'infrazione oggetto dell'indagine sia o meno stata commessa, e pertanto non pregiudica la facoltà delle autorità nazionali di procedere autonomamente a detto accertamento, né di adottare una decisione in senso difforme da quella della Commissione¹⁰.

Una volta che gli impegni sono stati resi obbligatori, il procedimento può essere riaperto, su domanda o d'ufficio, qualora i) intervengano modifiche della situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; ii) le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti; oppure iii) la decisione sia stata fondata su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti.

L'art. 9 codifica ciò che in passato costituiva una mera prassi informale della Commissione¹¹. Tale prassi, nel silenzio della legge, era ammessa in ragione del margine

di discrezionalità della Commissione nello stabilire le proprie priorità di indagine, e nel decidere di archiviare un caso qualora l'intervento non fosse più giustificato. L'art. 27 Reg. 1/03 ha imposto l'obbligo per la Commissione di pubblicare un'esposizione sommaria dei fatti, nonché il contenuto essenziale degli impegni qualora intenda adottare una decisione ai sensi dell'art. 9, al fine di permettere ai terzi interessati di presentare osservazioni entro un termine non inferiore a un mese¹². L'art. 30 Reg. 1/2003 ha inoltre introdotto l'obbligo di pubblicazione di tali decisioni.

La *ratio* delle decisioni con impegni consiste principalmente in ragioni di economia processuale¹³, sul modello dei c.d. *consent decrees* di diritto statunitense, nella misura in cui garantiscono una soluzione più rapida ed efficace delle indagini attraverso la partecipazione attiva delle imprese. Inoltre, nella misura in cui consentono di evitare l'accertamento pieno dell'infrazione, le decisioni con impegni presentano vantaggi significativi anche per le imprese, in particolare dal punto di vista delle conseguenze sul piano reputazionale, nonché in ambito civilistico¹⁴. Le decisioni con impegni sono anche tendenzialmente meno soggette ad impugnazioni: le parti, infatti, difficilmente possono proporre impugnazione contro una decisione fondata sul proprio consenso, se non sotto il

¹² Ad esempio, nel caso COMP/AT.38740 *Google Shopping*, la reazione negativa di terzi agli impegni proposti da Google ha indotto la Commissione a rigettare gli stessi e procedere con l'adozione di una decisione *ex art. 7*.

¹³ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd.*, EU:C:2010:377, punto 35.

¹⁴ I giudici nazionali sono tuttavia tenuti a considerare la valutazione preliminare della Commissione *ex art. 9* come serio indizio della natura anticoncorrenziale della condotta in questione (cfr. C. giust. UE, 23 Novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba*, EU:C:2017:891, punto 29).

⁹ Il Regolamento, tuttavia, non impone che la Commissione fissi una durata determinata. Cfr. T. UE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, EU:T:2007:220, punto 91.

¹⁰ Considerando 13 Reg. 1/2003.

¹¹ C. giust. UE, 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd e R.J. Reynolds Industries, Inc. c. Commissione*, EU:C:1987:490, punto 23.

profilo procedurale (per esempio, in caso di violazione del diritto di accesso al fascicolo). È inoltre nella pratica limitata la possibilità per imprese terze, che non siano parti interessate ai sensi dell'art. 27 Reg. 1/03, di impugnare una decisione con impegni, qualora ad esempio ritengano che gli stessi non siano idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali evidenziate¹⁵.

Nel corso degli anni, la Commissione ha adottato un numero significativo di decisioni con impegni. Tali decisioni hanno riguardato soprattutto indagini ai sensi dell'art. 102 TFUE, nel contesto delle quali la Commissione ha accettato rimedi anche di tipo strutturale¹⁶. I casi di abuso, in effetti, si prestano in modo particolare ad essere risolti tramite accettazione di impegni, nella misura in cui permettono alla Commissione di evitare complesse analisi giuridico-economiche della condotta delle imprese dominanti.

In ogni caso, la Commissione rimane pienamente libera di decidere se le circostanze siano tali da giustificare l'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 9, e non è obbligata a motivare il rigetto degli impegni proposti¹⁷.

In caso di mancato rispetto di una decisione ex art. 9, la Commissione ha il

potere di imporre ammende ai sensi dell'art. 23 Reg. 1/03¹⁸, nonché di irrogare penalità di mora ai sensi dell'art. 24 del medesimo Regolamento (cfr. più nel dettaglio *infra* § IV). Inoltre, la Commissione può decidere di far cessare impegni in anticipo rispetto al termine originario, in ragione ad esempio di un miglioramento delle condizioni strutturali del mercato interessato¹⁹. Laddove necessario, la Commissione può inoltre disporre la nomina di un soggetto fiduciario (*trustee*) incaricato di vigilare sull'ottemperanza alla decisione da parte delle imprese destinatarie²⁰.

III.2. Decisioni che impongono misure cautelari

L'art. 8 Reg. 1/03 prevede che la Commissione possa adottare d'ufficio misure cautelari mediante decisione, in casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irre-

¹⁸ Ad esempio, nel 2013 la Commissione ha imposto un'ammenda di € 561 milioni a Microsoft per mancato rispetto dell'impegno di offrire agli utenti la possibilità di scelta fra vari browser per la navigazione su Internet (*Microsoft – Tying*, 6 marzo 2013). Nel caso *CEES c. Commissione*, invece, il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione che ha respinto la denuncia contro il presunto mancato rispetto degli impegni da parte di Repsol (T. UE, 6 febbraio 2014, T-342/11, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) and Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio c. Commissione*, EU:T:2014:60).

¹⁹ Si veda, a tal proposito, la conclusione anticipata degli impegni concessa a Deutsche Bahn (comunicato stampa della Commissione 11P/16/1322 dell'8 aprile 2016) e a E.ON (comunicato stampa della Commissione IP/16/2646 del 26 luglio 2016).

²⁰ T. UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, EU:T:2007:289, in cui il Tribunale ha riconosciuto la possibilità per la Commissione di farsi assistere, nell'esecuzione delle misure correttive da un esperto esterno, ed eventualmente anche di istituire un sistema di controllo che preveda la designazione di un soggetto fiduciario indipendente, purché quest'ultimo non eserciti su delega poteri di indagine che solo la Commissione è legittimata ad esercitare.

¹⁵ Ad esempio, con sentenza del 15 settembre 2016 nel caso T-433/08, *Morningstar c. Commissione*, il Tribunale ha respinto il ricorso per l'annullamento della decisione della Commissione nel caso *Thomson Reuters*, presentato dalla ricorrente in ragione della presunta inidoneità degli impegni a risolvere le preoccupazioni concorrenziali denunciate dalla stessa.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Dec. Comm. UE, 18 marzo 2009, COMP/AT.39.402, *Preclusione del mercato del gas da parte di RWE*; Dec. Comm. UE, 4 maggio 2010, COMP/AT.39.317, *E.ON*; Dec. Comm. UE, 14 luglio 2010, caso COMP/AT.39.596, *British Airways, American Airlines e Iberia*; Dec. Comm. UE, 29 settembre 2010, caso COMP/AT.39.315, *Eni*; Dec. Comm. UE, 23 maggio 2013, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, caso COMP/AT.39.595; e Dec. Comm. UE, 12 maggio 2015, *Air France/KLM/Alitalia/Delta*, caso COMP/AT.39.964.

¹⁷ T. UE, *Alrosa*, cit., punto 130.

parabile per la concorrenza, ove constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione. Ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, tali decisioni sono applicabili per un determinato periodo di tempo, e possono essere rinnovate nella misura in cui sia necessario ed opportuno. Anche tale disposizione costituisce una novità del Reg. 1/03, che codifica quanto riconosciuto in precedenza dalla giurisprudenza nel caso *Camera Care*²¹. La Commissione ha adottato per la prima volta misure cautelari sulla base dell'articolo 8 Reg. 1/2003 nel caso *Broadcom* nel 2019²².

III.3. Decisioni di constatazione di inapplicabilità

Ai sensi dell'art. 10 Reg. 1/03, la Commissione può, mediante decisione, stabilire d'ufficio l'inapplicabilità degli artt. 101 e/o 102 TFUE ad un determinato accordo o pratica. Tale disposizione può essere applicata solo in casi eccezionali, dettati da superiori ragioni di interesse pubblico comunitario. A tal proposito, il considerando 14 del Reg. 1/03 menziona l'eventualità che un accordo o una pratica non siano stati in precedenza vagliati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, e che risulti pertanto opportuno chiarire l'applicabilità degli artt. 101 e/o 102 TFUE a tali condotte. Negli intenti del legislatore, l'art. 10 avrebbe dovuto contribuire a garantire la certezza giuridica nel contesto del sistema di eccezione legale introdotto dal Reg. 1/03. Ad oggi, tale disposizione non ha ancora fatto oggetto di applicazione²³.

²¹ C. giust. UE, 17 gennaio 1980, causa 792/79 R, *Camera Care Ltd. c.*, EU:C:1980:18.

²² Dec. Comm. UE, 16 ottobre 2019, COMP/AT.40608, *Broadcom*, in cui la Commissione ha ordinato l'immediata cessazione dell'applicazione di certe clausole contenute in accordi con sei dei principali clienti.

²³ Cfr. diversamente la comunicazione (e relativa prassi) della Commissione di fornire informalmente

IV. La politica sanzionatoria della Commissione

IV.1. Osservazioni generali: la natura delle sanzioni

L'art. 23 Reg. 1/03 conferisce alla Commissione il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei casi di violazione di norme *anti-trust* sostanziali e procedurali. Lo strumento sanzionatorio è volto ad assicurare un effetto dissuasivo che è al contempo sia specifico (nei confronti dei responsabili dell'illecito) sia generale (nei confronti di altre imprese che potrebbero porre in essere condotte contrarie agli artt. 101 e 102 FUE).

IV.2. Intenzionalità e negligenza: l'elemento soggettivo dell'illecito

Le sanzioni possono essere inflitte quando la violazione sia avvenuta "intenzionalmente o per negligenza"²⁴.

L'intenzionalità ha luogo quando il comportamento delle imprese è volontario e, quindi, vi sia l'obiettivo specifico – o quantomeno la consapevolezza – di violare la normativa *antitrust*²⁵. La negligenza ha luogo quando l'impresa agisce senza avere contezza della natura anticoncorrenziale della propria condotta. Come stabilito in giurisprudenza, la mancata conoscenza delle norme in materia di concorrenza o dei profili anticoncorrenziali di una condotta non costituisce una causa di esclusione della responsabilità per l'impresa²⁶.

orientamenti su questioni nuove o irrisolte, sollevate da casi individuali ma aventi interesse generale (G.U.U.E. C-381 del 4 ottobre 2022, p. 9-13).

²⁴ Reg. 1/2003, Art. 23.

²⁵ C. giust. UE 13 novembre 1975, causa 26/75 *General Motors c. Commissione*, EU:C:1975:150; Trib. UE, causa T-406/09 *Donau Chemie c. Commissione*, EU:T:2014:254, punto 171.

²⁶ C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, EU:C:1978:22; C.

Tuttavia, la circostanza che un'infrazione sia stata commessa con negligenza rappresenta una circostanza attenuante idonea a ridurre l'ammontare finale della sanzione²⁷. Un particolare grado di attenzione e conoscenza delle norme *antitrust* è atteso dalle imprese con rilevanti quote di mercato o con una pregressa esperienza in materia di concorrenza²⁸.

IV.3. Sanzioni per violazione di norme procedurali

Il primo paragrafo dell'art. 23 Reg. 1/03 prevede la possibilità per la Commissione di irrogare sanzioni, fino al limite del 1% del fatturato dell'impresa, in caso di *violazione di norme procedurali antitrust*. Il legame tra sanzioni per violazione di norme di procedura e percentuale del fatturato rappresenta una delle novità introdotte dal Reg. 1/03 rispetto alla normativa previgente, che poneva dei limiti edittali considerati non sufficientemente dissuasivi.

Questo tipo di sanzione può essere applicata ad imprese che forniscono risposte incomplete, inesatte o fuorvianti a richieste di informazioni *ex art.* 17, 18 o 20 Reg. 1/2003; ad imprese che rifiutino di sottoporsi ad accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione; ad imprese che rifiutino di presentare documenti nel corso di un'ispezione, ovvero in caso di violazione o rimozione di sigilli apposti nel corso di un'ispezione²⁹.

giust. UE 18 giugno 2013, causa C-681/11 *Schenker*, EU:C:2013:404, punto 43.

²⁷ V. *infra*, paragrafo IV.5.

²⁸ Trib. UE 29 marzo 2012, causa T-336/07 *Telefonica c. Commissione*, EU:T:2012:172, punti 324 – 325; Trib. UE 12 dicembre 2012, causa T-332/09 *Electrabel c. Commissione*, EU:T:2012:672, punto 252.

²⁹ Trib. UE, 15 dicembre 2010, causa T-141/08, *E.ON Energie AG c. Commissione*, EU:T:2010:516; C. giust. UE, 22 novembre 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG c. Commissione*, EU:C:2012:738.

IV.4. Sanzioni per violazione di norme sostanziali: presupposti, valore massimo

Ai sensi del secondo comma dell'art. 23 Reg. 1/03, la Commissione può imporre sanzioni alle imprese che abbiano commesso una *violazione di norme sostanziali antitrust*. In particolare, le ammende possono essere inflitte in caso di i) infrazione agli artt. 101 e 102 FUE; ii) mancato rispetto di misure cautelari imposte mediante decisione; e iii) violazione di impegni assunti e formalizzati con decisione adottata ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/03.

Il limite massimo della sanzione è del 10% del fatturato annuo dell'impresa nell'esercizio precedente. Il riferimento è al fatturato totale dell'impresa, a livello globale ed in tutti i mercati in cui essa è attiva, non essendo circoscrivibile al fatturato realizzato nell'Unione europea o nel mercato in cui è avvenuta l'infrazione.

In caso di accertamento della responsabilità della società madre per un illecito antitrust da parte di una società controllata, il limite del 10% è riferito al fatturato del gruppo³⁰. Il massimale del 10 % del fatturato si applica invece separatamente se due società non fanno più parte della stessa impresa al momento dell'adozione della decisione³¹.

IV.5. (Segue) Sanzioni per violazione di norme sostanziali: criteri di quantificazione

Entro il limite del 10% del fatturato annuo dell'impresa, la Commissione gode di un margine di apprezzamento nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni,

³⁰ C. giust. UE, 9 giugno 2016, causa C-608/13 P, *CEPSA c. Commissione*, EU:C:2016:414, punto 49.

³¹ Trib. UE, 25 gennaio 2023, causa T-640/16 RENV, *GEA Group c. Commissione*, EU:T:2023:18.

nel rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento³². Al fine di assicurare la trasparenza e l'obiettività delle proprie decisioni, nel 1998 la Commissione ha pubblicato gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende*, in cui sono indicati i criteri a cui essa si attiene per determinare l'ammontare della sanzione. Tali Orientamenti sono stati ulteriormente elaborati nel 2006³³. Gli Orientamenti sono opponibili alla Commissione, che può discostarsene solo mediante un'adeguata motivazione in cui siano indicate ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento e la tutela del legittimo affidamento³⁴.

La determinazione dell'ammontare della sanzione si svolge in due fasi principali: in una prima fase viene fissato l'importo base della sanzione per ciascuna impresa; in una seconda fase, l'importo base viene rivisto al rialzo o al ribasso al fine di tener conto di eventuali circostanze aggravanti o attenuanti³⁵.

L'*importo base* della sanzione è calcolato proporzionalmente al *valore delle vendite* dei beni o servizi a cui l'infrazione si riferisce, realizzate dall'impresa *nell'area geografica* interessata e nell'*ultimo anno* in cui l'impresa ha partecipato all'infrazione³⁶. Il fatturato

dell'impresa assunto come base di calcolo include le vendite dirette del prodotto o servizio oggetto dell'infrazione a terzi, anche qualora questo sia incorporato in un diverso prodotto finito³⁷. A certe condizioni, possono essere prese in considerazione anche le vendite infra-gruppo³⁸ ed in determinati casi anche quelle relative a contratti pre-esistenti alla conclusione dell'intesa anticoncorrenziale³⁹. Possono inoltre essere considerate le vendite fatturate nell'area geografica di riferimento, anche se consegnate a siti situati al di fuori di tale area⁴⁰.

La porzione del valore delle vendite presa in considerazione ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione può raggiungere il 30%⁴¹. Al fine di determinare se la proporzione del valore delle

oggetto del cartello (decisione della Commissione del 28 gennaio 2009, COMP/AT.39406 *Tubi marini*, §422; decisione della Commissione del 27 novembre 2013, COMP/AT.39633 *Shrimps*, §§490-491), ovvero in casi di fluttuazioni importanti nei volumi delle vendite (decisione della Commissione del 27 gennaio 2016, COMP/AT.40028 *Alternatori*, §88; decisione della Commissione del 8 dicembre 2010, COMP/AT.39309 *Display a cristalli liquidi*, §200; decisione della Commissione del 15 luglio 2015, COMP/AT.40098 *Blocktrains*, §77) o ciclicità delle stesse (decisione della Commissione del 19 marzo 2014, COMP/AT.39922 *Cuscinetti auto*, §77).

³⁷ C. giust. UE, 23 aprile 2015, causa C-227/14 P, *LG Display c. Commissione*, EU:C:2015:258, punto 58; C. giust. UE 9 luglio 2015, causa C-231/14 P, *InnoLux c. Commissione*, EU:C:2015:451, punti 54-57.

³⁸ C. giust. UE, 12 novembre 2014, causa C-580/12 P, *Guardian Industries c. Commissione*, EU:C:2014:2363, punti 59-60; C. giust. UE, *LG Display c. Commissione*, cit., punti 60-62.

³⁹ C. giust. UE, 7 settembre 2016, causa C-101/15 P, *Pilkington Group c. Commissione*, EU:C:2016:631, punti 20-23; Trib. UE, 15 dicembre 2016, causa T-762/14 *Philips c. Commissione*, EU:T:2016:738, punti 297-302.

⁴⁰ C. giust. UE, 13 luglio 2023, causa C-757/21 P, *Nichicon c. Commissione*, EU:C:2023:575, punti 166-169.

⁴¹ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 21.

³² V. C. giust. UE, 22 maggio 2008, causa C-266/06 P, *Evonik Degussa c. Commissione*, EU:C:2008:295.

³³ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003, in G.U.U.E. C-210 del 1 settembre 2006, p. 2 ss.

³⁴ C. giust. UE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02P, da C-205/02P a C-208/02P, C-213/02P, *Dansk Rorindustri*, EU:C:2005:408, punto 209 ss.; C. giust. UE, 18 maggio 2006, causa C-397/03P *Archer Daniels Midland*, EU:C:2006:328, punto 91.

³⁵ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 10.

³⁶ In alcuni casi la Commissione ha utilizzato un diverso periodo di riferimento, in quanto ritenuto più rappresentativo della realtà economica nel periodo dell'infrazione. Ad esempio, è stato utilizzato il valore medio delle vendite realizzate durante tutta la durata dell'illecito in casi di volatilità del prezzo del prodotto

vendite debba attestarsi su valori vicini oppure distanti da tale soglia, è necessario tenere conto della *gravità dell'infrazione*. In proposito, gli Orientamenti precisano che le forme più gravi di restrizioni della concorrenza (accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, spartizione dei mercati e limitazione della produzione, c.d. intese *hard core*), sono meritevoli di un trattamento sanzionatorio più severo; pertanto, la porzione del valore delle vendite al fine del calcolo dell'importo base si dovrà attestare sui valori più alti previsti⁴². Ulteriori fattori da prendere in considerazione ai fini della determinazione della gravità riguardano la quota di mercato aggregata delle imprese partecipanti, il perimetro geografico dell'infrazione e la circostanza che alle pratiche illecite sia stata data o meno attuazione.

Successivamente, la porzione del valore delle vendite come sopra determinata deve essere moltiplicata per il numero di anni di partecipazione all'infrazione di ciascuna impresa⁴³.

La Commissione tipicamente aggiunge nell'importo base della sanzione una somma ulteriore (c.d. *entry fee*), compresa tra il 15% ed il 25% del valore delle vendite nei casi di intese particolarmente gravi, con l'obiettivo di raggiungere un maggior effetto deterrente per questo tipo di violazioni⁴⁴.

In seguito al calcolo dell'importo base, la Commissione determina l'ammontare finale della sanzione procedendo ad eventuali incrementi o riduzioni al fine di tenere conto di *circostanze aggravanti* o *attenuanti*⁴⁵. Gli Orientamenti non indicano quale debba essere in concreto l'entità dell'incremento o della diminuzione dell'importo in

caso di circostanze aggravanti o attenuanti. Tale valutazione spetta alla Commissione, che decide caso per caso nell'ambito del proprio margine di apprezzamento⁴⁶.

Gli Orientamenti contemplano espressamente tre *circostanze aggravanti*⁴⁷: la recidiva, il rifiuto dell'impresa di cooperare nell'ambito del procedimento; il ruolo di capofila nell'infrazione.

La recidiva può comportare un aumento fino al 100% dell'importo base ed è applicabile anche quando la precedente infrazione è stata accertata da un'Autorità di concorrenza nazionale. Non vi è un limite temporale per considerare la recidiva⁴⁸, né è necessario che le infrazioni riguardino lo stesso mercato del prodotto⁴⁹. La recidiva in quanto circostanza aggravante opera come ulteriore deterrente nei confronti di imprese che hanno dimostrato una tendenza a violare le regole della concorrenza. La Commissione può, in ogni singolo caso e nell'esercizio proprio margine di apprezzamento, prendere in considerazione indizi che confermano tale tendenza, tra cui il tempo trascorso tra le infrazioni in questione⁵⁰.

Per quanto riguarda le *circostanze attenuanti*, gli Orientamenti menzionano espressamente⁵¹: l'immediata cessazione dell'illecito dopo i primi interventi della

⁴² Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 23.

⁴³ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 24.

⁴⁴ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 25.

⁴⁵ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 27.

⁴⁶ C. giust. UE, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, cit., punti 169-173. Cfr. anche Trib. UE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione*, EU:T:2003:250, punto 292.

⁴⁷ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 28.

⁴⁸ C. giust. UE 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Danone c. Commissione*, in EU:C:2007:88, punto 38.

⁴⁹ Trib. UE 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e 111/05, *BASF c. Commissione*, EU:T:2007:380, punto 64.

⁵⁰ C. giust. UE 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Danone c. Commissione*, cit.; Trib. UE 18 ottobre 2023, causa T-590/20, *Clariant c. Commissione*, EU:T:2023:650, punti 48-49.

⁵¹ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 29.

Commissione (ad eccezione di violazioni particolarmente gravi quali i casi di cartello); la negligenza; la prova, fornita dall'impresa, che la partecipazione all'infrazione sia stata sostanzialmente marginale; l'efficace collaborazione dell'impresa indagata nel corso del procedimento; la commissione dell'infrazione su autorizzazione o incoraggiamento da parte delle autorità pubbliche o della legge. La messa in atto di programmi di *compliance* in seno all'impresa non rappresenta un elemento che la Commissione è tenuta a considerare quale circostanza attenuante.

Sebbene gli Orientamenti attuali, a differenza di quelli precedenti, difettino di un'esplicita previsione che autorizzi la Commissione ad applicare al singolo caso anche *circostanze atipiche* oltre a quelle espressamente contemplate, sembra potersi ritenere – in mancanza di una previsione in senso contrario – che l'elenco menzionato continui ad essere esemplificativo e non tassativo.

Gli Orientamenti prevedono inoltre che l'ammenda possa essere incrementata allo scopo di garantirne l'effetto dissuasivo, nelle seguenti circostanze: *i)* impresa che ha realizzato un fatturato di notevole entità in mercati diversi da quelli cui l'infrazione si riferisce; *ii)* necessità di aumentare l'importo della sanzione per superare l'ammontare degli utili illeciti realizzati tramite l'infrazione.

Una riduzione dell'importo dell'ammenda è prevista in caso di transazione (cd. "*settlement*") o di applicazione di programmi di clemenza⁵², nonché in seguito a cooperazione con la Commissione in casi *antitrust* diversi dai cartelli.

In circostanze eccezionali la Commissione può concedere una riduzione della sanzione per tener conto della *limitata*

capacità contributiva dell'impresa⁵³. Gli Orientamenti precisano che tale riduzione non può basarsi esclusivamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria; al contrario, essa può essere concessa solo previa dimostrazione oggettiva, da parte dell'impresa, del pregiudizio grave e irrimediabile alla propria redditività economica e al valore degli attivi, che conseguirebbe dall'imposizione di un'ammenda alle condizioni altrimenti previste⁵⁴.

IV.6. La penalità di mora

L'art. 24 Reg. 1/03 prevede la possibilità per la Commissione di irrogare, mediante decisione, una penalità di mora giornaliera alle imprese. La finalità della penalità di mora è assicurare l'ottemperanza dell'impresa ad un provvedimento della Commissione e garantirne l'attuazione. I provvedimenti che possono comportare l'applicazione di una penalità di mora sono tassativamente elencati all'art. 24 e includono:

- decisioni adottate ai sensi dell'art. 7 Reg. 1/2003 che ordinano all'impresa di porre fine ad un'infrazione agli artt. 101 e 102 FUE;
- decisioni che dispongono provvedimenti provvisori (art. 8 Reg. 1/03);
- decisioni che rendono obbligatori impegni (art. 9 Reg. 1/03);
- richieste di informazioni adottate ai sensi dell'art. 17 o dell'art. 18 par. 3 Reg. 1/03; e

⁵³ Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 35.

⁵⁴ Si vedano quali esempi di riduzione dell'ammenda per ridotta capacità contributiva, le seguenti decisioni (elenco non esaustivo): decisione della Commissione del 23 giugno 2010, caso COMP/AT.39.0292, *Ceramiche sanitarie*; decisione della Commissione del 30 giugno 2010, COMP/AT.38.344, *Acciaio precompresso*; decisione della Commissione del 20 ottobre 2010, caso COMP/AT.38.866, *Fosfati per mangimi*; decisione della Commissione del 10 dicembre 2021, COMP/AT.40054, *Etanolo*.

⁵² Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., punto 34.

- decisioni che dispongono un'ispezione (art. 20 par. 4 Reg. 1/03).

La misura non ha natura punitivo-sanzionatoria, essendo piuttosto finalizzata a garantire l'attuazione della decisione principale della Commissione. La penalità di mora si caratterizza inoltre per la sua accessorietà rispetto alla decisione principale. In caso di annullamento di quest'ultima, infatti, anche la penalità di mora è destinata ad essere annullata.

La penalità di mora è inflitta per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione principale, sino all'effettivo adempimento da parte dell'impresa. L'ammontare della penalità di mora può raggiungere il valore del 5% del fatturato medio giornaliero realizzato dall'impresa nell'esercizio precedente.

L'applicazione della penalità di mora prevede una *procedura articolata in due fasi*, ciascuna delle quali comporta l'adozione di una decisione. Con la prima decisione, la Commissione intima all'impresa l'adozione di determinati provvedimenti, indica un termine per l'adempimento e fissa l'importo giornaliero della penalità per ogni giorno di ritardo.

Se l'impresa non adempie, la Commissione fissa l'ammontare definitivo sulla base della durata dell'inottemperanza: l'ammontare viene calcolato nel momento in cui l'impresa ottempera ai propri obblighi⁵⁵, a partire dalla data fissata nella prima decisione. In sede di calcolo dell'ammontare definitivo, la Commissione può, per espressa previsione dell'art. 24 par. 2, fissare il *quantum* in una misura inferiore a quella che risulterebbe dalla decisione originaria.

La Commissione ha applicato la penalità di mora molto raramente. Il caso più

conosciuto è quello relativo a *Microsoft*, in cui la Commissione ha irrogato all'impresa una penalità giornaliera di EUR 1.5 milioni per il mancato rispetto dell'obbligo di fornire informazioni sull'interoperabilità contenute in una decisione del 2004⁵⁶.

IV.7. Prescrizione

L'art. 25 Reg. 1/03 prevede termini di *prescrizione in materia di imposizione delle sanzioni*. La prescrizione è triennale in caso di violazioni di carattere procedurale, e quinquennale in caso di violazione di norme sostanziali. Il termine decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione; se quest'ultima ha carattere continuato o è ripetuta, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione. L'onere di dimostrare che il termine di prescrizione non è ancora decorso spetta alla Commissione⁵⁷.

La *prescrizione è interrotta* da qualsiasi atto della Commissione o di un'Autorità nazionale destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione. L'art. 25 Reg. 1/03 prevede in particolare: l'invio di richieste di informazioni, il conferimento di un mandato scritto per effettuare ispezioni e accertamenti, l'apertura di un procedimento, l'invio della comunicazione degli addebiti⁵⁸. È sufficiente che un atto interruttivo

⁵⁶ L'ammontare della penalità giornaliera è stato successivamente ridotto da Trib. UE, 27 giugno 2012, causa T-167/08, *Microsoft c. Commissione*.

⁵⁷ Trib. UE, 16 novembre 2006, causa T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA c. Commissione*, EU:T:2006:350, punto 52; Trib. UE, 17 dicembre 2009, causa T-58/01, *Solvay SA c. Commissione*, EU:T:2009:520, punti 294-295.

⁵⁸ La giurisprudenza ha riconosciuto che l'art. 25, paragrafo 3, Reg. 1/03 non si applica ai procedimenti avanti ad un'Autorità nazionale. Tuttavia, è contraria al diritto UE ed al principio di effettività una normativa nazionale secondo cui la decisione di avviare un procedimento è l'ultimo atto che può avere l'effetto di interrompere il termine di prescrizione, con l'esclusione di successivi atti di indagine,

⁵⁵ La Commissione può applicare, tramite decisione, penalità di mora anche durante l'inottemperanza. Cfr. decisione del 12 luglio 2006 nel caso AT.37792 – *Microsoft*.

venga notificato ad uno dei partecipanti all'infrazione affinché la prescrizione sia interrotta anche nei confronti di tutti gli altri. L'art. 25 Reg. 1/03 prevede inoltre la sospensione dei termini di prescrizione nelle more di un ricorso pendente dinanzi alle Corti dell'Unione contro la decisione della Commissione⁵⁹.

L'art. 26 Reg. 1/2003 prevede *un termine di prescrizione quinquennale in materia di esecuzione delle sanzioni*, che inizia a decorrere dal giorno in cui la decisione è divenuta definitiva.

Bibliografia

Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, Londra, 2018; G. Hirsch - F. Montag - F.J. Säcker, *Competition Law: European Community practice and procedure: article-by-article commentary*, Londra, 2008; Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014; L. Ortiz Blanco, *EU Competition Procedure*, Oxford, 2022; P. Whelan, *Parental Liability in EU Competition Law*, Oxford, 2023; R. Wish - D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2024.

ELISABETTA BOTTI* - ANNAGIULIA ZANAZZO

qualora risulti che una siffatta esclusione presenta un rischio sistemico di impunità per i fatti che integrano infrazioni antitrust. C. giust. UE, 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Whiteland Import Export*.

⁵⁹ In quest'ultima ipotesi, tuttavia, la sospensione della prescrizione è valida solo per il ricorrente: C. giust. UE, 29 marzo 2011, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal c. Commissione*, EU:C:2011:190.

* Commissione europea (DG Concorrenza) - Le opinioni espresse sono esclusivamente all'Autore e non possono essere in alcun modo ricondotte all'Istituzione di appartenenza.

L'IMPUTABILITÀ DELLE INFRAZIONI ANTITRUST NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** La responsabilità dell'infrazione nei gruppi di società. – II.1. La responsabilità della società madre per infrazioni commesse dalle affiliate. – II.2. La solidarietà tra controllante e controllata nel pagamento delle ammende. – II.3. La responsabilità della controllata non può eccedere quella della controllante. – **III.** La responsabilità dell'infrazione in caso di modifica organizzativa e/o giuridica societaria. – III.1. Il criterio della continuità economica e responsabilità personale. – III.2. La responsabilità extracontrattuale del successore economico.

I. Premessa

Sia l'art. 101 che l'art. 102 indicano quale oggetto del divieto l'*impresa*, senza nessun'altra specificazione. La prima disposizione vieta le intese restrittive della concorrenza "tra imprese", la seconda proibisce l'abuso di posizione dominante "di una o più imprese". I giudici di Lussemburgo hanno dovuto pertanto cercare di chiarire e dettagliare la portata di tale indicazione e nel fare ciò si sono ispirati all'idea che la realtà economica deve fare premio sulla forma giuridica. Facendo ricorso a questo approccio ermeneutico, i giudici si sono pronunciati su due questioni: I) il soggetto responsabile dell'infrazione nei gruppi di società e II) il soggetto responsabile dell'infrazione in caso di modifica giuridica o organizzativa della società.

II. La responsabilità dell'infrazione nei gruppi di società

II.1. La responsabilità della società madre per infrazioni commesse dalle affiliate

Una delle conseguenze più importanti dell'approccio economicistico seguito dalla Corte per la definizione della nozione di impresa è rappresentato dal fatto che tale nozione non va necessariamente identificata in una persona giuridica, bensì deve essere individuata in relazione alla capacità di un ente di effettuare in maniera indipendente le scelte economiche nel mercato. Seguendo questo approccio, nella sentenza ICI – risalente al 1972 – la Corte ha imputato alla società controllante le infrazioni al diritto *antitrust* commesse dalla controllata, in considerazione del fatto che quest'ultima non godeva di reale autonomia nella determinazione della propria linea di condotta, ma applicava in sostanza le direttive impartitele dalla società madre¹. Successivamente essa ha fatto esplicitamente riferimento alla dimensione dell'unitarietà economica tra due (o più) entità giuridicamente distinte per delineare la nozione di "impresa". Al riguardo la prima sentenza è quella resa nel 1984 nel caso *Hydroterm* ove la Corte affermò che tale nozione deve essere intesa nel senso che "si riferisce ad un'unità economica anche qualora sotto il profilo giuridico

¹ C. giust. Ue, 4 luglio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c. Commissione*, c. 48-69, Racc. 619, punti 132-135.

tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche”². Su questo presupposto, la Corte ha via via delineato i caratteri e la *ratio* della responsabilità per violazioni *antitrust* delle società appartenenti a gruppi, a seconda dei rapporti economici tra loro intercorrenti. Una complessiva codificazione di questa giurisprudenza è stata effettuata nel 2009, nella sentenza *Akzo Nobel*, la quale va oggi considerata il più importante *restatement* della materia. In tale sentenza la Corte, ha formulato tre ordini di precisazioni.

Anzitutto ha ricordato che qualora un’impresa, intesa – come detto – quale unità economica, violi le regole della concorrenza, è tenuta a rispondere di tale infrazione “secondo il principio della responsabilità personale”³; in secondo luogo, ha aggiunto che l’infrazione al diritto *antitrust* “deve essere imputata in maniera inequivocabile alla persona giuridica alla quale potranno essere inflitte ammende”⁴ e al quale va inviata la comunicazione degli addebiti indicante a che titolo i fatti imputati vengono addebitati; infine, ha ribadito che secondo costante giurisprudenza, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea

di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante⁵ in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche.

Sulle prime due precisazioni occorre soffermarsi brevemente per segnalare qualche aspetto problematico che presentano dal punto di vista della dogmatica giuridica, aspetto che è fonte di soluzioni giurisprudenziali non pienamente soddisfacenti. In relazione alla prima si può rilevare che non appare del tutto rigoroso affermare che sussiste una responsabilità “personale” di un ente che non è una “persona” giuridica in nessun ordinamento, né in quello dell’Unione né in quello degli Stati membri. Infatti, la circostanza che un’impresa possa essere individuata sulla base della unitarietà della condotta economica di due o più differenti entità giuridiche è senz’altro concettualizzabile ma, da un punto di vista pratico, una simile impresa non esiste perché non può essere oggetto di diritti e di obblighi, quali ad esempio, la capacità di partecipare ad una procedura amministrativa, la legittimazione in giudizio o, semplicemente, la possibilità di ricevere atti istruttori quali la comunicazione degli addebiti. Evidentemente per tale ragione la Corte, glissando sulla scarsa conciliabilità logica delle due affermazioni, dichiara, nella seconda precisazione della menzionata sentenza *Akzo Nobel*, che l’infrazione al diritto *antitrust* deve essere imputata – oltretutto in maniera inequivocabile – alla persona giuridica alla quale potranno essere inflitte ammende e inviata la comunicazione degli addebiti. In effetti, solo a tali entità, che nella costruzione della Corte

² C. giust. Ue 12 luglio 1984, *Hydroterm*, c. 170/83, Racc. 2999, punto 11, e successivamente, C. giust. Ue 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, punto 40.

³ V., in tal senso, C. giust. Ue, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, Racc. I-4125, punto 145; 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, *Cascades c. Commissione*, Racc. I-9693, punto 78, nonché 11 dicembre 2007, C-280/06, *ETI e a.*, Racc. I-10893, punto 39.

⁴ V., in tal senso, C. giust. Ue 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, Racc. I-123, punto 60, e 3 settembre 2009, c.r. C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler e a. c. Commissione*, Racc. I-7191, punto 38.

⁵ V., in tal senso, sentenze *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, cit., punti 132 e 133; 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, Racc. 215, punto 15.

rappresentano meri elementi costituenti dell'impresa responsabile, può essere *concretamente* addebitata l'infrazione. Ciò è quanto ammetterà, sebbene in tono svalutativo, la stessa Corte nella sentenza *Siemens* del 2014⁶, ove essa ha affermato che la decisione sanzionatoria della Commissione deve necessariamente essere indirizzata alle persone giuridiche costituenti l'impresa per ragioni "puramente pratiche"⁷.

Più a lungo occorre soffermarsi sulla terza precisazione effettuata dalla Corte in *Akzo Nobel*, in base alla quale l'infrazione della controllata può essere imputata alla controllante, nel caso in cui la prima non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga alle istruzioni che le vengono impartite dalla seconda. Tale precisazione è infatti completata da due importanti corollari sviluppati dalla giurisprudenza.

Il primo consiste in una presunzione *iuris tantum* di effettiva influenza determinante della controllata sulla controllante, nell'ipotesi in cui la controllante detenga l'intero (o quasi) capitale della controllata.

Come appena sopra rilevato, per imputare la condotta della controllata alle controllante è necessario che la Commissione, o comunque la parte ricorrente, dimostri, in considerazione in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità, che l'affiliata si attiene alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre⁸. Il semplice controllo potenziale di una società madre non implica automaticamente che

i comportamenti dell'affiliata quest'ultima possano essere imputati alla prima⁹. Tuttavia, sempre in *Akzo Nobel*, la Corte, elaborando un principio già tratteggiato nel 1983 nella sentenza *AEG Telefunken*¹⁰, ha precisato che nel caso in cui una società detenga il 100% del capitale della controllata che ha infranto le norme *antitrust*, per un verso, essa è nella posizione di poter esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata, e, per l'altro, esiste una presunzione semplice secondo cui la società controllante esercita *effettivamente* un'influenza determinante sul comportamento della controllata. Di conseguenza – ha concluso la Corte – è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale della prima e per essere di conseguenza ritenuta anch'essa responsabile dell'infrazione. Tale presunzione è però confutabile da parte della controllante, fornendo sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si è comportata in maniera autonoma sul mercato¹¹.

La circostanza che la prova da fornire abbia carattere negativo, ossia la controllante debba dimostrare che essa *non* ha esercitato la sua potenziale influenza determinante sulla condotta della controllata, ha sollevato dubbi sulla compatibilità della presunzione con i diritti di difesa garantiti dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 48 della Carta dei diritti

⁶ C. giust. Ue, 10 aprile 2014, *Commissione c. Siemens Österreich*, da C-231/11 P a C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256.

⁷ C. giust. Ue, *Siemens*, cit., punto 55.

⁸ La giurisprudenza ha precisato che l'esistenza di un'unità economica può essere dedotta da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di essi isolatamente considerato sia sufficiente per dimostrare l'esistenza di tale unità, v. Sentenza del 1° luglio 2010, *Knauf*, C-407/08 P, punto 65.

⁹ In tal senso C. giust. Ue, C-196/99 P, *Sidevùrgica Aristrain Madrid SL c. Commissione*, punti 95-99; C. giust. Ue 1 luglio 2010, *Knauf*, cit., punto 74; 26 settembre 2013, *The Dow Chemical Company c. Commissione*, C179/12 P, ECLI:EU:C:2013:605, punto 55; C. giust. Ue, 27 settembre 2006, *Avebe/Commissione*, T-314/01, ECLI:EU:T:2006:266 punto 136.

¹⁰ C. giust. Ue, 25 ottobre 1983, *AEG Telefunken c. Commissione*, c. 107/82, Racc. 3151, pt 50.

¹¹ C. giust. Ue, *Akzo Nobel*, cit., punto 61.

fondamentali dell'Unione¹². La Corte tuttavia, nelle sentenze *Elf Aquitaine*¹³ e *Schindler*¹⁴, ha confermato tale compatibilità. Essa ha rilevato che una presunzione, anche se difficile da superare, resta entro limiti accettabili fintantoché sia proporzionata al legittimo scopo perseguito, esista la possibilità di apportare la prova contraria e i diritti della difesa siano garantiti¹⁵. Per la Corte, la presunzione di controllo è proporzionata allo scopo di raggiungere un equilibrio tra, da un lato, l'importanza della repressione dei comportamenti contrari alle norme della concorrenza e a prevenirne la ripetizione e, dall'altro, le esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, in particolare, quelli della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto nonché i diritti della difesa, compreso il principio della parità delle armi¹⁶.

È peraltro altresì possibile che una società, ad esempio frutto di una *joint venture*, sia soggetta al controllo di più entità. In tal caso, in via di principio, la sua eventuale infrazione delle regole di concorrenza può essere imputata a tutte le

controllanti nel caso sia dimostrato che esse hanno esercitato una influenza determinante sulla condotta commerciale della controllata¹⁷. Anche in caso di controllo congiunto può applicarsi la presunzione di esercizio effettivo di influenza determinante, sebbene le circostanze debbano essere particolari. A tale conclusione è giunto il Tribunale nella sentenza *Avebe* nella quale i giudici, dopo aver accertato che in base al contratto di impresa il potere direttivo di una controllata doveva essere esercitato solo congiuntamente e in stretta concertazione permanente da due diverse società madri, ciascuna delle quali deteneva il 50% delle quote sociali dell'affiliata, hanno concluso che si trattava di una situazione analoga a quella di un'unica società madre che detiene il 100% delle quote sociali della controllata¹⁸.

II.2. La solidarietà tra controllante e controllata nel pagamento delle ammende

Un secondo corollario connesso alla responsabilità della controllante per infrazioni commesse dalla controllata elaborato dalla giurisprudenza riguarda la natura solidale di questa responsabilità, ai fini del pagamento delle ammende. Ancora nella sentenza *Akzo Nobel*, la Corte ha affermato che se la società controllante rientra in unità economica costituita da più persone giuridiche, essa «è considerata responsabile in solido dei comportamenti anticoncorrenziali unitamente alle altre persone

¹² V. in particolare le Conclusioni Avv. Gen. Yves Bot presentate il 26 ottobre 2010, Cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P *ArcelorMittal Luxembourg SA, già Arcelor Luxembourg SA (C-201/09 P) c. Commissione e Commissione europea (C-216/09 P) c. ArcelorMittal Luxembourg SA, già Arcelor Luxembourg SA, ArcelorMittal Belval & Differdange SA, già Arcelor Profil Luxembourg SA, ArcelorMittal International SA, già Arcelor International SA*.

¹³ C. giust. Ue, 20 settembre 2011, *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620.

¹⁴ C. giust. Ue, 18 luglio 2013, *Schindler Holding Ltd c. Commissione*, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522.

¹⁵ V., *Elf Aquitaine*, cit. punto 62 nonché in tal senso, sentenza della Corte del 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*, C-45/08, Racc. I-12073, punti 43 e 44, nonché Corte E.D.U., *Janosevic c. Svezia* del 23 luglio 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, § 101 e ss.

¹⁶ C. giust. Ue, *Schindler*, cit. punto 108.

¹⁷ In C. giust. Ue, *The Dow Chemical Company c. Commissione*, C-179/12, cit., la Corte ha confermato che due società che controllavano ciascuna il 50% del capitale dell'affiliata dovevano essere ritenute responsabili dell'infrazione commessa da quest'ultima, nella misura in cui fosse dimostrato che esse avevano esercitato la loro influenza decisiva sull'affiliata v. punto 58.

¹⁸ C. giust. Ue, 27 settembre 2006, *Avebe c. Commissione*, T-314/01, cit. punti 137-139.

giuridiche che formano tale unità»¹⁹. Al riguardo la Corte spiega che, «anche se la società controllante non partecipa direttamente all'infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un'influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa. In tale contesto ne deriva che la responsabilità della società controllante non può essere considerata una responsabilità oggettiva».

L'individuazione di un legame di solidarietà tra la controllante e la controllata ha l'importante conseguenza che la Commissione può domandare alla società madre il pagamento, oltre che della sua ammenda, anche di quella inflitta all'affiliata²⁰. La Corte ha altresì precisato che tale legame di solidarietà non costituisce una forma di cauzione fornita dalla controllante per garantire il pagamento dell'ammenda inflitta alla controllata, bensì una conseguenza della circostanza che entrambe hanno commesso l'infrazione quali parti di un'entità economica unica²¹. L'esistenza di un rapporto di solidarietà tra controllante e controllata nel pagamento dell'ammenda può condurre a situazioni conflittuali quando gli interessi economici delle due società divergono, come nel caso in cui la controllata venga ceduta durante il periodo dell'infrazione o anche successivamente ad esso. In questo caso la (ex) controllante potrebbe vedersi costretta a pagare l'ammenda anche per una società in relazione alla quale non ha più alcun interesse economico e potere di direzione.

Tale genere di situazioni ha indotto talune società a chiedere giudizialmente che la decisione nella quale la Commissione stabilisce l'ammenda da pagare in solido, consenta altresì di dedurre la quota a carico di ciascuna società nei rapporti interni con

i condebitori, una volta che sia stato effettuato il pagamento alla Commissione. Una tale richiesta era stata riconosciuta come legittima dal Tribunale nella sentenza *Siemens*, resa nel 2011²², in considerazione del principio della responsabilità personale che impone che una persona, fisica o giuridica, sia sanzionata esclusivamente per fatti ad essa individualmente ascritti²³. In particolare il Tribunale ha affermato che la Commissione deve precisare i periodi durante i quali le società interessate sono (cor)responsabili dei comportamenti illeciti delle imprese partecipanti all'intesa e, eventualmente, il loro grado di responsabilità per tali comportamenti²⁴.

La Corte di giustizia, tuttavia, ha respinto tale genere di argomenti. Pronunciandosi in appello contro la sentenza del Tribunale²⁵, ha osservato, che sebbene la decisione sanzionatoria della Commissione debba necessariamente essere indirizzata alle persone giuridiche costituenti un'impresa, tale obbligo – di carattere puramente pratico – non implica che, quando la Commissione si avvale della facoltà di condannare in solido ad un'ammenda più persone giuridiche giacché formavano una sola impresa al momento dell'infrazione, le regole e i principi di diritto della concorrenza dell'Unione siano applicabili non solo all'impresa interessata, ma anche alle persone giuridiche che la compongono. In realtà, secondo la Corte, tali regole e principi – tra cui quelli della responsabilità personale e della personalità delle pene e delle sanzioni – riguardano solo l'impresa in quanto tale e non le persone

²² C. giust. Ue, 3 marzo 2011, *Siemens AG Österreich c. Commissione*, T-122/07 a T-124/07, *Siemens Österreich c. Commissione*, da T-122/07 a T-124/07, ECLI:EU:T:2011:70.

²³ C. giust. Ue, *Siemens AG Österreich c. Commissione*, cit., in part. punti 151-153.

²⁴ Ibidem, punto 153.

²⁵ C. giust. Ue, 10 aprile 2014, *Commissione c. Siemens AG Österreich*, C-231/11 P e C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256.

¹⁹ C. giust. Ue, *Akzo Nobel*, cit. punto 77.

²⁰ Ibidem, punto 61.

²¹ V. C. giust. Ue, 26 novembre 2013, *Kendrion NV c. Commissione*, C-50/12 P, ECLI:EU C:2013:771, punti 55-56.

fisiche o giuridiche che ne fanno parte²⁶. Essa ha pertanto affermato che benché, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, la Commissione possa condannare in solido a un'ammenda più società se appartenevano ad una sola ed unica impresa²⁷, né il testo di tale disposizione né l'obiettivo del meccanismo di solidarietà consentono di considerare che tale potere sanzionatorio comprenda, al di là della determinazione del rapporto esterno di solidarietà, quello di stabilire le quote dei debitori in solido nei loro rapporti interni²⁸. In particolare in relazione all'obiettivo del meccanismo di solidarietà esterno, la Corte ha dichiarato che esso è duplice: da un lato, costituisce uno strumento giuridico per rafforzare l'efficacia dell'azione della Commissione nella riscossione delle ammende, in quanto riduce il rischio di insolvenza e dall'altro, migliora l'effetto dissuasivo delle ammende medesime²⁹. Tale duplice obiettivo non è riscontrabile nella operazione di determinazione del rapporto interno tra debitori in solido, la quale rappresenta una questione che interviene in un momento successivo e che, in linea di principio, non presenta più interesse per la Commissione, una volta che la totalità dell'ammenda le sia stata pagata

²⁶ Ibidem, punti 54-56.

²⁷ A dire il vero, l'art. 32 non menziona in alcun modo la questione della solidarietà nel pagamento dell'ammenda. Esso si limita a stabilire che la Commissione può infliggere ammende alle imprese che commettono un'infrangimento delle norme *antitrust* del trattato. Solo attraverso l'interpretazione della nozione di impresa come entità economica unica si può sostenere, francamente in modo un po' capzioso, che tale norma prevede la possibilità di un vincolo di solidarietà tra le entità giuridiche che fanno parte dell'impresa. La realtà è che nel diritto dell'Unione manca una norma che preveda la possibilità di istituire tale solidarietà nel pagamento dell'ammenda, e a ciò ha dovuto porre rimedio, come spesso è accaduto, in via pretoria.

²⁸ Ibidem, punto 58.

²⁹ Ibidem, punto 59.

da uno o più di tali debitori³⁰. La Corte conclude osservando che, né il regolamento n. 1/2003 né il diritto dell'Unione in generale comportano regole che consentano di risolvere la questione delle quote a carico dei condebitori nei loro rapporti interni, e di conseguenza, ove tali quote non siano state fissate contrattualmente, spetta ai giudici nazionali determinarle, nel rispetto del diritto dell'Unione, mettendo in atto il diritto nazionale applicabile alla controversia³¹.

L'irrisolta dicotomia tra la responsabilità per l'infrangimento ascritta all'impresa in senso economico e l'imputabilità dell'infrangimento alle persone fisiche o giuridiche che costituiscono tale impresa costringe talvolta la Corte a prese di posizione che possono lasciare perplessi. Tale è quella appena ricordata, secondo cui, in occasione dell'esercizio del potere sanzionatorio, i principi della responsabilità personale e della personalità delle pene e delle sanzioni si applicano all'impresa in senso economico, ma non alle società che la costituiscono. Si tratta di un'affermazione per un verso contraddittoria, dato che a questi soggetti tali diritti sono viceversa riconosciuti dalla Corte stessa anche in sede di definizione della sanzione (si pensi al principio di proporzionalità della stessa) e per l'altro paradossale, perché riconosce i diritti alla responsabilità personale e alla personalità delle pene ad un'entità – l'impresa in senso economico, che "persona" non è e che non è in grado di azionarli, mentre li nega alle reali persone fisiche o giuridiche che invece potrebbero agire per la loro tutela.

In questa stessa prospettiva, vale la pena ricordare un altro profilo delicato della responsabilità solidale nel pagamento dell'ammenda collegato alla nozione di

³⁰ Ibidem, punto 60.

³¹ Ibidem, punti 61-62., in tal senso, v. anche C. giust. Ue, 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinzink c. Commissione*, Racc. 1679, punto 9.

impresa in senso economico. Si tratta della concreta definizione dell'importo massimo dell'ammenda che, come ben noto, ai sensi dell'art. 23, § 2, del regolamento n. 1/2003, non può superare il 10% del fatturato totale dell'impresa. Il Tribunale ha costantemente inteso questa disposizione nel senso che quando più società sono solidamente responsabili per il pagamento di un'ammenda per il motivo che costituiscono un'impresa ai sensi delle norme *antitrust*, l'obbligazione di ciascuna di esse non si limita al 10% del volume d'affari realizzato da ciascuna nel corso dell'ultimo esercizio sociale. Diversamente, il tetto del 10% dev'essere calcolato sulla base del volume d'affari complessivo di tutte le società che costituiscono l'entità economica che agisce in qualità di impresa. Ciò perché – ha spiegato il Tribunale – solo il fatturato complessivo delle società che la compongono può costituire un'indicazione delle dimensioni e del potere economico dell'impresa di cui trattasi³².

II.3. La responsabilità della controllata non può eccedere quella della controllante

In *Akzo Nobel*, la Corte ha affermato che la Commissione può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione. Tale assunto è coerente con la nozione di impresa quale unità economica: se la controllata non determina in modo autonomo la propria condotta nel mercato, quest'ultima va ascritta altresì a chi è il vero responsabile della stessa, ossia la controllante; e

ciò anche se questa non ha personalmente posto in essere alcuna condotta illecita.

Da quanto sopra si dovrebbe agevolmente dedurre, a contrario, che l'accertamento giudiziale di un errore della Commissione nella constatazione dell'infrazione commessa dalla controllata che abbia l'effetto di escludere o alleggerire la responsabilità di quest'ultima dovrebbe riflettersi positivamente, e nello stesso ordine di misura, anche sulla responsabilità della controllante. In altri termini, in relazione ad una determinata infrazione che viene imputata alla società madre solo in quanto controllante dell'affiliata materialmente implicata nella stessa, la responsabilità della prima non può eccedere quella della seconda, essendo da questa interamente dipendente.

Per quanto appaia logicamente ben fondato, il principio che postula l'impossibilità di una responsabilità della controllante eccedente quella della controllata non è di facile applicazione. La ragione è che da esso derivano alcuni cortocircuiti giuridici che non è semplice eliminare.

Un primo esempio è rappresentato dalla sua applicazione *vis-à-vis* le esigenze del rispetto del divieto di statuire *ultra petita*. Nella vicenda decisa dalla Corte con la sentenza *Tomkins*³³, il Tribunale aveva accertato che le prove raccolte dalla Commissione dimostravano una durata dell'infrazione commessa da una società controllata più breve di quanto affermato nella decisione impugnata e aveva pertanto disposto una riduzione della sanzione in maniera proporzionale. Dato che la società madre era stata ritenuta responsabile della medesima infrazione unicamente sulla base del suo controllo totalitario dell'affiliata, il Tribunale aveva altresì ridotto la sanzione ad essa imposta e ciò anche se la controllante aveva contestato la durata dell'infrazione per un

³² V. Trib. UE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB e a. c. Commissione*, Racc. II-1487, punti 528 e 529, e Trib. UE, 12 dicembre 2007, *Akzo Nobel c. Commissione*, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381, punto 90.

³³ C. giust. Ue, 22 gennaio 2013, *Commissione c. Tomkins plc*, C-286/11 P, ECLI:EU:C:2013:29.

periodo assai più breve rispetto a quello messo in discussione dalla controllata e con argomenti diversi da quelli dedotti da quest'ultima. Appellando la sentenza del Tribunale, la Commissione lamentava che, così statuendo, quest'ultimo aveva violato la regola processuale in forza della quale un organo giurisdizionale non può statuire *ultra petita*; secondo la Commissione la circostanza che due ricorrenti appartenano alla medesima impresa in senso economico e siano dichiarati responsabili in solido non comportava un'eccezione a tale regola. La Corte ha invece confermato la sentenza del Tribunale, dichiarando che se la responsabilità della società controllante deriva unicamente da quella della sua controllata ed entrambe hanno proposto ricorsi paralleli aventi il medesimo oggetto, il Tribunale poteva, senza per questo statuire *ultra petita*, tener conto dell'esito del ricorso presentato dalla controllata ed annullare coerentemente la decisione controversa anche a favore della controllante, precisando che, in tal caso, la nozione di "medesimo oggetto" non richiede che la portata dei ricorsi e degli argomenti di tali società sia identica³⁴.

Questa soluzione è indubbiamente ispirata al principio secondo il quale la responsabilità della controllante non può eccedere quella della controllata, ma non può non notarsi che, per raggiungerla, la Corte è costretta ad una qualche contorsione argomentativa, posto che, in sostanza, afferma che il *petitum* dei due ricorsi può essere il "medesimo" anche laddove non è "identico".

Nella successiva sentenza *Total*³⁵, la Corte ha comunque consacrato esplicitamente il principio, sebbene infiltrandolo di una qualche ambiguità. In essa ha dichiarato che nel caso la responsabilità

della controllante sia "puramente derivata" da quella della sua controllata e «nessun altro fattore caratterizzi individualmente il comportamento contestato alla controllante, la responsabilità di quest'ultima non può eccedere quella della sua controllata»³⁶; pertanto – essa ha concluso – allorché tali società abbiano presentato ricorsi paralleli aventi il medesimo oggetto, la società controllante deve, in linea di principio, beneficiare di un'eventuale riduzione della responsabilità della controllata³⁷.

Un esempio di come ciò possa avvenire è fornito dalla vicenda oggetto della sentenza *Akzo Nobel* resa nel 2017³⁸, la quale peraltro illustra altresì le difficoltà che possono incontrarsi nell'applicazione del principio.

Nel caso, la Commissione aveva accertato che due società affiliate ad Akzo Nobel avevano partecipato insieme a quest'ultima ad un'infrazione delle regole di concorrenza a partire dal febbraio 1987. Fino al giugno 1993, l'infrazione era stata commessa materialmente dalle due affiliate, mentre la capogruppo aveva solo esercitato la sua influenza determinante sulla loro condotta. Successivamente, le due affiliate avevano abbandonato l'intesa che era stata però proseguita dalla capogruppo Akzo Nobel sino al marzo 2000. Il Tribunale aveva annullato la sanzione imposta dalla Commissione alle affiliate, in quanto i primi atti di indagine erano stati compiuti nel 2003, quindi ben oltre il decorso del termine quinquennale di prescrizione per l'accertamento delle infrazioni *antitrust*³⁹. Viceversa, constatando che la prescrizione non era decorsa in relazione alla condotta della capogruppo, esso aveva confermato la decisione (e la sanzione) nei confronti

³⁶ Ibidem, punto 38.

³⁷ Ibidem, punto 41.

³⁸ C. giust. Ue, 27 aprile 2017, *Akzo Nobel NV c. Commissione*, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314.

³⁹ Termine previsto dall'art. 25, §§ 1 e 2 del regolamento n. 1/2003.

³⁴ C. giust. Ue, Tomkins, cit, punti 43 e 49.

³⁵ C. giust. Ue, 17 settembre 2015, *Total SA c. Commissione*, C-597/13 P, ECLI:EU:C:2015:613.

di quest'ultima. In appello, Akzo Nobel, evocando il principio secondo il quale la responsabilità della controllante non può eccedere quella della controllata, sosteneva che il Tribunale avrebbe dovuto riconoscere anche a suo favore la prescrizione del primo periodo di infrazione (sino al giugno 1993), così come era stato fatto per le due affiliate, posto che in relazione ad esso la sua responsabilità derivava solo dal controllo di queste ultime.

La Corte, viceversa, ha confermato le conclusioni del Tribunale. Essa ha osservato che la circostanza che a talune società non possano più essere inflitte sanzioni a causa dell'intervenuta prescrizione non impedisce che venga perseguita un'altra società considerata responsabile a titolo personale e in solido con esse per i medesimi comportamenti anticoncorrenziali, e nei confronti della quale la prescrizione non è maturata, e ciò anche se tale società è coinvolta in tali comportamenti esclusivamente in considerazione del suo controllo sulle affiliate⁴⁰. Al riguardo la Corte ha osservato che, da un lato, i comportamenti anticoncorrenziali relativi al primo periodo dell'infrazione dovevano comunque essere considerati commessi dalla stessa controllante, dato che quest'ultima costituiva con le affiliate un'unità economica, e dall'altro, in base alle precisazioni della sentenza *Total*, taluni fattori propri della società controllante possono giustificare una valutazione differenziata della sua responsabilità e di quella della controllata, anche laddove la responsabilità della prima sia fondata esclusivamente sul comportamento illecito della seconda⁴¹.

La soluzione della Corte – che ci pare condivisibile perché nel caso, in ultima analisi, in relazione alla controllante il termine di prescrizione certamente non era trascorso – dimostra come il principio

secondo il quale la responsabilità della controllante non può eccedere quella della controllata può rimanere privo di effetti, in considerazione delle particolari circostanze del caso e degli specifici istituti giuridici che vengono in rilievo⁴².

III. La responsabilità dell'infrazione in caso di modifica organizzativa e/o giuridica societaria

III.1. Il criterio della continuità economica e responsabilità personale

Un secondo profilo della nozione economica di impresa impiegata negli articoli 101 e 102 riguarda la questione della imputazione della responsabilità in caso di modifica o scomparsa del soggetto materialmente responsabile dell'infrazione.

Dalla giurisprudenza emerge che in considerazione del fatto che l'impresa va identificata in relazione all'attività economica, la sua identità permane fintanto che tale attività prosegue, a prescindere dalle modifiche organizzative e/o giuridiche del

⁴² Una questione diversa ma non completamente estranea alla tematica esaminata riguarda la possibilità di imputare ad una controllante la recidiva della controllata, nel caso in cui, la prima infrazione su cui la recidiva si basa non sia stata contestata alla controllante. Nella sentenza della C. giust. Ue, 5 marzo 2015, *Commissione c. Versalis e a.*, C-93/13 P e C-123/13 P, ECLI:EU:C:2015:150, la Corte ha affermato che «per dimostrare la circostanza aggravante della recidiva nei confronti della società controllante, non si richiede che quest'ultima sia stata oggetto di precedenti procedimenti che abbiano dato luogo a una comunicazione degli addebiti e a una decisione. A questo scopo, ciò che rileva segnatamente è il precedente accertamento di una prima infrazione derivante dal comportamento di una controllata con la quale detta società controllante, coinvolta nella seconda infrazione, formava, già all'epoca della prima infrazione, una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE» (punto 91).

⁴⁰ Ibidem, punti 71-72.

⁴¹ Ibidem, punti 73-74.

soggetto attraverso il quale viene esercitata. Tale criterio c.d. della “continuità economica” è stato per la prima volta enunciato dalla Corte nella sentenza *Compagnie Royale Asturienne des mines* e a., resa nel 1984, ove essa ha affermato che ai fini dell’art. 101 (al tempo art. 85 del Trattato CEE), «il cambiamento della forma giuridica del nome dell’impresa non ha l’effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità di comportamenti anticoncorrenziali della precedente, qualora, sotto l’aspetto economico, vi sia identità fra le due»⁴³.

La conseguenza logica del criterio della continuità economica consiste nel fatto che è possibile ascrivere un’infrazione *antitrust* ad una persona giuridica diversa da quella che l’ha commessa, se la prima continua l’attività economica della seconda. È tuttavia evidente che una simile conseguenza sia suscettibile di essere criticata sotto il profilo del rispetto del principio della responsabilità personale, secondo il quale un illecito deve essere ascrivito solo a colui che l’ha commesso.

La Corte ha escluso che tale critica sia fondata; tuttavia la sua giurisprudenza non appare particolarmente lineare. Nella sentenza *Anic* essa ha sostenuto che il criterio della continuità economica entra in gioco *solo* qualora la persona giuridica responsabile della gestione dell’impresa abbia cessato di esistere giuridicamente dopo aver commesso l’infrazione⁴⁴. Diversamente, nella sentenza *ETI*⁴⁵, la Corte ha concluso nel senso della responsabilità di una società anche per le infrazioni commesse dall’entità di cui questa continuava l’attività economica, nonostante l’entità originaria

rimanesse operativa, seppure in settori economici diversi⁴⁶.

In quest’ultimo caso, lo Stato italiano aveva trasferito il settore del commercio dei tabacchi da AAMS (Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato), alla nuova società ETI (Ente tabacchi italiani) nel quadro di un processo di privatizzazione. Avendo accertato che ETI, proseguendo un’infrazione già iniziata da AAMS, aveva partecipato ad una intesa restrittiva della concorrenza, l’Autorità per la concorrenza italiana aveva sanzionato ETI in relazione sia alla sua condotta, sia a quella di AAMS. Nell’ambito del successivo procedimento pregiudiziale instaurato di fronte alla Corte, talune parti sostenevano che il principio della responsabilità personale avrebbe invece imposto che AAMS e ETI rispondessero ciascuna della propria condotta. In base ad una prima tesi, una deroga a tale principio, e la conseguente imputazione della responsabilità ad una persona diversa da quella che ha commesso l’infrazione, sarebbe stata ammissibile solo in circostanze eccezionali, per proteggere l’effetto utile delle regole *antitrust*; circostanze non riscontrabili nel caso di specie ove AAMS continuava ad esistere, esercitando altre attività economiche. Secondo un’altra tesi,

⁴³ C. giust. Ue, 28 marzo 1984, *Compagnie Royale Asturienne des mines* e a. c. *Commissione* c.r. 29 e 30/83, Racc. 1680, punto 9.

⁴⁴ C. giust. Ue, 8 luglio 1999, *Commissione* c. *Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, ECLI:EU: C:1999:356, punto 145.

⁴⁵ C. giust. Ue, 11 dicembre 2007, *AGCM* c. *ETI* e a., C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775.

⁴⁶ Principio confermato in C. giust. Ue, 5 marzo 2015, *Commissione* c. *Versalis SpA* e a. C-93/13 P e C-123/13 P, ECLI:EU:C:2015:150, punto 53. L’applicazione meno problematica di questo principio è la possibilità di ascrivere l’infrazione *antitrust* commessa da una società a quella che l’ha incorporata per fusione. Ad esempio nella sentenza *SNIA* la Corte affermato che «non è incompatibile con il principio della responsabilità personale il fatto di imputare la responsabilità di un’infrazione a un’altra società, nella sua qualità di società che ha assorbito quella che ha commesso l’infrazione quando quest’ultima ha cessato di esistere» C. giust. Ue, *SNIA* c. *Commissione* C-448/11 P, ECLI:EU:C:2013:801, punto 23 e in tal senso C. giust. Ue, 24 settembre 2009, *Erste Group Bank* e a. c. *Commissione*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Racc. I-8681, punti 77-79 e 85.

il criterio della continuità economica poteva essere applicato in deroga al principio di responsabilità personale solo nel caso in cui l'autore materiale della condotta fosse scomparso e pertanto fosse impossibile sottoporlo a sanzione.

La Corte, disattendendo entrambe tali tesi, ha confermato l'imputabilità ad ETI della condotta di AAMS, oltretutto della propria, e la sostanziale esenzione di quest'ultima dalla applicazione sanzione. Le ragioni per le quali è giunta a tale conclusione non sono però interamente chiare.

Essa ha anzitutto osservato che il principio della responsabilità personale può essere derogato nell'ipotesi in cui l'ente che ha commesso un'infrazione «ha cessato di esistere giuridicamente⁴⁷ o economicamente»; e a quest'ultimo riguardo, ha considerato «che una sanzione inflitta ad un'impresa che continua ad esistere giuridicamente, ma non esercita più attività economiche, rischia di essere priva di effetto dissuasivo»⁴⁸. In secondo luogo, ha rilevato che lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle norme *antitrust* sarebbe compromesso se non fosse prevista la possibilità di imposizione di una sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso l'infrazione, nel caso in cui l'identità giuridica di quest'ultimo sia stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa⁴⁹. La Corte ha concluso che, se sotto l'aspetto economico vi è identità tra i due enti, le forme giuridiche dell'ente che ha commesso un'infrazione e del suo successore sono irrilevanti; l'applicazione a tale successore della sanzione per l'infrazione non può essere esclusa per il solo fatto che questo possiede un altro status giuridico e opera

con modalità diverse rispetto all'ente cui è succeduto⁵⁰.

Da queste prese di posizione emerge che la ragione fondamentale per la quale la Corte ha imputato all'ente successore anche la condotta illecita del soggetto succeduto, nonostante questo non fosse scomparso, sia la necessità di garantire l'effetto dissuasivo delle sanzioni, il quale potrebbe affievolirsi se l'impresa colpita, pur mantenendo la sua forma giuridica, non esercita più l'attività economica in relazione alla quale si è prodotta l'infrazione, ovvero se fosse possibile eludere la sanzione semplicemente modificando la forma giuridica dell'impresa colpevole.

Le spiegazioni della Corte non sono del tutto chiare. Anzitutto la Corte sembra offuscare in parte la coerenza logica del criterio della continuità economica, collegandolo all'esigenza di imporre sanzioni efficaci. Infatti: se la responsabilità dell'ente successore deriva dalla circostanza che esso esercita la stessa attività economica del succeduto, la suddetta esigenza, sebbene reale, si pone su un altro piano argomentativo; in secondo luogo, una sanzione non perde necessariamente efficacia per il fatto che l'ente colpito non opera più nel settore economico dove si è prodotta l'infrazione: la prospettiva di dover pagare la sanzione nonostante la cessazione delle attività nel settore interessato dovrebbe comunque mantenere il suo effetto dissuasivo.

In ultima analisi gli argomenti della Corte spiegano perché l'ente successore possa essere ritenuto responsabile anche dell'infrazione del succeduto, ma non chiariscono le ragioni per le quali quest'ultimo non debba rispondere delle proprie condotte illecite, ossia la questione che nel caso era necessario risolvere⁵¹.

⁴⁷ V., in tal senso, C. giust. Ue, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 145.

⁴⁸ C. giust. Ue, *AGCM c. ETI e a.*, cit., punto 40.

⁴⁹ Ibidem, punto 41.

⁵⁰ Ibidem, punti 42-43.

⁵¹ Nella sentenza la Corte sviluppa ulteriori argomentazioni a sostegno delle sue conclusioni. Essa osserva che «l'applicazione della sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS all'ETI potrebbe

III.2. La responsabilità
extracontrattuale del successore
economico

Nelle sentenze *Courage*⁵² e *Manfredi*⁵³ la Corte ha affermato che chiunque ha il diritto a chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 101. Tale diritto è stato successivamente esteso e precisato dal legislatore europeo mediante la Direttiva n. 2014/104⁵⁴ che ha regolato le azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle norme *antitrust* dell'Unione e degli Stati membri.

L'esistenza di tale diritto pone il problema che consiste di sapere se le regole relative alla responsabilità derivanti dalla nozione di impresa elaborata ai fini della imputazione delle sanzioni valgano altresì

giustificarsi per il fatto che quest'ultimo e l'AAMS dipendono dalla stessa autorità pubblica". A tale riguardo occorre ricordare che, qualora due enti costituiscano lo stesso ente economico, il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito le sue attività economiche (v., in tal senso, sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit., punti 355-358). In particolare, una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali. Nelle cause principali, è certo che, al momento del loro comportamento illecito, l'AAMS e l'ETI erano detenuti dallo stesso ente pubblico, ossia il Ministero dell'Economia e delle Finanze, v. punti 47-50 della sentenza ETI. Tuttavia ancora una volta questi argomenti spiegano perché ETI possa essere sanzionato per l'attività di AAMS, non perché AAMS non risponda dei illeciti da esso commesso.

⁵² C. giust. Ue, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage* e *Crehan*, Racc. I-6297.

⁵³ C. giust. Ue, 13 luglio 2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

⁵⁴ Direttiva 2014/104 del 26 novembre 2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, in GUUE del 5 dicembre 2014, L 349/1; attuata in Italia con il D. Legs3/2017 del 19 gennaio 2017, GU n. 15 del 19 gennaio 2017.

in caso di azioni per il risarcimento del danno. Più precisamente, occorre domandarsi se la responsabilità della controllante per un'infrazione delle regole *antitrust* della controllata e la responsabilità del successore economico per una infrazione *antitrust* commessa dalla società succeduta sussiste anche quando ha natura extracontrattuale ed è fatta valere di fronte ad un giudice nazionale e non di stampo pubblicistico, come quella relativa al pagamento delle ammende imposte dalla Commissione.

Nella sentenza *Skanska*⁵⁵, la Corte si è pronunciata in relazione alla responsabilità per il risarcimento del danno del successore economico, dato che la controversia verteva sulla imputabilità della violazione dell'art. 101 a talune società che avevano acquisito tutte le azioni di società parti di un'intesa vietata, liquidando queste ultime e proseguendone le attività commerciali.

Avverso l'adozione della medesima nozione di impresa ai fini sia della imputazione delle sanzioni sia della responsabilità extra contrattuale erano state fatte valere in corso di causa due tipi argomentazioni. Anzitutto, si era rilevato che l'art. 11, § 1 della direttiva n. 2014/104, stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto *antitrust* siano responsabili in solido per il danno causato; da tale disposizione risulterebbe che spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro di determinare l'ente tenuto a risarcire il danno, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. In secondo luogo, si era notato che la giurisprudenza concernente l'individuazione del soggetto responsabile nel caso di applicazione delle regole sulle ammende, la cui finalità è dissuasiva, non può essere trasposta in un'azione di

⁵⁵ C. giust. Ue, 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions Oy*, C-724/17, ECLI:EU:C: 2019: 204.

risarcimento danni, il cui obiettivo è la compensazione del danneggiato.

La Corte ha respinto entrambi questi argomenti. Quanto al primo essa ha, non a torto, osservato che l'art. 11, § 1 della direttiva 2014/104, non riguarda la determinazione degli enti tenuti al risarcimento del danno, bensì la ripartizione della responsabilità tra i suddetti enti, e, pertanto, non conferisce agli Stati membri il potere di procedere a tale determinazione⁵⁶. Al contrario, la questione della individuazione dell'ente tenuto a risarcire il danno causato da una violazione dell'art. 101 è direttamente di disciplina dal diritto dell'Unione, posto che tale disposizione utilizza la nozione di "impresa" per designare l'autore dell'infrazione⁵⁷.

In relazione al secondo argomento, la Corte ha enfatizzato la funzione dissuasiva del risarcimento del danno analoga a quella che presenta la prospettiva di essere colpiti da una sanzione. Essa ha osservato che la possibilità di ottenere il risarcimento per il danno subito dalla sua violazione è diretta a garantire la piena efficacia dell'art. 101, e ne rafforza il carattere operativo⁵⁸. Pertanto le azioni di risarcimento danni costituiscono parte integrante del sistema di applicazione delle norme *antitrust*, il quale «mira a contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e a dissuaderle dall'adottare tali comportamenti»⁵⁹. Richiamando la sentenza *ETI*, essa ha osservato che se le imprese responsabili del danno provocato da un'infrazione alle regole di concorrenza dell'Unione potessero sfuggire alla loro responsabilità per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, l'obiettivo perseguito

da tale sistema nonché l'effetto utile delle regole *antitrust* sarebbe compromesso⁶⁰. Ne consegue – ha concluso la Corte – che la nozione di «impresa», ai sensi dell'articolo 101, «non può avere una portata diversa nel contesto dell'imposizione, da parte della Commissione, di ammende ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e in quello delle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione»⁶¹.

Le conclusioni della Corte appaiono senz'altro convincenti e non si vede la ragione per la quale esse non potranno essere in futuro trasposte anche nel caso di azioni di risarcimento del danno nei confronti di una controllante, per una violazione commessa dalla controllata.

PIETRO MANZINI

Bibliografia

M. Bronkers, A. Vallery, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, *World competition*, (34) 2011, pp. 535-570; S. Thomas, *'Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the Commission and the European Courts in EU anti-trust law'*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, (3), pp. 11-28; M. Kellerbauer, O. Weber, *Joint and several liability for fines imposed under EU competition law: recent development*, *EuZW - Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, pp. 688-693; O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine*, in *EU competition Law*, *CMLRev.* 51, 2014 pp. 1721-1758; B. Cortese, *Piercing the corporate veil*, in *EU competition law: the parent subsidiary*

⁵⁶ C. giust. Ue, *Skanska*, cit., punto 34.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 28.

⁵⁸ *Ibidem*, punti 43-44.

⁵⁹ *Ibidem*, punto 45.

⁶⁰ *Ibidem*, punto 46.

⁶¹ *Ibidem*, punto 47.

II. DIRITTO ANTITRUST
II.2 IL PUBLIC ENFORCEMENT DEI DIVIETI ANTITRUST

relationship and antitrust liability, in EU competition law – Between Public and Private Enforcement, ed. Bernardo Cortese, 2014, pp. 73-93; L.F. Pace, *'Dura lex sed lex: the Parent- subsidiary relationship in EU antitrust law and AEG Telefunken presumption – Independence of the EU legal system,*

effectiveness of competition law and protection of fundamental rights, in Litigation and arbitration in EU competition law, R. Ciotto - M. Marquis eds., 2015; P. Manzini, *Rethinking Parental Liability for Antitrust Infringement*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2016, Vol. 4, pp. 709-739.

LE INDAGINI CONOSCITIVE DELL'AGCM*

Sommario: **I.** Le indagini conoscitive “classiche”. – **II.** Le novità apportate dal decreto Asset, il parere del Consiglio di Stato e i contrasti sul perimetro di applicazione. – **III.** Le indagini conoscitive tra concorrenza e regolazione economica. – **IV.** Funzione sussidiaria o complementare? – **V.** Gli aspetti procedurali. – V.1. La Comunicazione dell'Autorità. – V.2. La fase conoscitiva: l'avvio, i poteri esercitabili e il Rapporto Preliminare. – V.2.1. La chiusura per assenza dei presupposti. – V.3. La fase rimediale: la Delibera delle Risultanze Conoscitive. – V.3.1. Gli impegni. – V.3.2. La definizione delle misure rimediali. – **VI.** Partecipazione, riservatezza, accesso.

I. Le indagini conoscitive “classiche”

Fin dalla sua istituzione l'Autorità annovera tra i propri poteri di indagine la possibilità di svolgere, di propria iniziativa o su sollecitazione di Ministeri competenti¹, un'attività conoscitiva di carattere generale in quei settori economici in cui l'evoluzio-

ne degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata, ai sensi dell'art. 12 c. 2 l. n. 287/1990.

Si tratta di un potere molto ampio che consente all'Autorità di acquisire informazioni riguardo a mercati non interessati da condotte presuntivamente in contrasto con la disciplina *antitrust*, quantomeno sulla base di quanto fino a quel momento noto all'Autorità. Lo scopo di tali indagini settoriali è esclusivamente conoscitivo, anche se l'Autorità può eventualmente utilizzare quanto acquisito per poi accertare condotte illecite, quali l'effettiva sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione dominante, nonché per esercitare i propri poteri di *advocacy*, segnalando al Parlamento o al Governo le criticità concorrenziali derivanti da atti normativi.

Ad oggi, l'Autorità ha concluso cinquantquattro indagini conoscitive (IC) in vari settori. Si osserva una particolare frequenza di interventi nell'ambito dell'energia e del gas², dei trasporti³, delle telecomunicazioni

* I paragrafi da I a IV sono stati redatti da Elisabetta Maria Lanza, mentre i paragrafi da V a VI a sono stati redatti da Cristina Lo Surdo. Le opinioni espresse dalle Autrici non riflettono necessariamente quelle dell'Istituzione di appartenenza.

¹ La norma menziona il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato e il Ministero delle partecipazioni statali. Ai sensi del d.l. n. 173/22, come convertito in l. n. 204/22 (Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri) come Ministero intitolato *ex lege* a sollecitare l'Agcm residua il corrispondente Ministero delle imprese e del made in Italy.

² IC8 - Settore dei gas di petrolio liquefatti per riscaldamento; IC9 - settore dell'energia elettrica; IC12 - Settore del gas metano; IC22 - Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale; IC38 - Mercato dello stoccaggio del gas naturale; IC46 - Settore del teleriscaldamento.

³ IC4 - Settore dei servizi portuali; IC6 - Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile; IC7 - Settore dell'alta velocità; IC10 - Tariffe aeree nazionali; IC24 - Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri; IC29 - Trasporto Pubblico Locale; IC52 - Mercato del gas naturale decreto legislativo 1° giugno 2011; IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del Trasporto Pubblico Locale.

e del digitale⁴, delle banche e della finanza⁵, dell'agroalimentare⁶, dei carburanti⁷ e della sanità⁸.

Per lo più, ad esito delle indagini conoscitive sono stati adottati interventi di natura segnalatoria nei confronti dei decisori politici e/o dei regolatori direttamente nelle conclusioni dell'IC o attraverso successive segnalazioni ex artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990. Solo in sporadiche occasioni l'IC si è rivelata prodromica all'avvio di procedimenti istruttori, come nel caso dell'abuso di posizione dominante contestato ad ENEL S.p.A. e ENEL Produzione S.p.A. nei mercati all'ingrosso dell'energia elettrica (A366 - *Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica*, chiuso il 20 dicembre 2006 con l'accettazione di impegni) derivante dalla chiusura nel 2005 di IC22 - *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, svolta congiuntamente al regolatore di settore Autorità per l'energia elettrica e il gas, ora Autorità di Regolazione per Energia Reti e

Ambiente (ARERA). Più risalente ancora l'avvio di sette istruttorie nei confronti di consorzi tra produttori di calcestruzzo per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza, ad esito della prima indagine conoscitiva conclusa nel 1993 (IC1 - *Settore del calcestruzzo preconfezionato*, IC6 - *Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile*). Inoltre, alla chiusura nel 1997 di IC14 - *Settore farmaceutico* ha fatto seguito nel 1998 l'avvio di tre istruttorie per condotte di intesa nei mercati dei farmaci etici in classe C.

Dal punto di vista procedimentale, come previsto dal regolamento sulle procedure istruttorie (art. 17 D.P.R. n. 217/1998), nel corso di tali indagini conoscitive l'Agenzia può richiedere informazioni o l'esibizione di documenti, nonché disporre ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti. Solo a seguito delle modifiche apportate dal recepimento italiano della Direttiva UE n. 1/2019 (c.d. ECN+), anche alle richieste di informazioni formulate nell'ambito di un'indagine conoscitiva è ora applicabile quanto previsto dall'art. 14 c. 5 l. n. 287/1990, ovvero la possibilità di imporre sanzioni in caso di omissione, incompletezza e non veridicità delle risposte fornite dalle imprese (v. *infra* V.2). Fino all'introduzione di tale novella normativa, l'acquisizione della documentazione era sostanzialmente rimessa alla leale collaborazione degli operatori di settore coinvolti.

Lo svolgimento di IC da parte dell'Autorità è assimilabile all'avvio di inchieste per settore economico e per tipo di accordi da parte della Commissione europea, come previsto dall'art. 17 del Regolamento UE n. 1/2003.

In generale, il ricorso a strumenti conoscitivi ad ampio spettro è comune a molte altre Autorità Nazionali di Concorrenza (ANC), dentro e fuori i confini dell'Unione Europea. Anche le attività di approfondimento settoriale delle altre Autorità

⁴ IC3 - Settore della radiotelefonía mobile cellulare; IC23 - Settore televisivo; IC39 - Servizi sms, servizi mms e servizi dati in mobilità; IC41 - Indagine conoscitiva sul settore audiovisivo; IC48 - Mercati di accesso e reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra larga; IC53 - Big Data.

⁵ IC25 - Ostacoli alla mobilità della clientela nell'ambito dei servizi di intermediazione finanziaria; IC32 - Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari; IC36 - La corporate governance di banche e assicurazioni; IC37 - Indagine conoscitiva sulle carte prepagate; IC45 - Indagine conoscitiva sui costi dei servizi bancari.

⁶ IC2 - Settore del latte; IC28 - Indagine sulla distribuzione agroalimentare; IC43 - Settore della Grande Distribuzione Organizzata; IC51 - Indagine conoscitiva sul settore lattiero caseario.

⁷ IC18 - Prezzi dei carburanti per autotrazione; IC21 - Ristrutturazione rete carburanti; IC44 - Impianti di distribuzione carburanti indipendenti.

⁸ IC14 - Settore farmaceutico; IC30 - Settore delle prestazioni sanitarie ospedaliere; IC50 - Mercati dei vaccini per uso umano.

riguardano prevalentemente mercati tradizionali di beni di largo consumo, per i quali i prezzi al dettaglio possono incidere in misura significativa sul benessere dei consumatori (come i settori farmaceutico, petrolifero, agroalimentare, energetico e dei trasporti). Più recentemente, si osserva una maggiore attenzione ai mercati dei servizi e dei prodotti digitali, con particolare riguardo ai temi connessi alla gestione dei dati.

Una differenza significativa nell'attività delle diverse Autorità riguarda il potere di adottare, a valle dell'indagine, raccomandazioni o misure vincolanti per le imprese, effettivamente previsto solo in pochi ordinamenti. Preme fin da ora evidenziare che il ricorso a strumenti investigativi più approfonditi e la potenziale adozione di misure rimediali rispetto ad imprese che non hanno posto in essere condotte illecite rende le conclusioni delle indagini conoscitive meritevoli di una particolare attenzione.

A riguardo, l'esperienza del Regno Unito si è rivelata particolarmente significativa.

Infatti, la britannica *Competition and Markets Authority* (CMA) sin dal 2002 (ai sensi della Parte 4 dell'*Enterprise Act*, poi modificato nel 2013 dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act*) conduce *market investigations* che possono determinare l'adozione di misure rimediali all'esito delle stesse. In particolare, se a seguito di una prima fase "esplorativa" emergono ragionevoli sospetti che possano esistere caratteristiche del mercato che hanno un effetto negativo sulla concorrenza (*Adverse Effect on Competition*), viene avviata una seconda fase di approfondimento. Infatti, l'art. 131.1 *Enterprise Act* dispone l'avvio di un'indagine se sussistono "*reasonable grounds for suspecting that any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any*

goods or services in the United Kingdom or a part of the United Kingdom". Nonostante la decennale disponibilità di tale strumento, la CMA ha di rado imposto delle misure strutturali, come nel caso del 2009 concernente il settore aeroportuale, in cui ha richiesto al gestore aeroportuale britannico di cedere tre aeroporti internazionali.

A livello eurolunitario, si segnala che l'iniziativa del 2020 della Commissione europea "*Single Market - New Complementary Tool to Strengthen Competition Enforcement*" era volta proprio all'adozione di uno specifico regolamento per introdurre un sistema di indagini di mercato di competenza della Commissione europea "*à l'anglaise*" (comunemente definito "*New Competition Tool*" o NCT).

Nel 2023, tuttavia, l'iniziativa è stata abbandonata⁹, mentre sono entrati in vigore il *Digital Services Act* e il *Digital Markets Act*, che hanno contribuito a ridisegnare i poteri delle autorità di concorrenza (quantomeno settorialmente) e le cui consultazioni pubbliche sono state svolte pressoché parallelamente al NCT.

Ad ogni modo, a livello nazionale alcuni Stati Membri hanno dato autonomamente seguito all'impulso di adottare un NCT. Tra gli Stati maggiormente proattivi in tal senso si annoverano la Germania e l'Italia. Altri, quali Svezia, Olanda¹⁰ e Norvegia, stanno esplorando la possibilità di introdurre un

⁹ Cfr. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.

¹⁰ Da ultimo, il 14 ottobre 2024 il Ministro dell'Economia olandese ha formalmente invitato la Camera bassa dell'Assemblea legislativa nazionale ad adottare una riforma dell'Autorità di concorrenza olandese, prevedendo – inter alia – anche l'attribuzione di un potere conoscitivo in grado di consentire anche l'imposizione di misure rimediali (cfr. <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-economische-zaken/documenten/kamerstukken/2024/10/14/kamerbrief-toekomstbestendig-mededingingsbeleid>).

NCT domestico. Già prima della consultazione ai fini del NCT europeo la Grecia aveva introdotto nel proprio ordinamento la possibilità di adottare delle misure rimediali ad esito delle indagini settoriali¹¹.

Il *Bundeskartellamt* tedesco, a seguito dell'introduzione il 6 luglio 2023 della § 32f del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ha visto rafforzati i propri poteri di indagine settoriale, potendo ora ricorrere ad una procedura bifasica, in virtù della quale – nel caso di fase due – tale Autorità ha anche la facoltà di correggere significativi e continuativi malfunzionamenti della concorrenza attraverso rimedi di natura comportamentale e strutturale (v. *infra* V.1).

Parallelamente, in Italia (v. *infra* II) è stata introdotta nel 2023 la possibilità di chiudere le IC con il ricorso a misure, sulla scorta del modello inglese.

Nonostante l'abbandono formale da parte della Commissione europea del NCT, il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 gennaio 2024, ha accolto con favore le iniziative adottate in proposito da diversi Stati membri, come appunto la Germania e l'Italia, e ha invitato la Commissione a introdurre un analogo strumento di indagine per evitare lacune nell'applicazione delle norme *antitrust*. Il Parlamento europeo, infatti, ha osservato che tali nuovi meccanismi consentono alle ANC di intervenire in mercati le cui dinamiche concorrenziali risultano pregiudicate non già da condotte unilaterali o concertate aggredibili attraverso i tradizionali strumenti *antitrust*, ma da caratteristiche strutturali suscettibili di determinare prezzi di equilibrio sovra-competitivi. Si tratterebbe, quindi, di un

utile strumento di intervento per le ANC, a complemento dei tradizionali poteri di *enforcement*, a cui ricorrere laddove questi ultimi si rivelino inadeguati al ripristino del corretto confronto concorrenziale¹².

Ancor più recentemente, il NCT europeo è stato richiamato dal c.d. rapporto Draghi, quale strumento ideale per bilanciare i benefici potenziali derivanti dalla risoluzione di problemi strutturali alla concorrenza e i limiti dell'*enforcement* concorrenziale, riconducibili soprattutto alle limitate risorse disponibili¹³.

II. Le novità apportate dal d.l. Asset, il parere del Consiglio di Stato e i contrasti sul perimetro di applicazione

In tale quadro si colloca la novità introdotta nel 2023 dal legislatore italiano

¹² *European Parliament resolution of 16 January 2024 on competition policy – annual report 2023 (2023/2077(INI))*, cfr. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0011_EN.pdf.

¹³ *The future of European competitiveness*, Settembre 2024, p. 303. Nel rapporto sono altresì indicate le preferibili aree di intervento del NCT, ovvero: collusione tacita; i mercati in cui sono maggiori le esigenze di protezione per i consumatori; i mercati in cui la resilienza economica è debole; azioni di *enforcement* passate in cui le informazioni/dati ricevuti dall'autorità indicano che gli impegni o i rimedi adottati non sono in grado di garantire la concorrenza. Il NCT verrebbe attivato a seguito di indicazioni specifiche di possibili comportamenti anticoncorrenziali o di una valutazione preliminare degli impatti positivi attesi dalla soluzione dei problemi strutturali individuati. Con il NCT la Commissione avrebbe il potere di progettare insieme alle imprese e accettare rimedi efficaci per affrontare le carenze sistematiche della concorrenza e porne l'applicazione.

¹¹ Si segnala l'indagine conoscitiva sul settore della distribuzione editoriale che ha condotto all'adozione di misure incidenti sugli assetti societari e di *governance* degli operatori di settore (cfr. <https://www.epant.gr/en/enumerosi/investigation-press.html>).

con l'art. 1 c. 5¹⁴ e 6¹⁵, del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104 recante *“Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investi-*

¹⁴ Art. 1 c.5 D.L. Asset: *“5. Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n.287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287”.*

¹⁵ Art. 1 c.6 D.L. Asset: *“6. In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati”.*

menti strategici”, convertito dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136 (D.L. Asset).

Le principali innovazioni apportate al potere di indagine conoscitiva già previsto dall'art. 12 c. 2 l. n. 287/1990 riguardano, come anticipato, la possibilità per l'Autorità di imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. Tali misure possono essere imposte nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea, *in primis* trasparenza, necessità e proporzionalità, nonché previa consultazione del mercato.

Rispetto alla previsione dell'art. 12 c. 2 l. n. 287/1990 il presupposto per l'adozione di siffatte misure è che l'Autorità riscontri *“problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori”*.

Al pari dei procedimenti istruttori per l'accertamento degli illeciti *antitrust*, l'Autorità può accettare gli impegni proposti dalle imprese, nonché può imporre le sanzioni e le penalità di mora sia nel caso in cui le imprese frappongano ostacoli all'esercizio dell'attività istruttoria sia nel caso di inottemperanza alle misure imposte. Infine, anziché dar seguito a separati interventi di *advocacy ex art. 21 o 22 l. n. 287/1990*, già con il provvedimento di chiusura dell'IC l'Autorità può raccomandare le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune¹⁶.

Ciò posto, l'ambito di applicazione e la qualificazione della funzione discendente dalle innovazioni apportate alle IC sono state oggetto di un articolato percorso

¹⁶ Si richiama, *inter alia*, IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del Trasporto Pubblico Locale, provv. 26061 del 1° giugno 2016, p. 149, nella parte in cui si afferma che la stessa indagine conoscitiva, con particolare riguardo per i suggerimenti di *policy* proposti, si inserisce nell'ambito dell'attività di *advocacy* e intende contribuire al processo di riforma del settore attualmente in corso.

definitorio e di un relativo dibattito dottrinale, tuttora non sopito. Considerate le criticità sottese all'introduzione del NCT nazionale si attendono in prospettiva anche interventi giurisprudenziali volti auspicabilmente a sciogliere i primi nodi già emersi. Pertanto, prima di esporre le peculiarità discendenti dal rafforzamento dello strumento conoscitivo d'indagine, sarà necessario esporre i dubbi concernenti sostanzialmente l'estensione oggettiva del rafforzamento introdotto nel 2023, in considerazione del dibattuto perimetro della norma che ha apportato la novità.

I rilievi mossi dalla dottrina in relazione all'estensione della norma sorgono a partire dalla stessa rubrica dell'art. 1 D.L. Asset intitolata "*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*". L'articolo 1 c. 1 e 2 disciplina le intese in caso di coordinamento algoritmico delle tariffe praticate dalle compagnie nel settore aereo, nonché gli abusi di posizione dominante in base al livello dei prezzi fissati attraverso un sistema di gestione dei ricavi. Inoltre, il c. 3 annovera tra le pratiche commerciali scorrette, a cui si applica la disciplina posta dagli articoli da 18 a 27 c. cons., l'utilizzo di procedure automatizzate di determinazione delle tariffe aeree basate su attività di profilazione *web* dell'utente o sulla tipologia dei dispositivi elettronici utilizzati per le prenotazioni, quando esso comporta un pregiudizio al comportamento economico del consumatore. È parimenti applicabile la disciplina del codice del consumo per tale condotta anche ad altri settori del trasporto in presenza di uno stato di emergenza nazionale ovvero qualora gli spostamenti stradali o ferroviari lungo il territorio nazionale siano, in tutto o in parte, impediti da eventi eccezionali dichiarati da pubbliche autorità (c. 4).

I c. da 7 a 9 prevedono varie misure dirette a favorire la trasparenza nel settore del trasporto aereo, come la pubblicazione da parte dell'Autorità sul proprio sito

internet istituzionale di un documento, costantemente aggiornato anche alla luce del diritto vigente, sui diritti degli utenti in relazione alla trasparenza delle condizioni di prezzo praticabili dalle compagnie aeree.

I c. 5 e 6 (v. *supra* note 14 e 15), invece, dispongono a livello generale il rafforzamento del potere di indagine conoscitiva dell'Autorità, menzionando solo nella seconda parte del c. 5 il trasporto aereo limitatamente ai fattori specifici del settore.

Come osservato, l'intero testo dell'art. 1 D.L. n. 104/2023, oltre alla rubrica, è espressamente riferito alla materia dei prezzi dei trasporti aerei dei passeggeri, con l'eccezione del primo periodo del c. 5 e del c. 6 (logicamente dipendente dal comma precedente), che, stralciati dal contesto, possono essere interpretati come riferiti a qualsiasi mercato e non solo al trasporto aereo, e quindi tali da introdurre, nell'ordinamento italiano, un NCT di portata generale.

A fronte di tale dettato normativo, la stessa Autorità nel novembre 2023 ha formulato una richiesta di parere al Consiglio di Stato in ordine all'ambito di applicazione di tale disposizione, chiedendo di chiarire "*se – alla luce della genesi del decreto-legge, della formulazione della rubrica dell'articolo richiamato e della modulazione delle relative disposizioni, così come operata in sede di conversione – l'ambito dei poteri introdotti (con l'articolo 1, commi 5 e 6) debba ritenersi circoscritto, ratione materiae, al settore del trasporto aereo di passeggeri ovvero possa assumersi esteso, in termini generali, a tutte le indagini conoscitive*".

Per l'Autorità, un simile esito sarebbe irragionevole, sia per disparità di trattamento con altri settori economici, sia per esigenze di sistema. Inoltre, una lettura comparatistica si pone a favore di una interpretazione trasversale ed estensiva.

Il Consiglio di Stato, Sez. I consultiva, ha reso il parere del 29 gennaio 2024, n. 61 ritenendo che i nuovi poteri previsti

dall'art. 1 c. 5 e 6 D.L. Asset “operino, senza restrizioni di ordine settoriale o merceologico, per tutti i settori per i quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva”.

Infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario adottare un approccio ermeneutico di ordine teleologico e sistematico, anche a fronte di un'interpretazione eccessivamente restrittiva discendente dal testo complessivo dell'articolo che, alla luce dei lavori preparatori e della relazione governativa illustrativa, sembrerebbe, *prima facie*, militare per la limitazione dei poteri di cui ai c. 5 e 6 all'ambito oggettivo del trasporto aereo.

Pertanto, al di là della rubrica dell'articolo, che comunque *non facit legem*, la Sezione ha osservato che mentre i primi quattro commi dell'art. 1 hanno espresso riguardo al settore del trasporto aereo, il c. 5, nella sua prima parte, evoca, in termini generali, il potere dell'Autorità di attivare indagini conoscitive.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha rilevato che le disposizioni di cui ai c. 5 e 6 dell'art. 1 “siano ricomprese all'interno di un articolato provvedimento normativo, complessivamente preordinato alla tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici”, che prevede, a tal fine, “interventi urgenti” relativi ad ambiti diversi ed eterogenei (trattandosi, con ciò, di un decreto c.d. *omnibus*). Con ciò, il contesto nel quale la norma si inserisce (e nel quale, ai fini del suo esatto intendimento, occorre operarne l'inquadramento, per coglierne la complessiva ratio che vi è sottesa) è, in realtà, meno specifico e limitato di quanto il tenore letterale consenta di desumere”.

Andando alla funzione delle IC, la Sezione ha confermato che “la logica complessiva dell'intervento è [...] quella di assicurare il ripristino della concorrenza effettiva in contesti nei quali l'attenuazione del confronto competitivo tra gli operatori e le conseguenti

perdite di benessere dei consumatori discendono non già dall'adozione di strategie concertate, né da restrizioni di matrice regolamentare, ma dalla stessa struttura del mercato”.

Per il Consiglio di Stato “il potere di indagine di cui al comma 2 dell'articolo 12 è riconducibile all'ambito di quei poteri conoscitivi dell'Autorità volti a garantire al Parlamento, al Governo e alle pubbliche amministrazioni, in un'ottica di promozione della concorrenza, un ausilio nell'azione di adeguamento dell'ordinamento e della realtà economica ai principi di concorrenza”.

In tale ottica, la disposizione dell'articolo 1 c. 5 D.L. Asset “completa i poteri di indagine, legittimando l'Autorità ad imporre l'adozione delle misure necessarie per ripristinare le condizioni di concorrenza nel settore interessato”.

Inoltre, la Sezione osserva come non sia ragionevole che siffatto potere sia confinato al settore del trasporto aereo, anche considerando che in nessun caso i poteri investigativi e decisorii attribuiti all'Autorità sono modulati in funzione del settore merceologico nel quale operano le imprese interessate.

In definitiva, “una compressione dei poteri di intervento dell'Autorità mal si concilierebbe, in assenza di giustificazioni oggettive, con il generale principio di proporzionalità e il divieto di discriminazione tra operatori economici, di derivazione costituzionale e euro-unitaria”.

Le conclusioni del Consiglio di Stato sono state richiamate dall'Autorità nella “Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136” (“Comunicazione”, v. *infra* V.1).

Alla tesi sistematica confermata dal Consiglio di Stato, tale da escludere la limitazione settoriale della norma che rafforza gli esiti delle IC già generalmente disciplinate dall'art. 12 c. 2 l. n. 287/1990, come sopra osservato, continua ad opporsi una

tesi restrittiva sostenuta da una parte della dottrina, secondo cui l'art. 1 c. 5 e 6, non può che essere considerato come unicamente un intervento eccezionale ed urgente circoscritto ad un limitato ambito settoriale, ovvero quello del trasporto aereo, affetto dalle criticità riscontrate dal Governo, in cui si inquadra complessivamente l'art. 1 D.L. Asset.

Per i sostenitori di tale tesi restrittiva una diversa interpretazione dell'ambito di applicazione delle novità introdotte con il D.L. Asset sarebbe suscettibile di censure di legittimità costituzionale sotto i profili della violazione dell'art. 77 Cost. con riferimento alla sussistenza dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza del decreto-legge, della omogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto del decreto-legge¹⁷, oltre che la violazione più generale dei principi di legalità e di riserva di legge.

Per tale orientamento l'interpretazione estensiva adottata dal Consiglio di Stato implicherebbe una sorta di «delega in bianco» di competenze regolatorie ad una autorità di *enforcement*.

A favore di un approccio interpretativo restrittivo si colloca anche la posizione di alcune Autorità Nazionali di Regolazione (ANR). In particolare, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) nel luglio 2024 ha proposto ricorso giurisdizionale avverso la Comunicazione dell'Agcm¹⁸, mentre nell'ottobre 2024 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)¹⁹ ha segnalato al Governo le criticità discendenti dall'applicazione estensiva della novella normativa dettata dal

D.L. Asset. L'Agcom contesta espressamente l'interpretazione estensiva adottata dal Consiglio di Stato e applicata dall'Agcm, osservando che siffatto approccio determina un capovolgimento dell'ordinario rapporto tra norma eccezione e norma generale. Tale applicazione estensiva è idonea a consentire all'Agcm di *“incidere con non meglio definite “misure strutturali” e/o “comportamentali”, adottate, sul tessuto regolamentare disciplinante i vari settori di volta in volta considerati, in tal modo interferendo con le scelte tecniche che le ANR di riferimento effettuano in base alle proprie espressioni (ed esclusive) competenze di derivazione euro-unitaria nei vari ambiti vigilati”* dalle ANR. Pertanto, l'Agcom auspica che il Governo fornisca un chiarimento dell'ambito applicativo della norma *“idoneo a restituire alle ANR di settore il ruolo che è loro affidato dal legislatore europeo e nazionale a garanzia del consumatore-utente e del corretto sviluppo concorrenziale dei settori di mercato di rispettiva competenza, in conformità con il quadro dei principi costituzionali ed eurounitari di riferimento”*.

In senso contrario ai dubbi di legittimità costituzionale vi è chi autorevolmente osserva che tutto il diritto della concorrenza europeo è costruito su nozioni giuridiche indeterminate (come gli artt. 101 e 102 TFUE e i corrispondenti artt. 2 e 3 l. n. 287/1990). Conseguentemente la norma introdotta dal D.L. Asset può essere letta come un *“completamento”* della disciplina di tutela della concorrenza. Inoltre, un vincolo finalistico ai poteri dell'Agcm può essere ricostruito alla luce delle finalità generali della disciplina *antitrust*, ricostruite alla stregua del diritto vivente. Ciò posto, secondo una parte degli osservatori, la circostanza che il NCT italiano non abbia (allo stato) un omologo eurounitario e un corrispondente sindacato diretto della C. giust. UE determina che l'applicazione della norma in esame è rimessa esclusivamente al sindacato di legittimità

¹⁷ In tema di omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge si richiamano le sentenze della C. cost. nn. 181, 226 e 247 del 2019, 115 e 149 del 2020, 30 e 230 del 2021, 8 del 2022.

¹⁸ Arera, Deliberazione dell'8 luglio 2024, 276/2024/C.

¹⁹ Agcom, Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 Luglio 1997, n. 249, 2 ottobre 2024.

del giudice nazionale, ma senza il supporto di indicazioni di diritto europeo, così prospetticamente da richiedere un rafforzamento del sindacato stesso sull'esercizio di tale potere discrezionale.

III. Le indagini conoscitive tra concorrenza e regolazione economica

Come precisato nei Principi applicativi illustrati dalla Comunicazione (v. *infra* V.1), le novità derivanti dal D.L. Asset non introducono una nuova tipologia di indagini conoscitive, ma consentono solo di poter adottare – ad esito di uno specifico procedimento (v. *infra* V.3.1) – misure necessarie e proporzionate a eliminare le distorsioni della concorrenza con particolare riguardo a quei settori in cui tali anomalie cagionano un pregiudizio per i consumatori in modo significativo e duraturo.

Il potere conoscitivo in esame è riconducibile all'ambito della promozione della concorrenza e di ausilio nell'azione di adeguamento e conformazione dell'ordinamento e della realtà economica ai principi di concorrenza.

Con riferimento alla seconda (ed eventuale) fase rimediaria, occorre domandarsi se l'adozione di siffatte misure, ferma restando la funzione pro-concorrenziale, siano anche dotate di una portata regolatoria.

In dottrina si è posto il tema della qualificazione della funzione sottostante al novellato potere conoscitivo. Escluso che si tratti di uno strumento di *enforcement* (a cui tipicamente corrisponde anche un potere sanzionatorio), posto che non vi è l'accertamento della violazione di una norma e non è prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, i dubbi si annidano intorno alla sussistenza di un grado di afflittività discendente dalle misure comportamentali e/o strutturali. A riguardo è stato ipotizzato che potesse configurarsi

una funzione ablatorio-espropriativa, ma – se così fosse – andrebbe dimostrata la pubblica utilità che giustifica l'esercizio di una funzione così invasiva. Un'altra ipotesi ricostruttiva richiama la funzione pianificatoria, che tuttavia non è applicabile al modello delle Autorità indipendenti (per la quale sarebbe comunque necessaria una precisazione normativa, considerata la riserva di legge contenuta nel c. 3 dell'art. 41 Cost.). E ancora, è stata richiamata la funzione autorizzatoria, assimilabile a quella delle operazioni di concentrazioni.

Invero, appare difficile escludere che l'applicazione delle misure implichi una funzione di carattere regolatorio, ancorché sempre orientata a garantire le condizioni di concorrenza nel settore interessato, considerato il carattere *ex ante* dell'intervento e l'impatto pressoché generale rispetto agli operatori economici coinvolti.

In tale ottica, le novità apportate *sub specie* di misure rimediali imponibili dall'Autorità sono dotate di una "natura in parte regolatoria". Ciò appare anche supportato dalla stessa struttura del procedimento, che – sulla falsariga dei meccanismi di "*notice and comment*" adottati dalle stesse ANR – si fonda anche sull'apporto degli operatori di settore e sulle garanzie procedurali improntate all'esercizio del diritto al contraddittorio (v. *infra* V.3).

Pertanto, la funzione più adeguata agli esiti che potrebbero discendere dall'adozione delle misure è riconducibile all'esercizio del potere conformativo di regolazione correttiva di mercati inefficienti, anche quando in questi mercati non siano state accertate intese anticoncorrenziali o abusi di posizione dominante. Infatti, l'imposizione di misure comportamentali o strutturali alle imprese al di fuori dell'accertamento di un'infrazione *antitrust* o al di fuori della verifica di un'operazione di concentrazione assimila tale funzione conoscitiva, nella sua declinazione (eventuale) finale, ad un'attività

di regolazione economica, sempre però orientata essenzialmente a rimuovere i “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*”.

In tale prospettiva, si pone il tema del coordinamento fra il NCT italiano e i poteri di regolazione che normative speciali attribuiscono alle ANR di settore.

A riguardo la Comunicazione prevede momenti di coinvolgimento e di interlocuzione con le Autorità di regolazione settoriale (v. *infra* V.2, V.3., V.3.1). In particolare, tali Autorità vengono informate e/o coinvolte nella partecipazione procedimentale al momento della pubblicazione del rapporto preliminare (§ 6), nel caso in cui vengano proposti degli impegni (§ 16) e prima dell'adozione del provvedimento finale e delle eventuali misure rimediali (§ 23).

IV. Funzione sussidiaria o complementare?

In dottrina è stato avanzato il dubbio se il (rinnovato) potere conoscitivo debba ritenersi sussidiario a tutti i tradizionali poteri di accertamento e sanzione e di *advocacy*, nella misura in cui l'Autorità dovrebbe ricorrere a tale strumento conoscitivo in una logica meramente eccezionale e residuale rispetto a situazioni di mercato che non possono essere affrontate attraverso il tradizionale antitrust *enforcement* o altri strumenti, quali l'accertamento dell'abuso di dipendenza economica, i poteri di segnalazione o la facoltà di proporre ricorso davanti al giudice amministrativo. A sostegno di tale funzione sussidiaria, secondo taluni, militerebbe anche la stessa Comunicazione, nella parte in cui prevede la facoltà dell'Autorità, laddove chiuda la IC senza avviare la fase rimediale, di indirizzare atti di *advocacy* o deliberare un avvio dell'istruttoria per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza o

di un abuso di posizione dominante (§ 8 della Comunicazione).

Tuttavia, occorre precisare che rispetto ai “tradizionali” poteri di *enforcement* di cui è dotata l'Autorità il potere conoscitivo differisce per il presupposto posto a base del suo esercizio, i possibili soggetti destinatari delle misure e la natura stessa delle misure.

In primo luogo, il presupposto che legittima l'intervento rimediale (“*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*”) è orientato al perseguimento del *consumer welfare* (*id est*, la correzione di fattori che comportano una riduzione dell'offerta disponibile per i consumatori in senso quantitativo o qualitativo, sotto il profilo della limitazione della libertà di scelta), mentre gli interventi di *enforcement* possono avere approccio più ampio alla restrizione della concorrenza da rimuovere.

In secondo luogo, mentre gli interventi di *enforcement* si dirigono esclusivamente verso le imprese punite e assicurano l'effettiva cessazione della condotta illecita, le «misure» imponibili a conclusione di una *market investigation* introducono obblighi di comportamento per tutte le imprese interessate e sono proiettate al futuro, mirando a migliorare le condizioni di funzionamento del mercato.

In terzo luogo, le misure rimediali non sono dotate dello stesso grado di afflittività delle sanzioni amministrative pecuniarie, di talché le prima non rientrano nel c.d. diritto amministrativo “punitivo”, alla luce dei criteri dettati dalla storica sentenza Engel della Corte EDU²⁰. Sul punto si

²⁰ Come è stato acutamente osservato, il NCT italiano è una norma attributiva di competenza regolatoria, ma non una norma punitiva. Si richiama più precisamente Corte EDU, *Engel ed altri contro Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, secondo cui per determinare se esista o meno un'«accusa penale», occorre tenere conto di tre cri-

osserva anche che le misure rappresentano l'esito di un confronto ampio e approfondito con tutti gli *stakeholder* interessati e, pertanto, assolvono ad una funzione di miglioramento dell'intero settore economico interessato, in grado di apportare benefici nel complesso del settore.

Sulla base delle descritte assunzioni, più che una funzione meramente sussidiaria dello strumento conoscitivo rispetto a quello di *enforcement*, potrebbe essere apprezzata come una funzione complementare, adottando un approccio sinergico tra i poteri a disposizione dell'Autorità nel rimediare alle distorsioni di concorrenza pregiudizievoli per il consumatore, pur nella considerazione della peculiarità e della delicatezza del potere che consente di introdurre misure ad operatori che non hanno di per sé posto in essere condotte illecite.

teri alternativi e non cumulativi: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della «sanzione». Sul tema la Corte EDU, nel caso *Menarini Diagnostic c. Italia*, deciso con sentenza del 27 settembre 2011, ha evidenziato che la qualificazione formalmente amministrativa di una misura sanzionatoria come quella comminata dall'Autorità non preclude che alla stessa venga attribuito carattere sostanzialmente penale, qualora, per carattere afflittivo e deterrente, essa sia in grado di incidere in maniera apprezzabile sulla sfera giuridica del destinatario. Pertanto, sia la sanzione penale sia quella amministrativa perseguirebbero un interesse pubblico corrispondente alla volontà di impedire la reiterazione di condotte illecite mediante l'applicazione di un provvedimento punitivo. Di conseguenza, le procedure di irrogazione di tali sanzioni devono assicurare il livello di tutela previsto dall'art. 6 CEDU al fine di garantire il diritto ad un equo processo. A tale scopo, però, non è necessario che tali garanzie vengano perseguite nel procedimento amministrativo, potendo essere poi recuperate nella fase giurisdizionale davanti ad un giudice di *full jurisdiction*, in grado di esercitare un sindacato pieno e sostitutivo dell'Amministrazione.

V. Gli aspetti procedurali

V.1. La Comunicazione dell'Autorità

Per definire le procedure di applicazione della nuova norma, l'Autorità ha predisposto uno schema di Comunicazione, espressamente adottata “a complemento” del D.P.R. n. 217/98 e sue successive modifiche²¹. A seguito di consultazione pubblica preventiva²², come già avvenuto per altri atti di c.d. *soft law* dell'Autorità, ne è stato deliberato il testo definitivo²³, di cui è espressamente prevista la modificabilità, decorsi due anni, alla luce dell'esperienza applicativa.

All'*enforcement* dei nuovi poteri è preposta una specifica Direzione all'interno dell'Autorità, costituita a inizio 2023 nell'ambito di un generale ripensamento dello strumento²⁴, nel cui contesto si è inserita la modifica normativa.

Nei “*Principi applicativi*” (primo capoverso) della Comunicazione è stato anzitutto premesso che la nuova norma sulle IC introdotta dal D.L. Asset non definisce una nuova tipologia di indagini conoscitive rispetto a quella già prevista dall'art. 12 c. 2 l. n. 287/1990, ma dà vita a un procedimento unitario strutturalmente bifasico in quanto, dopo una prima

²¹ Da ultimo, il D.P.R. n. 217/98 è stato modificato dal D.P.R. 18 novembre 2024, n. 214, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 5 dell'8 gennaio 2025 ed entrato in vigore il 23 gennaio 2025.

²² Avviata il 6 marzo 2024 a seguito di pubblicazione dello schema della Comunicazione.

²³ Delibera del 7 maggio 2024, n. 31190, recante “*Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del Decreto legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136*”, pubblicata il 13 maggio successivo sul sito internet dell'Autorità.

²⁴ Nel contesto di rilancio dello strumento, la nuova Direzione dalla sua costituzione e prima dell'entrata in vigore della nuova norma ha avviato (e concluso) due indagini conoscitive: la IC54 sulla filiera dei prodotti petroliferi e la IC55 sugli apparecchi acustici.

fase d'indagine, in linea con il passato tipicamente conoscitiva, può oggi essere svolta «una seconda fase rimediale volta a individuare misure necessarie e proporzionate a eliminare le distorsioni della concorrenza» previamente individuate. È del resto lo stesso art. 1 c. 5 D.L. n. 104/2023 a stabilire che l'esercizio dei nuovi poteri rimediali si innesta «in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 10 ottobre 1990, n. 287» e che essi possano essere dunque attivati laddove tale indagine conoscitiva "classica" abbia evidenziato la ricorrenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori.

Quanto al presupposto di applicazione dei nuovi poteri, nel parafrasare sostanzialmente la norma istitutiva, l'Autorità non ha ritenuto di dettagliare nella Comunicazione fattispecie esemplificative²⁵ né "caratteristiche"²⁶ dei settori/mercati indagati a fronte delle quali azionare i nuovi poteri. Inoltre, nella Comunicazione l'Autorità non si è nemmeno auto-vincolata a pubblicare previamente e periodicamente le priorità da affrontare con il nuovo strumento di intervento, benché ciò potrebbe ritenersi

possibile ai sensi della norma generale²⁷ e da alcuni anche auspicato allo scopo di mitigare il rischio di una eccessiva discrezionalità e consentire comunque al medesimo tempo un approccio *case-by-case*. Al proposito è stata sottolineata l'importanza di mantenere una sostanziale flessibilità di intervento per poter adattare i nuovi poteri ai rapidi mutamenti dei mercati che, come insegna l'esperienza della digitalizzazione, comportano l'insorgenza di nuove problematiche.

Tuttavia, a seguito di quanto emerso durante la consultazione pubblica circa il rischio di una eccessiva dilatazione dei nuovi poteri, la Comunicazione ha aggiunto a quanto previsto dalla norma che i problemi concorrenziali a fronte dei quali sarà prioritariamente attivato il NCT, pur nell'ambito della discrezionalità di cui gode l'Autorità, siano "significativi e persistenti", presumibilmente mutuando tale duplice presupposto dall'art. 32f della GWB tedesca²⁸.

Nella Comunicazione non è stato previsto nulla con riguardo al regime transitorio. La prima indagine che reca espressa menzione della Comunicazione nel relativo provvedimento di avvio è quella relativa all'editoria scolastica²⁹. Tuttavia all'indagine che era già in corso al momento della sua adozione (IC56³⁰), che era la prima avviata sulla base

²⁵ Una *blacklist* dei malfunzionamenti di mercato a fronte dei quali possono essere adottati dal *Bundeskartellamt* misure rimediali a valle di una indagine settoriale ("*Sektoruntersuchung*") è contenuta nel § 32f(5) della GWB tedesca, che cita le forniture unilaterali o l'esercizio di *buyer power*, le restrizioni di mercato in ingresso e in uscita, gli ostacoli al passaggio a un altro fornitore o acquirente, i comportamenti coordinati, la preclusione dell'accesso ai fattori di produzione o ai clienti attraverso relazioni verticali.

²⁶ La nozione di "caratteristiche" ("*features*") di mercato tali da impedire/restringere/alterare la concorrenza assunta centralità nell'art. 131 dell'*Enterprise Act* britannico, che dopo le modifiche del 2013 consente alla CMA di adottare misure rimediali ad esito di una "*market investigation*".

²⁷ Si potrebbe ritenere che valga anche per le IC la regola generale introdotta, in attuazione delle Direttiva UE n. 1/2019, dal D.Lgs. n. 185/2021 che, aggiungendo all'art. 12 l. n. 287/1990 il c. 1-ter, ha previsto che «l'Autorità ha il potere di definire le priorità di intervento ai fini dell'applicazione della presente legge e degli articoli 101 e 102 TFUE».

²⁸ V. § 32f GWB, che parla di "*erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs*". In particolare, il malfunzionamento deve essere continuativo o reiterato per almeno tre anni.

²⁹ IC57, avviata con provv. 31319 del 10 settembre 2024.

³⁰ IC56 - Algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri sulle rotte nazionali da e per la Sicilia e la Sardegna, avviata con provv. 30874 del 14 novembre 2023 e alla data di redazione della presente Voce ancora pendente.

(oltre che dell'art. 12 c. 2 l. 287/1990 e art. 17 D.P.R. 217/1998) anche del nuovo art. 1 c. 5 D.L. n. 104/2023, sono state considerate applicabili le regole procedurali ivi cristallizzate.

V.2. La fase conoscitiva:
l'avvio, i poteri esercitabili
e il Rapporto Preliminare

La prima fase – conoscitiva – delle indagini corrisponde in buona approssimazione al “*market study*” della CMA anglosassone e ha inizio con il provvedimento di avvio.

Il procedimento per lo svolgimento delle indagini conoscitive “classiche” *ex* art. 12 c. 2 l. n. 287/90 aveva carattere prevalentemente informale, essendo rimessa alla discrezionalità dell'Autorità la scelta se pubblicarne sul Bollettino l'avvio (art. 17 c. 1 D.P.R. n. 217/1998), al pari di quanto previsto per l'esito delle attività (art. 17 c. 4). La Comunicazione ha invece previsto come doverosa tale pubblicazione in Bollettino (cui si accompagna la pubblicazione nel sito internet istituzionale) e ha dettagliato il contenuto della decisione di avvio. Nel medesimo senso si esprime il novellato art. 17 c. 1 D.P.R. n. 217/1998 a seguito delle modifiche implementate dal D.P.R. n. 214/2024. Pertanto, l'avvio deve oggi indicare: l'oggetto dell'indagine e gli eventuali problemi concorrenziali, il richiamo all'art. 1 c. 5 ai sensi del quale l'Autorità può imporre alle imprese, ove ne ricorrano i presupposti, misure rimediali, il responsabile del procedimento e il termine di conclusione dello stesso.

A tale ultimo proposito si è optato per non introdurre nella Comunicazione un termine generale (fisso o almeno massimo³¹) per lo svolgimento di tutte le IC, ma, in conformità a quanto accade per i procedi-

menti istruttori su intese e abusi, di consentire di fissare discrezionalmente al momento dell'apertura di ciascuna IC un termine per la loro conclusione, con la possibilità di prorogarlo motivatamente. Si consideri che le più di 50 indagini conoscitive condotte dall'Autorità dal 1990 (v. *supra* I) ad oggi hanno avuto una durata media di due anni.

La Comunicazione prevede che, anche contestualmente alla pubblicazione dell'avvio, l'Autorità possa disporre consultazioni pubbliche (c.d. *call for input*), specificando i temi oggetto di interesse (nel concreto anche indirizzando i contributi attraverso la predisposizione di una lista strutturata di quesiti) e indicando un termine entro cui poter presentare osservazioni. Tali consultazioni sono mutate dal modello anglosassone e sono volte a favorire la più ampia partecipazione dei diversi portatori di interessi, che possono inviare commenti.

Gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti nell'ambito di tale prima fase entrano a far parte del relativo fascicolo e possono poi essere pubblicati nel sito istituzionale, sotto forma di un Rapporto Preliminare (“RP”). In tale RP possono confluire anche i contributi resi in seno alle consultazioni pubbliche, rispetto ai quali varranno le regole sulla riservatezza indicate al § 26 della Comunicazione, con conseguente salvaguardia delle informazioni in relazione alle quali vengano espresse esigenze di confidenzialità.

Il RP fissa un termine (non inferiore a 30 giorni) entro cui chiunque vi abbia interesse può presentare osservazioni, costituendo pertanto - nell'ambito della prima fase conoscitiva dell'indagine – un ulteriore momento di consultazione del mercato non previsto dal D.L. Asset, dopo la c.d. *call for input*.

Ai sensi del § 6 della Comunicazione, della possibilità di esprimere osservazioni sulla RP l'Autorità informa specificamente l'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto della IC.

³¹ A differenza del sistema britannico, nel quale è previsto che la fase 2 debba concludersi nel termine massimo di 18 mesi.

Se, dunque, è escluso un coinvolgimento delle Autorità di settore sin dall'avvio dell'IC, considerato che tali soggetti potrebbero in tale stadio non essere stati ancora individuati, se ne è invece previsto un coinvolgimento ad esito della pubblicazione della RP. Da notare che il riferimento della Comunicazione è alle "Autorità di regolazione settoriale" (si pensi a quelle preposte ai settori telecomunicazioni, energia, servizi assicurativi, servizi bancari, trasporti), escludendo un coinvolgimento sistematico delle autorità non regolatorie di specifici ambiti merceologici. Queste ultime, rientrando tra gli "altri soggetti pubblici rilevanti" che l'Autorità "può" comunque informare, possono essere utilmente contattate quando effettivamente ritenuto opportuno a seconda dell'oggetto della IC (si pensi all'ANAC, al Garante per la protezione dei dati personali, a eventuali Ministeri).

La previsione di cui al § 6 della Comunicazione differisce nella sua formulazione da quella utilizzata per disciplinare il parere obbligatorio (che l'Agcm deve infatti "chiedere" indicando all'Autorità interpellata un termine per la risposta) invece previsto per l'adozione del provvedimento di chiusura dell'indagine, sia esso di accoglimento degli impegni o di imposizione di misure rimediali (§§ 16 e 23 della Comunicazione): non sembra tuttavia che la formulazione di cui al § 6 – maggiormente informale delle previsioni relative al parere obbligatorio, come del resto è la fase conoscitiva in cui essa si inserisce – dia luogo a differenze sostanziali, dal momento che l'uso del modo indicativo ("l'Autorità informa") sembra indicare comunque un dovere dell'Autorità di rivolgersi all'Autorità settoriale, mentre la facoltà di quest'ultima di presentare "osservazioni" finisce col tradursi nella produzione di un parere consultivo, di cui l'Agcm non potrà non tener conto.

Pur ponendosi la prima fase conoscitiva dell'indagine in continuità con la configurazione tradizionale delle IC previste dall'art. 12 l. n. 287/1990, i poteri di acquisizione probatoria, che sono in buona sostanza quelli di cui l'Autorità già era dotata in seno alle IC "classiche" ex art. 12 c. 2 l. n. 287/1990 (e cioè, ai sensi del precedente art. 17 D.P.R. n. 217/1998: richiedere informazioni o documenti, disporre ispezioni, perizie, analisi statistiche o economiche o la consultazione di esperti, cui il nuovo art. 17 novellato ha aggiunto il potere di convocare audizioni), sono ora assistiti dalle sanzioni e penalità di mora previste anche per i procedimenti istruttori, stante il rinvio che l'art. 1 c. 5 D.L. Asset fa ai c. 5 e 6 dell'art. 14 l. n. 287/1990, come modificati dall'attuazione della Dir. UE n. 1/2019 (c.d. ECN+)³². Sotto tale profilo, i poteri dell'Autorità esercitabili in sede di IC sono stati allineati a quelli che la Commissione ha sempre avuto nelle c.d. *sector inquiry*, essendo quest'ultima stata sin da principio dotata di poteri istruttori assistiti da sanzioni accessorie (stante il rinvio dell'art. 17.2 Reg. CE n. 1/2003 agli artt. 23 e 24 del medesimo Reg.).

Segnatamente, l'art. 1 c. 5 D.L. Asset prevede che, a decorrere dalla pubblicazione dell'avvio dell'IC, l'Autorità può esercitare tutti i poteri di cui all'art. 14 c.

³² Recepita con D. Lgs. n. 185/2021. Sono dunque previste sanzioni per a) ostacolo all'ispezione, b) infrazione dei sigilli apposti in ispezione, c) risposta incompleta o inesatta o fuorviante a domanda rivolta nel corso di ispezione, d) omissione di risposta o risposta incompleta o inesatta o fuorviante ad una richiesta di informazioni, e) mancata presentazione all'audizione (art. 14 c. 5 l. n. 287/1990), nonché penalità di mora per costringere le imprese a: a) fornire informazioni complete ed esatte in risposta a richiesta di informazioni, b) presentarsi in audizione, c) sottoporsi a ispezione (art. 14 c. 6). Coerentemente, la novella del 2024 apportata al D.P.R. n. 217/98 ha introdotto la previsione delle sanzioni e penalità di mora negli artt. 9 e 10 del medesimo, cui l'art. 17 c. 2 sulle IC, come modificato, fa rinvio.

da 2 a 2-*quater* e 2-*septies* l. n. 287/1990³³; essa ha quindi il potere di richiedere informazioni e documenti (c. 2), di convocare audizioni (c. 2-*bis*), disporre perizie e analisi economiche nonché consultazione di esperti (c. 2-*ter*) e disporre ispezioni con la collaborazione della Guardia di Finanza (c. 2-*quater* e 2-*septies*), con l'unica esclusione delle ispezioni domiciliari invece previste per i procedimenti *antitrust*.

La peculiarità dell'esercizio di tali poteri risiede nel fatto che gli stessi – a differenza che nei procedimenti istruttori – non sono esercitati nei confronti di imprese destinatarie di una contestazione di illecito, ma il loro esercizio implica comunque l'individuazione dei soggetti che presumibilmente siano in possesso di elementi rilevanti: tale ipotesi non è del tutto estranea alla prassi consolidatasi nei procedimenti di concorrenza, in cui possono condursi ispezioni presso chi non sia “parte”, e cioè non sia destinatario di un avvio istruttorio, ma comunque ritenuto in possesso di elementi potenzialmente utili; tuttavia rende necessario che i relativi poteri siano esercitati secondo rigorosa proporzionalità, evitando ad es. di condurre ispezioni a tappeto (c.d. *fishing expedition*).

Tenuto conto che in sede di consultazione sullo schema di Comunicazione si è sottolineata la necessità di una simmetria tra i poteri esercitabili dall'Autorità e il riconoscimento di sufficienti garanzie alle imprese, nella versione finale della stessa il diritto di partecipazione e di accesso sono garantiti sin dall'avvio dell'IC.

V.2.1. La chiusura per assenza dei presupposti

Qualora, alla luce degli elementi acquisiti nella fase conoscitiva, non si riscontrino

«*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, suscettibili di essere risolti mediante l'imposizione di misure rimediali*» – secondo la previsione di cui all'art. 1 c. 5 – l'Autorità delibera la chiusura della IC, che è oggetto di doppia pubblicazione (nel Bollettino e nel sito) al pari del provvedimento di avvio e dell'alternativa chiusura rimediale³⁴.

Ad esito degli accertamenti condotti, l'Autorità ha comunque facoltà di esercitare i poteri di cui è già dotata ai sensi della l. n. 287/90. Tra questi, la Comunicazione anzitutto contempla l'attività di *advocacy*, prevedendo che l'Autorità possa raccomandare le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune per far fronte ai riscontrati “problemi”: a tal proposito, benché la Comunicazione non faccia rinvio specifico ad alcuna delle norme della l. n. 287/1990, sembrano doversi ritenere esercitabili i poteri di cui all'art. 21 (segnalazioni al Parlamento, al Governo, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali), all'art. 22 (pareri su iniziative legislative o regolamentari), nonché il potere di esprimere parere motivato su atti amministrativi successivamente impugnabili in caso di mancato adeguamento della relativa Amministrazione, ex art. 21-*bis* l. 287/1990. In alternativa, se le criticità riscontrate con l'indagine non si prestano ad essere rimosse attraverso un intervento di carattere generale del legislatore o del regolatore, ma sono invece riconducibili alla condotta specifica di una o più imprese, è sempre fatta salva la facoltà dell'Autorità di deliberare l'avvio di un procedimento istruttorio. A seguito della consultazione pubblica sullo schema di Comunicazione, stanti le competenze dell'Autorità sia in materia di concorrenza che in materia di tutela del consumatore, al fine di sfruttare

³³ Si tratta anche in questo caso del rinvio ai commi dell'art. 14 modificati dal D. Lgs. n. 185/2021, di recepimento della Dir. UE n. 1/2019.

³⁴ Coerentemente, v. il nuovo art. 17 c. 4 D.P.R. n. 217/98.

sinergicamente gli esiti delle IC in entrambi i settori, oltre all'avvio di un procedimento *ex artt. 2 e 3 l. n. 287/1990* o *ex artt. 101 e 102 TFUE* (per intesa o abuso di posizione dominante), nonché *ex art. 9, c. 3-bis l. 192/1998* (per abuso di dipendenza economica), è stato aggiunto il riferimento alla possibilità di un avvio istruttorio ai sensi del Codice del Consumo³⁵.

La previsione, nell'ambito del § 8 della Comunicazione (riguardante la fase conoscitiva), dell'attivabilità dei poteri di cui l'Autorità è già dotata in ragione delle sue competenze istituzionali ha indotto parte della dottrina a ritenere che la percorribilità della via rimediale risponda a una logica di chiusura del sistema, quale *extrema ratio* per la soluzione dei problemi concorrenziali riscontrati, in assenza della possibilità di ricorrere agli altri più consolidati strumenti (v. *supra* IV). La sussidiarietà del NCT, anche in sede di consultazione pubblica da molti invocata – sul modello tedesco³⁶ –, non è tuttavia esplicitata nella Comunicazione e non richiede l'assolvimento da parte dell'Autorità di alcuna dimostrazione di insufficienza o inapplicabilità dei "classici" strumenti di cui la stessa è dotata.

V.3. La fase rimediale:
la Delibera delle Risultanze
Conoscitive (c.d. DRC)

Qualora invece, ad esito della fase conoscitiva, siano emersi nel mercato/settore indagato problemi concorrenziali idonei a ostacolare o alterare il corretto funzionamento del mercato con conseguente

pregiudizio dei consumatori, che, pur non dando luogo ad una specifica ipotesi istruttoria, appaiano suscettibili di essere adeguatamente risolti mediante l'imposizione di misure rimediali (*ex art. 1 c. 5 D.L. Asset*), la Comunicazione prevede che l'Autorità dia il via alla fase rimediale dell'indagine mediante adozione della Delibera delle Risultanze Conoscitive (c.d. DRC).

L'avvio della fase rimediale, che costituisce la vera novità apportata alle indagini dal D.L. Asset, è, come visto, quella maggiormente dibattuta, potendo condurre all'imposizione di vincoli e obblighi ad imprese cui tuttavia non è imputabile alcuna condotta illecita ai sensi della l. n. 287/1990. La problematicità della fase rimediale risiede infatti nella difficile concretizzazione della nozione di imprese "interessate". A differenza di quanto previsto ad es. dalla legge tedesca (§ 32f(3) GWB), che specifica come tali debbano essere considerate le imprese il cui comportamento e/o la cui rilevanza per la struttura del mercato/settore indagato contribuiscono in modo significativo al malfunzionamento riscontrato, la Comunicazione non ne ha fornito una definizione generale, svincolando l'Autorità dalla prova rigorosa di un legame causale tra l'importanza o la condotta ascrivibile all'impresa, da un lato, e il problema concorrenziale indagato, dall'altro. A fronte di ciò, si potrebbe paventare il rischio che imprese "interessate" (destinatari, quindi, di misure rimediali) siano considerate indistintamente tutte quelle operanti nel settore/mercato reputato disfunzionale, senza alcuna prevedibilità e certezza, il che potrebbe porre in crisi la logica del *self-assessment* che contraddistingue la *compliance* con il diritto della concorrenza.

Ferma restando la problematicità della individuazione delle imprese "interessate", la DRC costituisce quindi un documento da portare a conoscenza di queste ultime – cui è specificamente notificata insieme all'avvio

³⁵ Analogo riferimento manca, invece, nel novellato art. 17 c. 5 D.P.R. n. 217/98.

³⁶ Cfr. § 32f(3) GWB: il ricorso alle misure rimediali è condizionato all'insufficienza degli altri poteri del Bundeskartellamt a eliminare effettivamente e definitivamente i malfunzionamenti della concorrenza.

dell'IC – affinché le stesse possano contraddire con l'Autorità prima della sua determinazione conclusiva circa le misure specifiche da imporre a loro carico. All'uopo, nella DRC devono infatti essere indicati i problemi concorrenziali individuati e le "tipologie" di misure che – in conformità al dettato di cui all'art.1 c. 5 – l'Autorità ritenga *prima facie* "necessarie, proporzionate e idonee" a consentire il superamento dei problemi concorrenziali riscontrati.

La DRC indica altresì il termine per la presentazione di memorie scritte documenti, per l'esercizio da parte delle imprese interessate del diritto di essere sentite dinanzi agli Uffici, nonché per la presentazione di eventuali impegni. Il contraddittorio previsto concerne dunque al contempo tanto le risultanze dell'indagine condotta, cioè la sussistenza e la portata (merceologica, geografica, temporale) delle problematiche riscontrate, quanto pure come si possa far fronte a queste ultime, essendo anticipate alle imprese interessate, benché in termini ancora "tipologici", le misure che, ad una prima delibazione, potrebbero essere loro imposte per risolvere le criticità. Nella Comunicazione, a differenza di quanto indicato ad es. nella legge corrispondente tedesca, non vi è un elenco di "tipologie" di misure in astratto adottabili, essendo lasciata così maggiore discrezionalità all'Autorità nel congegnarle, ma affinché il contraddittorio previsto conservi un effetto utile sarà necessario delinearne in sede di DRC almeno i tratti essenziali, salvo poi declinarne caratteristiche specifiche e tempistiche concrete nella decisione finale.

La Comunicazione garantisce un contraddittorio sia scritto (attraverso la presentazione di memorie scritte e documenti) sia orale (mediante audizioni dinanzi agli Uffici), entro un termine che – a seguito delle osservazioni espresse in sede di consultazione pubblica sullo schema della Comunicazione –, in un'ottica di rafforzamento delle tutele procedurali delle

parti, è stato previsto come un termine minimo (non inferiore a 45 giorni), ben suscettibile dunque di essere esteso nel singolo caso concreto, al pari di tutti gli altri termini 'a difesa'.

Oltre ad essere specificamente notificata alle imprese interessate, alla DRC è conferita ampia pubblicità, al pari dell'avvio dell'IC, essendo oggetto di doppia pubblicazione nel Bollettino e nel sito istituzionale.

V.3.1. Gli impegni

Entro il termine indicato dalla DRC (che sarà al minimo di 45 giorni) le imprese interessate possono presentare gli impegni che ritengano idonei a far venir meno i problemi di cui all'art.1 c. 5 D.L. Asset. Anche il termine per la presentazione degli impegni è stato previsto come termine minimo per andare incontro alle osservazioni di chi, nell'ambito della consultazione pubblica sulla bozza di Comunicazione, lamentava che, venendo la DRC notificata (contestualmente all'avvio) alle imprese interessate al momento della loro stessa individuazione (effettuata, infatti, nella DRC), ne deriverebbe a loro discapito una compressione dei tempi a disposizione per valutare quali impegni proporre. Va inoltre sempre considerato che l'avvio dell'IC, pur non immediatamente notificato alle imprese interessate, in quanto non ancora individuate dall'Autorità a tale stadio, è comunque oggetto di pubblicazione in rete, al pari dell'eventuale RP, di talché le problematiche oggetto di attenzione sono già rese note e giustificano che il termine per la presentazione degli impegni non sia trimestrale (come quello previsto nei procedimenti in materia antitrust, decorrente però dall'avvio: cfr. art. 14-ter l. n. 287/1990).

La disciplina degli impegni dettata dalla Comunicazione è modellata su quella degli impegni presentabili nell'ambito

di un procedimento istruttorio in materia di concorrenza (art. 14-ter l. 287/1990 e relativa Comunicazione sulle procedure di applicazione³⁷), con i quali gli impegni delle IC condividono la *ratio* di velocizzare e rendere più efficiente l'azione amministrativa e la funzione deflattiva del contenzioso.

A fronte della presentazione di una proposta di impegni, si aprono due possibili esiti: laddove essi risultino manifestamente inidonei allo scopo, l'Autorità ne delibera il motivato rigetto, mentre laddove siano ritenuti non manifestamente inidonei, l'Autorità ne dispone con delibera la pubblicazione sul Bollettino e nel sito istituzionale affinché sia avviato il c.d. *market test*, nell'ambito del quale chiunque vi abbia interesse può presentare, entro 30 giorni dalla pubblicazione nel sito, osservazioni scritte. Ad esito del *market test*, le imprese interessate, che ne vengono informate, dispongono di ulteriori 30 giorni per controdedurre ed eventualmente presentare modifiche accessorie agli impegni iniziali, in modo da venire eventualmente incontro ai rilievi del mercato.

Conclusa tale fase, l'Autorità è chiamata a deliberare sugli impegni nella loro versione definitiva: pertanto, ove li valuti idonei a eliminare le distorsioni o gli ostacoli alla concorrenza indicati nella DRC, li rende obbligatori per le imprese con il provvedimento di chiusura dell'IC. In tal caso la Comunicazione prevede, al pari del caso in cui l'Autorità deliberi invece rimedi (v. *infra* V.3.2.), che sia acquisito il parere dell'Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto dell'IC. Il parere è dunque obbligatorio ma non vincolante, potendosi l'Autorità motivatamente discostare, come previsto anche per i pareri prescritti nell'ambito dei procedimenti istruttori in materia di concorrenza (l. n. 287/1990) e tutela del

consumatore (art. 27, c. 1-bis e c. 6 Codice del Consumo).

Nel silenzio dell'art. 1 c. 5 sul punto, anche nella disciplina della fase rimediale dettata dalla Comunicazione non vi è alcun rinvio alle misure cautelari di cui all'art. 14 -bis l. n. 287/1990.

V.3.2. La definizione delle misure rimediali

In caso di rigetto o di mancata presentazione, *ab origine*, di impegni da parte delle imprese interessate, l'indagine prosegue verso la definizione delle misure rimediali. In tale ipotesi, l'Autorità dopo aver già indicato, nella DRC, la "tipologia" di misure ipotizzate per far fronte ai problemi concorrenziali riscontrati, delibera le puntuali misure comportamentali e strutturali che in concreto ritenga di imporre nel caso specifico, tenuto conto sia degli esiti dell'IC raggiunti sia di quanto rappresentato dalle imprese interessate.

Come detto, la norma istitutiva del NCT così come la Comunicazione non declinano quali possano essere le tipologie di misure adottabili. Il conferimento del relativo potere di imporre alle imprese interessate non costituisce però una assoluta novità nel *toolkit* dell'Autorità, in quanto trova corrispondenza nel nuovo potere di diffida previsto per le istruttorie antitrust dall'art. 15 c. 1 l. n. 287/1990 come modificato in attuazione della Dir. UE ECN+, nonché, in qualche misura, nelle condizioni cui può essere subordinata l'autorizzazione di un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 6 c. 2 l. n. 287/1990. In comune con tale ultima ipotesi, caratterizzata da un giudizio prognostico sugli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni, anche nelle IC le misure saranno, più che correttive e/o ripristinatorie, proattive e conformative.

Norma istitutiva e linee guida dell'Autorità nemmeno pongono un predefinito

³⁷ Provvedimento del 6 settembre 2012, n. 23863.

ordine di priorità tra misure comportamentali e strutturali (tra queste ultime possono immaginarsi, ad es., obblighi di separazione organizzativa di parti di imprese o divisioni aziendali ovvero cessioni di quote di partecipazioni in imprese o dismissione di asset): ciò al pari di quanto disposto in materia di diffida *ex art.* 15 l. n. 287/1990, laddove è infatti solo prescritto che, al momento di scegliere tra rimedi egualmente efficaci, l'Autorità opti per quello meno oneroso per l'impresa in linea con il principio di proporzionalità³⁸ (una espressa residualità delle misure strutturali rispetto a quelle comportamentali è invece prevista dall'art. 7 Reg. CE n. 1/2003 per la diffida antitrust impartita dalla Commissione). Nell'esperienza di altri Paesi, quale la Germania, vigono precisi limiti all'adozione di misure strutturali particolarmente invasive come ordini di dismissione, che rimangono sussidiari a ordini di separazione contabile o organizzativa; così pure, nel Regno Unito ha prevalso l'imposizione di misure comportamentali.

La delibera delle misure rimediali, al pari della DRC, viene comunicata alle imprese interessate e pubblicata nel Bollettino e nel sito: ciò rispettivamente garantisce alle prime un'ulteriore fase di contraddittorio sui rimedi che verranno loro imposti e a tutto il mercato la facoltà di presentare osservazioni in merito (entro un termine minimo di 45 giorni). Di tale consultazione del mercato vengono tempestivamente informate le

imprese interessate, le quali possono presentare memorie scritte e documenti nei successivi 45 giorni.

In tale fase conclusiva è altresì garantito il contraddittorio orale delle imprese interessate dinanzi al Collegio, come a conclusione dei procedimenti istruttori in materia di concorrenza: è facoltà delle stesse, infatti, richiedere l'audizione finale entro 10 giorni dal ricevimento della delibera contenente le misure comportamentali e strutturali che l'Autorità ritiene di imporre, nel qual caso l'audizione si terrà non oltre 30 giorni dal termine per la presentazione delle memorie difensive che fanno seguito alla consultazione del mercato. Poiché al procedimento relativo all'IC possono essere ammessi a partecipare altri soggetti rispetto alle imprese individuate dall'Autorità – nella DRC – come “interessate”, tali terzi partecipanti possono fare altresì motivata richiesta di essere sentiti dal Collegio: essi non hanno dunque potere di impulso per lo svolgimento dell'audizione ma, qualora un tale momento di contraddittorio orale ‘qualificato’ venga fissato, gli stessi ne vengono informati e possono chiedere di parteciparvi. Oggetto dell'audizione saranno sia i problemi concorrenziali indagati che le misure concrete ritenute necessarie e proporzionate dall'Autorità.

Rispetto al procedimento istruttorio in materia di concorrenza, laddove eventuali misure comportamentali e strutturali in cui l'Autorità ritenga di declinare la diffida (alla stregua del nuovo potere che ad essa è stato conferito in sede di attuazione della Dir. ECN+) vengono pre-configurate alle imprese per la prima volta nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, nelle IC i rimedi vengono dapprima “tipologicamente” pre-configurati alle imprese nella DRC, poi dettagliati più specificamente nella “delibera” di cui al § 18 della Comunicazione, per essere, infine, oggetto di definizione nel provvedimento finale di cui al § 24.

³⁸ In ciò l'art. 15 l. n. 287/1990 è in linea con l'art. 10 della Dir. UE n. 1/2019; tuttavia, il consid. 37 di tale Dir. prevedeva che «[...] I rimedi strutturali, come gli obblighi di cedere una partecipazione azionaria in un concorrente o di liberarsi di un'unità operativa, hanno ripercussioni sul patrimonio di un'impresa e si può presumere siano più onerosi per quest'ultima dei rimedi comportamentali. Tuttavia, questo non dovrebbe precludere alle ANC di ritenere, in un caso specifico, che le circostanze di una particolare infrazione giustificano l'imposizione di un rimedio strutturale, poiché sarebbe più efficace per porre fine all'infrazione rispetto a un rimedio comportamentale».

Il provvedimento conclusivo rimediabile viene adottato previa acquisizione del parere obbligatorio ma non vincolante dell'Autorità di regolazione settoriale competente, al pari – si è detto – del caso in cui l'IC venga chiusa mediante provvedimento di accoglimento degli impegni (v. *supra* V.3.1). Sebbene l'acquisizione dei pareri in entrambi i casi sia volta ad evitare conflitti con eventuali interventi divergenti di natura regolatoria nel settore oggetto di indagine, dovendo l'Agcm sempre contro-argomentare ove intenda discostarsi dal parere reso, si è già detto di come tale soluzione sia stata ritenuta insufficiente da diverse Autorità, che hanno in diverso modo contestato la possibilità che l'Agcm eserciti i nuovi poteri di IC in maniera c.d. *cross-sectoral*, e quindi anche nei settori regolati, o hanno auspicato in tali casi IC congiunte (come sperimentato nel passato con l'Agcom nella IC sui *Big Data*).

Ragionevolmente il provvedimento conclusivo imporrà un relativo obbligo di relazione entro un predeterminato termine e, se nulla è detto nella Comunicazione circa la successiva fase di monitoraggio dell'ottemperanza alle misure imposte, è lo stesso art. 1 c. 6 D.L. Asset a prevedere che in caso di inottemperanza si applichino le sanzioni e le penalità di mora di cui all'art. 15 c.1-*bis* e 2-*bis* l. n. 287/1990. Di certo l'idoneità del relativo provvedimento a incidere sulle posizioni giuridiche soggettive delle imprese "interessate", obbligate ad ottemperare alle misure disposte, ne comporta la legittimazione a impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo.

VI. Partecipazione, riservatezza e accesso

Tenuto conto delle osservazioni formulate in sede di consultazione pubblica sulla Comunicazione circa la necessità di associare le garanzie di difesa delle imprese interessate al momento a partire dal quale l'Autorità può esercitare i propri poteri di indagine, nella versione finale del documento si è previsto che sin dalla fase conoscitiva dell'indagine le garanzie procedurali siano rispettate nella maniera più rigorosa. All'uopo nel § 25 della Comunicazione si è fatto espresso rinvio agli artt. 7 e 13 D.P.R. n. 217/1998 che prevedono, rispettivamente, la partecipazione al procedimento sin dall'avvio e il diritto di accesso "*ai soggetti direttamente interessati di cui all'articolo 7, comma 1*", ossia ai soggetti ammessi a partecipare all'istruttoria. A sua volta, ai sensi dell'art. 7 - come di recente modificato dal D.P.R. n. 214/2024 - sono ammessi a partecipare i destinatari dell'avvio e chiunque faccia motivata istanza dimostrando di essere portatore di interessi pubblici o privati o portatore di interessi diffusi (costituito in associazioni o comitati) che possa subire un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle "infrazioni" (nel caso delle indagini, dalle problematiche concorrenziali riscontrate) o dai provvedimenti adottati in esito all'istruttoria (*rectius*, all'indagine)³⁹.

Per contemperare il pieno riconoscimento delle garanzie procedurali durante tutte le fasi della IC con le esigenze di cui alla prima fase conoscitiva, in modo da non comportare aggravii procedurali tali da estenderne eccessiva-

³⁹ Il nuovo art. 7 c.1 lett. b) D.P.R. n. 217/98 ha aggiunto, quale condizione all'accoglimento dell'istanza di partecipazione, che i soggetti istanti forniscano documentata e adeguata motivazione in merito allo specifico interesse ad intervenire.

mente i tempi, nel § 27 si è però previsto che «l'Autorità può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti, non oltre la pubblicazione della DRC». Ciò consente di differire l'accesso ai documenti riservati sino a dopo l'avvio della fase rimediale dell'indagine, fermo restando l'accesso sin da subito, per i soggetti ammessi a partecipare, agli altri documenti. Nel caso in cui la fase rimediale non venga avviata, dunque, il differimento eventualmente disposto dovrà essere sciolto già nella fase precedente.

Quanto alla salvaguardia della riservatezza e segretezza delle informazioni fornite, vale la regola generale secondo cui i soggetti interessati possono presentare all'uopo un'apposita richiesta al momento della produzione del documento o nei termini a tal fine assegnati; si è altresì precisato dapprima nella Comunicazione (§ 26) e poi anche nel novellato D.P.R. n. 217/98 (art. 13 c. 7, cui fa rinvio l'art. 17 c. 3 in materia di IC) che i soggetti che intendono salvaguardare la riservatezza dei documenti devono fornirne una versione non confidenziale (ciò in linea con quanto già previsto dal nuovo Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore, del. Agcm n. 31356/2024, art. 12 c. 7). In caso di mancata presentazione dell'istanza di riservatezza, «l'Ufficio può presumere che i documenti non contengano informazioni riservate» (§ 26 Comunicazione; art. 13 c. 7 nuovo D.P.R. n. 217/98).

ELISABETTA MARIA LANZA –
CRISTINA LO SURDO

Bibliografia

- L. Arnaudo, «New competition regulatory tools: Towards a structure-behavior-performance framework», in *Concurrences*, 2024, III, p. 61; R. Chieppa, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024); F. Cintioli, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), p. 8 e 9; G. Colangelo, «Trendy antitrust for digital markets: are market investigations the new black?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, p. 3; M. Cappai, «Dalle tariffe dei voli insulari durante le festività all'intera economia. La rocambolesca genesi della *market investigation* all'italiana», in *Mercato Concorrenza Regole*, 2023, III, p. 391 ss; P. Ibanez Colomo, *The New EU Competition Law*, Londra, 2023; M. Libertini, «L'introduzione in Italia del “New Competition Tool” (all'insaputa del legislatore)», in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2024, III, p. 36 I.S. Pagliantini, R. Pardolesi, «Da Twining ad Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Il foro italiano*, 2024, II, pp. 76 ss; G.M. Roberti, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024); G. Stazi, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), p. 10; G. Stazi, *Concorrenza o regolazione? I nuovi poteri dell'antitrust nelle indagini conoscitive*, intervento alla XVI Treviso Antitrust Conference, 6 giugno 2024; S. Stella, «Commento all'Art. 12 della l. n.287/1990», in *Codice della Concorrenza*, (a cura di) F. Arena e R. Chieppa, Milano, 2023, p. 772; M. Trimarchi, «Art. 12 legge n. 287/90», in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, (a cura di) L.C. Ubertaini, Padova,

II. DIRITTO ANTITRUST
II.2 IL PUBLIC ENFORCEMENT DEI DIVIETI ANTITRUST

2019, p. 3561; J. van den Boom – I. Graef – G. Monti – C. Argenton – E. van Damme, «Towards Market Investigation Tools in Competition Law: The Case of the Netherlands», in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2023, 553 ss.

I POTERI DI *ADVOCACY* DELL'AUTORITÀ ANTITRUST ITALIANA

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** *Advocacy* come strumento di promozione della concorrenza. – **III.** L'evoluzione dell'attività consultiva dell'Autorità tra vecchie e nuove competenze. – III.1. la legge annuale sulla concorrenza. – III.2. L'articolo 21 *bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287. – III.3. Le indagini conoscitive. – **IV.** Esiti degli interventi di *advocacy*: l'attività di monitoraggio svolta dall'Autorità.

I. Premessa

Nella sua accezione più ampia, l'*advocacy* descrive l'atto di dare sostegno ad un dato modello di comportamento. In questa prospettiva, sono molteplici le azioni che si possono mettere in campo per influenzare in una determinata direzione le condotte dei soggetti cui l'*advocacy* si indirizza.

Anche nell'ambito delle attività volte a tutelare la concorrenza, l'*advocacy*, intesa in senso esteso, consta di un'ampia serie di iniziative che si rivolgono alla pluralità degli attori dei mercati e che vanno dai più tradizionali interventi che promuovono la rimozione di restrizioni alla concorrenza derivanti da norme di legge o atti amministrativi, allo svolgimento di indagini conoscitive su specifici settori merceologici volte a metterne in luce le criticità sotto il profilo antitrust, fino alle campagne informative rivolte all'opinione pubblica sui benefici derivanti da mercati concorrenziali.

Più comunemente, tuttavia, per *competition advocacy* si intende l'esercizio di competenze contrapposte a quelle definite

di *competition enforcement*, distinte in ragione dei soggetti cui le stesse si rivolgono.

Si tratta, dunque, di attività che mirano alla rimozione degli ostacoli allo sviluppo di mercati competitivi derivanti non già da condotte di imprese ma da disposizioni normative o amministrative e, più in generale, da contesti di mercato non favorevoli alla concorrenza.

Nel tempo si è così affermata la crucialità dell'*advocacy* quale strumento preferenziale per «ricondere il mercato di riferimento alle sue corrette dinamiche concorrenziali» in presenza di ostacoli alla concorrenza derivanti dalla regolazione: «La segnalazione, a ben vedere, lungi dall'integrare un'iniziativa solo formale e inefficace, obbedisce proprio all'esigenza di correggere le distorsioni del funzionamento concorrenziale del mercato di riferimento, per mezzo della rappresentazione delle criticità regolative alle Autorità competenti a rimuoverle e a rettificarle e, se rettamente utilizzato, costituisce uno strumento estremamente efficace e utile per emendare il mercato dalle distorsioni riscontrate»¹.

II. *Advocacy* come strumento di promozione della concorrenza

La l. 10 ottobre 1990, n. 287, a partire dalla sua promulgazione, ha attribuito all'Autorità *antitrust* italiana il potere di contrastare un sistema normativo che possa fungere da terreno fertile per condotte

¹ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 1708, che richiama Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818.

restrittive del gioco competitivo e, dunque, di intervenire tramite segnalazioni avverso le distorsioni alla concorrenza riconducibili a norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale «allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato» (art. 21, l. 10 ottobre 1990, n. 287), ovvero di esprimere pareri su iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato (art. 22, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Tendenzialmente, quindi, le segnalazioni sono relative ad atti già formati e mirano a sollecitare l'abrogazione o la modifica di provvedimenti in vigore, mentre i pareri riguardano atti ancora in formazione e sono volti a suggerire al legislatore approcci pro-concorrenziali della regolazione.

L'Autorità si è sin dalle origini costantemente avvalsa delle proprie prerogative di tipo consultivo nella convinzione che un contesto normativo e regolamentare favorevole alla concorrenza costituisca presupposto imprescindibile per il buon funzionamento del mercato: «In definitiva, concorrenza e crescita non sono obiettivi contrapposti, anzi. La prima è il motore per la seconda, a condizione, però, di rimuovere i vincoli regolatori, di adottare misure di politica industriale che superino la storica filiera del monopolista pubblico, di introdurre maggiore mobilità nei mercati dei capitali, assicurando la massima trasparenza con una attenta e costante regolazione prudenziale, di eliminare ed evitare di riprodurre un sistema normativo che possa giustificare condotte restrittive del gioco competitivo»².

Poiché l'esercizio di poteri consultivi, per sua natura, non si traduce nell'obbligo, per i destinatari di pareri e segnalazioni,

di conformarvisi, l'Autorità ha avvertito l'esigenza di affinare le modalità di esercizio di tale potere, anche al fine di tenere il passo con i nuovi strumenti di *advocacy* che nel tempo hanno arricchito le proprie competenze.

Così, se nei primi anni di attività gli interventi consultivi sono stati indirizzati verso norme o progetti di norme specifici, successivamente l'Autorità ha sperimentato interventi orizzontali e trasversali, fino a giungere a formulare pareri e segnalazioni volti a dare indicazioni di principio al legislatore e ad evidenziare criticità di carattere generale ritenute idonee a frenare lo sviluppo dei mercati. È il caso degli interventi relativi alle ingiustificate distorsioni alla concorrenza derivanti dalle concessioni amministrative³; alle regole di promozione della concorrenza riferibili a tutti i mercati⁴; ai principi applicabili alle professioni regolamentate⁵; alle modalità di predisposizione dei bandi di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici⁶; alle barriere all'apertura dei mercati causate da eccessivi livelli di burocrazia⁷; alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁸; per finire

³ AGCM, AS152 - Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, 20 ottobre 1998, in Boll. n. 42, 1998.

⁴ AGCM, AS226 - Riforma della regolazione e promozione della concorrenza, 20 dicembre 2001, in Boll. n. 1-2, 2002; AGCM, AS453 - Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica, 11 giugno 2008, in Boll. n. 17, 2008.

⁵ AGCM, AS306 - Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, 13 luglio 2005, in Boll. n. 26, 2005.

⁶ AGCM, AS187 - Bandi di gara in materia di appalti pubblici, 28 settembre 1999, in Boll. n. 48, 1999.

⁷ AGCM, AS901 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - Anno 2012, 4 gennaio 2012, in Boll. Supplem., 2011.

⁸ AGCM, AS1999 - Ricognizione SPL 2023 - Anno 2024, 1° giugno 2024, in Boll. n. 25, 2024.

² Relazione al Parlamento sull'attività svolta nel 2003, testo letto dal Presidente G. Tesauo.

con le stime sulla quantificazione della perdita di benessere patita dai consumatori per effetto di normative restrittive della concorrenza⁹.

L'attività di *advocacy* ha in tal modo promosso l'avvio o il buon esito di processi di liberalizzazione che hanno interessato interi settori economici, com'è il caso degli interventi in materia di distribuzione commerciale che hanno favorito l'affermarsi del principio, ormai pacifico, della libera determinazione degli orari di apertura e di chiusura degli esercizi commerciali, ma che ha richiesto del tempo per giungere ad un'applicazione diffusa¹⁰.

Vale ricordare che, sebbene l'attenzione del legislatore agli aspetti di tutela della concorrenza segnalati dall'Autorità non sia sempre stata costante, gli importanti processi di liberalizzazione che hanno interessato il Paese hanno spesso preso le mosse da segnalazioni dell'Autorità. In effetti, proposte che non avevano trovato seguito al momento in cui erano state formulate hanno poi costituito un espresso punto di riferimento del legislatore allorché ha compiuto scelte normative di liberalizzazione; si pensi ai decreti Bersani del 2006 e 2007 e ai decreti Monti del 2012 e 2013 che appaiono esplicitamente ispirati all'approccio – in passato non sempre condiviso dal legislatore – per cui la tutela

della concorrenza contribuisce a contrastare la crisi economica e finanziaria¹¹.

Appare, ad esempio, significativo che, nei decreti Monti, la liberalizzazione delle attività economiche è stata perseguita prevedendo che le norme che impongono limiti numerici, autorizzazioni, licenze o nulla osta per l'avvio e lo svolgimento di un'attività devono passare il vaglio del tipico test delle valutazioni *antitrust* di necessità e proporzionalità della restrizione rispetto alle finalità di interesse pubblico perseguite. Da ricordare anche le iniziative legislative che, alla natura originariamente sempre facoltativa dei pareri *ex art. 22*, hanno affiancato casi in cui il parere dell'Autorità è stato previsto come obbligatorio¹².

Nel contempo, l'*Antitrust* si è via via affermata quale interlocutore istituzionale privilegiato delle amministrazioni locali in materia di concorrenza, che con frequenza crescente le rivolgono richieste di parere ai sensi dell'art. 22.

Infine, negli anni più recenti, l'Autorità ha avvertito l'esigenza di misurare il grado di efficacia dei propri interventi consultivi anche allo scopo di individuare possibili accorgimenti per migliorare le strategie e le modalità di esercizio dei propri poteri consultivi. Si è dato pertanto inizio ad un'attività sistematica di monitoraggio degli esiti dell'attività di *advocacy*, che ha consentito di assumere maggiore cognizione dei risultati ottenuti nell'esercizio di questa competenza.

⁹ AGCM, AS1620 - Disciplina dell'attività di noleggio con conducente - Anno 2019, 1° ottobre 2019, in Boll. n. 42, 2019.

¹⁰ Cfr. le numerose segnalazioni indirizzate nel corso degli anni 2012 e 2013 a Regioni ed enti locali aventi ad oggetto delibere recanti imposizioni di orari di apertura e chiusura dei negozi, sfociate in AS1065 - Monitoraggio sullo stato di liberalizzazione degli orari dei negozi, 3 luglio 2013, in Boll. n. 29, 2013, nonché AGCM, AS901 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2012, 4 gennaio 2012, in Boll. Supplem. 2011; AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2013, 28 settembre 2012, in Boll. 38, 2012.

¹¹ Si tratta dei D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in l. 2 aprile 2007, n. 40, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, recante Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici (c.d. "Salva Italia") e D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività (c.d. "Cresci Italia").

¹² Cfr. *infra*, par. III.

III. L'evoluzione dell'attività consultiva dell'Autorità tra vecchie e nuove competenze

Un importante slancio all'*antitrust advocacy* si deve alla previsione normativa che chiama il Governo a tradurre in disposizioni di legge le indicazioni contenute nelle segnalazioni dell'Autorità ai fini della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza¹³. Per effetto di tale innovazione normativa, l'Autorità invia al Parlamento e al Governo, ai sensi degli artt. 21 e 22 l. n. 287/1990, segnalazioni contenenti proposte di riforma pro-concorrenziale del quadro normativo e regolatorio¹⁴.

Questo strumento non ha dato immediati riscontri positivi, ma ha comunque contribuito a sensibilizzare l'attenzione degli organi di governo alle istanze provenienti dall'*Antitrust* nella fase di formazione delle norme. Prova ne sono i citati D.L. "Salva Italia" e "Cresci Italia" adottati dal Governo Monti, che come detto hanno recepito molti degli auspici espressi dall'Autorità in tema di rimozione dei vincoli normativi che limitano l'accesso ai mercati e l'esercizio della libertà d'iniziativa economica¹⁵.

Gli interventi legislativi da ultimo citati si segnalano anche per la presa di consapevolezza sulle insidiosità delle restrizioni alla concorrenza che si sviluppano a livello locale, che possono talora dar luogo a criticità

anche più problematiche di quelle derivanti da legislazioni nazionali.

L'art. 4 del D.L. "Cresci Italia" ha, in particolare, previsto un sistema di monitoraggio da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri (PCM) sulle restrizioni alla concorrenza introdotte, tra l'altro, in sede regionale¹⁶. Si è pertanto istituito un canale di diretta collaborazione tra Autorità e PCM, in virtù del quale l'Autorità segnala tempestivamente al Governo le norme regionali suscettibili di porsi in contrasto con la «tutela della concorrenza» ex art. 117 Cost., ai fini dell'eventuale impugnativa dinanzi alla Corte Costituzionale¹⁷.

Ma è con l'art. 35 del decreto legge "Salva Italia", che ha introdotto l'art. 21 *bis* nella l. 10 ottobre 1990, n. 287, che si afferma con forza l'esigenza di rimuovere i vincoli che derivano alla concorrenza da regolamentazioni inappropriate, il più delle volte emanate a livello locale. La disposizione, unica nel contesto europeo, attribuisce infatti all'Autorità *antitrust* la legittimazione ad impugnare in giudizio gli atti amministrativi che determinano violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Infine, si deve sempre al decreto legge "Salva Italia" la norma che mira a garantire tempestività all'intervento *antitrust* nel processo di formazione delle leggi; l'art. 34, comma 5 di tale decreto stabilisce infatti l'obbligo di acquisire il parere "preventivo"

¹³ Cfr. art. 47, l. 23 luglio 2009, n. 99, recante Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia.

¹⁴ Cfr. le prime segnalazioni: AS659 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, 4 febbraio 2010, in Boll. n. 4, 2010; AS901 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2012, 4 gennaio 2012, in Boll. Supplem, 2011; AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2013, 28 settembre 2012, in Boll. 38, 2012.

¹⁵ Cfr. nota n. 11.

¹⁶ Ai sensi di tale norma, «la Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle autorità amministrative indipendenti aventi ad oggetto le restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato al fine di esercitare le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione».

¹⁷ Risale al febbraio 2013 la prima pronuncia di incostituzionalità di una legge regionale di cui l'Autorità aveva suggerito un anno prima l'impugnativa alla Presidenza del Consiglio (Corte cost., 13 febbraio 2013, n. 27, Regolamentazione oraria degli esercizi commerciali della Regione Toscana).

e «obbligatorio» dell'Autorità sulla proporzionalità dei disegni di legge governativi e dei regolamenti che «introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche». Ad oggi, tuttavia, tale ultima disposizione – nonostante sia stata anche richiamata nel Regolamento in materia di Air e di Vir¹⁸, che ha previsto l'obbligo dell'amministrazione proponente di chiedere il parere dell'Autorità per i provvedimenti normativi interministeriali e i disegni di legge di iniziativa governativa idonei ad incidere sulla concorrenza – è rimasta inattuata.

III.1. La legge annuale sulla concorrenza

Con il citato art. 47 della l. 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia» è stata introdotta nell'ordinamento italiano la Legge annuale per la concorrenza e il mercato. Si tratta di una legge di iniziativa governativa che ha la finalità di «rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori».

Per effetto di tale previsione, il Governo è chiamato, entro il 31 marzo di ogni anno, a presentare alle Camere un disegno di legge, tenendo conto degli interventi consultivi dell'Autorità, riportando nella relazione di accompagnamento l'elenco delle segnalazioni e dei pareri cui si è fatto riferimento con l'indicazione degli «ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito», dunque con l'onere di motivare le scelte che si discostano dalle indicazioni dell'*Antitrust*.

¹⁸ D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, «Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione», in G.U. 30 novembre 2017, n. 280.

Seppure in una prima fase le «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza» predisposte dall'Autorità non hanno trovato seguito, negli anni più recenti, si è registrata la tendenza del Governo a rispettare la periodicità annuale nell'adozione dei disegni di legge volti a rimuovere gli ostacoli allo sviluppo concorrenziale del Paese, sulla scorta delle proposte formulate dall'Autorità.

Si è così dato il via ad interventi di riforma pro-concorrenziale in molteplici ambiti – quali l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale¹⁹; il piano di sviluppo della rete elettrica²⁰; la disciplina dei farmaci galenici²¹ –, ma anche interventi afferenti competenze e prerogative della stessa Autorità – quali la modifica del termine legislativo per il controllo delle concentrazioni²²; la designazione

¹⁹ Cfr. Legge 5 agosto 2022 n. 118, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, che ha portato alla successiva adozione del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica».

²⁰ Cfr. l. 30 dicembre 2023, n. 214 «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022», contenente norme per la semplificazione degli iter amministrativi di approvazione del Piano, volti ad accelerare i processi di adeguamento, potenziamento e sviluppo della rete di trasmissione dell'energia elettrica, rispondendo agli auspici espressi in proposito dall'Autorità nelle segnalazioni per le leggi annuali sulla concorrenza 2021 e 2022, nonché alla diffusione dei contatori intelligenti di seconda generazione, che consentono agli operatori di formulare offerte diversificate e ai consumatori di adottare comportamenti virtuosi, grazie ad un controllo più puntuale e consapevole dei consumi.

²¹ *Ibidem*. Per effetto di tale riforma è oggi consentita, in presenza di un farmaco brevettato, la preparazione di farmaci galenici c.d. magistrali che utilizzano principi attivi realizzati industrialmente, incrementando lo spazio di concorrenza esercitabile da parte di questa tipologia di medicinali e riconoscendo ai pazienti maggiore varietà di prodotti con efficacia più mirata.

²² *Ibidem*. La legge estende da 45 a 90 giorni il termine perentorio per la comunicazione, da parte dell'Autorità, delle proprie conclusioni nelle

dell'Autorità quale autorità nazionale preposta all'esecuzione del Regolamento UE n. 1925 del 2022 sui mercati digitali. Non sono tuttavia mancate previsioni che presentavano criticità dal punto di vista della concorrenza contenute negli stessi disegni di legge che dovrebbero promuoverla, al punto da richiedere successive prese di posizione dell'Autorità, come è avvenuto per le disposizioni sul riordino del rilascio delle concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio sulle aree pubbliche²³.

Un importante segnale di apprezzamento del ruolo svolto dall'attività di *advocacy* si ravvisa nell'aver ricompreso la legge annuale per il mercato e la concorrenza negli obiettivi del PNRR; sul presupposto che tutela e promozione della competitività costituiscono fattori irrinunciabili per favorire l'efficienza e la crescita economica, nel Piano è previsto l'impegno di rispettare la cadenza annuale della legge sulla concorrenza, ritenuta strumento «essenziale per rivedere in via continuativa lo stato della legislazione al fine di verificare se permangano vincoli normativi al gioco competitivo e all'efficiente funzionamento dei mercati, tenendo conto del quadro socioeconomico».

III.2. L'articolo 21 *bis* della legge n. 287 del 1990

Il già citato decreto “Salva Italia”, con una disposizione significativamente rubricata “Potenziamento dell'antitrust” ha portato, nel 2012, ad un notevole rafforzamento dei poteri di *advocacy* dell'Autorità tramite

istruttorie sulle operazioni di concentrazione (art. 16, comma 8, L. n. 287/1990).

²³ Cfr. audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato R. Rustichelli in merito all'AS795 - Legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2022, del 5 settembre 2023, reperibile nel sito del Senato della Repubblica, con la quale è stata stigmatizzata la previsione volta ad introdurre un regime di salvaguardia degli attuali concessionari.

l'introduzione dell'art. 21 *bis* nella legge n. 287/1990²⁴.

La nuova norma, infatti, attribuisce all'Autorità legittimazione processuale attiva, consentendole di impugnare, davanti ai Tribunali Amministrativi Regionali territorialmente competenti, gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione che, a suo parere, violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato; il potere di impugnativa di tali atti si configura nei casi in cui l'amministrazione da cui l'atto promana non abbia dato seguito all'invito dell'Autorità che, evidenziati i profili di incompatibilità con le norme che tutelano la concorrenza, ne auspica la rimozione o la modifica.

Il rimedio disciplinato dall'art. 21 *bis* si articola, infatti, in una prima fase (inevitabile) a carattere consultivo che prevede l'invio di un parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate e in una seconda fase (eventuale) di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso²⁵.

Il parere motivato, la cui necessità era stata in una prima fase messa in discussione da parte della dottrina, è stato invece considerato dai giudici amministrativi condizione imprescindibile del ricorso,

²⁴ «1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni».

²⁵ Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 20.

secondo i quali la disposizione impone che il potere di ricorso giurisdizionale sia preceduto, a pena di inammissibilità, da una «fase pre-contenziosa, caratterizzata dall'emissione da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione»²⁶.

Tale parere svolge pertanto una duplice funzione, in quanto mira, da un lato, a sollecitare la pubblica amministrazione a riconsiderare le proprie posizioni e a conformarsi alle indicazioni ricevute dall'Autorità, attraverso l'esercizio del potere di autotutela, in modo che la cura dell'interesse pubblico sia assicurata anzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'*extrema ratio*; dall'altro, costituisce un valido strumento per la deflazione del contenzioso in quanto limita i casi in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico.

Quanto ai termini previsti dalla norma, è ormai pacifico che quello di sessanta giorni entro cui l'Autorità deve adottare il parere decorre dalla conoscenza dell'atto impugnato²⁷, sul presupposto che prescindere dall'effettiva conoscenza da parte dell'*Antitrust* dei provvedimenti contestati «avrebbe l'effetto di circoscrivere, se non di paralizzare, l'azione di quest'ultima, incidendo così sulla reale applicabilità dell'istituto e, ciò, in conflitto con la *ratio legis* della disposizione così come sopra ricordata»²⁸.

Si è infatti ritenuto che il termine di sessanta giorni per l'emanazione del parere dell'Autorità concerne un'attività che ha in sé natura amministrativa e non di iniziativa processuale e, pertanto, «non sussistono le condizioni per estendere ad esso

i principi dettati dal Codice del processo amministrativo per l'esercizio dell'azione in giudizio»²⁹. Ne consegue che tale termine inizia a decorrere non già dalla pubblicazione del provvedimento, ma dalla conoscenza dell'atto «in modo tale che la sua durata sia effettivamente utilizzabile per l'esercizio del potere di iniziativa al quale accede»³⁰. Il momento della «conoscenza» può pertanto essere individuato nella comunicazione all'Autorità del provvedimento contestato e, ciò, peraltro, a patto che tale comunicazione contenga gli elementi rilevanti dell'atto che dovrebbe divenire oggetto del parere³¹.

I poteri di cui all'art. 21 *bis*, unitamente ai tradizionali poteri di segnalazione, sono stati successivamente richiamati dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, c.d. TUSPP), che fa obbligo alle pubbliche amministrazioni di inviare l'atto deliberativo di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni dirette o indirette all'Autorità, la quale può esprimere un parere motivato ai sensi dell'art. 21 *bis* su tali atti qualora ritenga che tali partecipazioni non rispettino i requisiti previsti dal TUSPP a tutela della concorrenza. Più precisamente, l'*Antitrust* deve accertare la congruità dell'operazione con la disciplina di cui all'art. 4 del medesimo decreto che individua, circoscrivendole, le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, verificando altresì che le stesse siano caratterizzate da convenienza economica ed informate ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Da ultimo, la possibile attivazione dei poteri della norma in esame è stata prevista

²⁶ Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580.

²⁷ Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2023, n. 3880.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583.

²⁹ Corte Cost., 11 febbraio 2013, n. 20, cit.

³⁰ Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

³¹ TAR Calabria, Catanzaro, 29 giugno 2016, n. 1373.

nel settore dei servizi pubblici locali, stabilendo che l'Autorità, al fine di monitorare il rispetto della concorrenza, si avvalga della piattaforma unica della trasparenza gestita dall'ANAC, di cui all'art. 31, D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (recante il Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), in cui gli enti affidanti sono tenuti a pubblicare gli atti concernenti l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

III.3. Le indagini conoscitive

L'art. 12, comma 2 della legge n. 287/1990 attribuisce all'Autorità la competenza a svolgere, d'ufficio o su sollecitazione dei Ministeri competenti, «indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata». Nel 2022, il nuovo Regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità ha poi riconosciuto alla neonata unità organizzativa deputata a svolgere indagini conoscitive e di mercato anche l'ulteriore competenza di valutare «gli effetti complessivi degli interventi dell'Autorità in materia di tutela e promozione della concorrenza e di tutela del consumatore in un determinato arco temporale» (art. 12, comma 20).

Tradizionalmente, lo strumento in esame è stato utilizzato per promuovere lo sviluppo della concorrenza ed individuare i possibili fallimenti di mercato in settori interessati da recenti processi di liberalizzazione (comunicazioni, energia, trasporti, poste), in quelli caratterizzati da regolazioni che ne ostacolano la competitività (servizi professionali, sanitari e farmaceutici), ovvero nei mercati in cui la concorrenza di prezzo, pur in presenza di numerosi operatori, stenta ad affermarsi (RC auto, credito, carburanti).

Sul piano delle procedure, l'art. 17, D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) prevede che, nell'ambito di un'indagine conoscitiva, l'Autorità possa rivolgere richieste di informazioni e l'esibizione di documenti ai soggetti che ritenga ne siano in possesso, disporre perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti, nonché svolgere accertamenti ispettivi³². A tutela delle imprese coinvolte, lo stesso art. 17, prevede che alle richieste di informazioni e documentazioni possano essere opposte esigenze di segreto aziendale o industriale ed esclude che le evidenze raccolte nell'ambito di una indagine conoscitiva possano formare oggetto di istanze di accesso agli atti.

Solitamente, a conclusione dell'indagine conoscitiva di un determinato settore economico, l'Autorità esercita i propri poteri di *advocacy* che, a seconda dei casi, trovano spazio nelle stesse conclusioni dell'indagine ovvero in successive segnalazioni *ex* articoli 21 e 22 della legge n. 287/1990. Se all'esito di una indagine conoscitiva emerge che le distorsioni del settore sono riconducibili a condotte di imprese rilevanti sotto il profilo antitrust, l'Autorità può, come previsto dal comma 5 del citato art. 17 del Regolamento di procedura, procedere all'avvio di attività istruttorie³³.

Il legame tra le iniziative di *advocacy* e quelle di *enforcement* nel contesto delle indagini conoscitive ha trovato piena

³² Ad oggi, l'indagine IC50 – Vaccini per uso umano, conclusa nel 2015, è l'unica in cui l'Autorità si è avvalsa dei poteri ispettivi previsti dal D.P.R. n. 217/1998.

³³ Si tratta, di ipotesi residuali, verificatesi, ad esempio, nel caso dell'indagine IC22 - Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale del febbraio 2005, cui ha fatto seguito l'avvio del procedimento istruttorio A366 - Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica.

consacrazione per effetto delle competenze attribuite all'Autorità dell'articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136 (c.d. "Decreto Asset").

Tale norma – allineando l'ordinamento italiano all'esperienza di altri Paesi europei, come Gran Bretagna e Germania – ha attribuito all'Autorità il potere di *i)* formulare richieste di informazioni assistite da sanzione; *ii)* svolgere accertamenti ispettivi; *iii)* imporre misure strutturali o comportamentali per ristorare condizioni di concorrenza nei mercati interessati da indagini conoscitive. A tali poteri, anche sulla scorta di un parere reso dal Consiglio di Stato³⁴, è riconosciuto pacificamente un ambito di applicazione trasversale e non limitato al settore specificatamente disciplinato dal decreto Asset (trasporto aereo).

L'arricchimento dello strumento in esame con i poteri tipici dell'attività istruttoria ha indotto l'Autorità a disciplinare le procedure delle indagini conoscitive anche al fine di garantire l'esercizio dei diritti di difesa e di contraddittorio alle imprese coinvolte, adottando il 7 maggio 2024 la «Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136».

Per effetto di tale comunicazione, le indagini conoscitive sono oggi organizzate in modo da prevedere una prima fase meramente "conoscitiva" che, solo in presenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori «significativi e persistenti», potrà sfociare in una seconda fase "rimediale" (ed eventuale) volta a individuare misure per l'eliminazione delle distorsioni della concorrenza osservate nella prima fase.

V. Esiti degli interventi di *advocacy*: l'attività di monitoraggio svolta dall'autorità

Con cadenza annuale, a partire dal 2015, l'Autorità ha avviato un'attività di monitoraggio dei propri interventi di *advocacy* allo scopo di verificarne gli esiti e, conseguentemente, il tasso di successo. Tale attività, scarsamente diffusa tra le autorità di concorrenza di altri Paesi, testimonia la grande attenzione che l'*Antitrust* italiana riconosce allo strumento dell'*advocacy*.

I risultati del monitoraggio sugli esiti degli interventi di segnalazione e consultivi dell'Autorità vengono pubblicati, con periodicità annuale, sul sito istituzionale e restituiscono una serie di informazioni afferenti, tra l'altro, lo strumento utilizzato, il settore in cui si è intervenuti, il destinatario dell'intervento, l'esito che ne è derivato (positivo, parzialmente positivo, negativo, non valutabile).

La pubblicazione dei risultati del monitoraggio realizza così il duplice obiettivo di garantire trasparenza all'impatto dell'attività svolta e di amplificare gli effetti degli interventi di *advocacy* raggiungendo una platea più estesa di destinatari; in tal modo, gli esiti del monitoraggio dell'attività consultiva dell'Autorità vengono a costituire essi stessi un ulteriore strumento *advocacy*.

Le attività di monitoraggio hanno altresì contribuito ad orientare l'azione consultiva dell'Autorità, in termini di maggiore consapevolezza nella scelta dello strumento cui ricorrere, ovvero di migliore capacità di individuare correttamente i soggetti cui indirizzare le proprie indicazioni e le modalità per agevolarne l'operatività.

Si è, così, appurato che il successo di un intervento è reso più agevole nei casi in cui le segnalazioni e i pareri indicano al destinatario le possibili soluzioni per rimuovere le criticità concorrenziali riscontrate; contengono la richiesta espressa di fornire riscontro, entro un termine definito, delle iniziative intraprese per risolverle; individuano con

³⁴ Cons. St., sez. I consultiva, parere 29 gennaio 2024, n. 61.

chiarezza le disposizioni di legge o regolamentari di cui si chiede la modifica.

È altresì emerso che l'attività di *advocacy* è tanto più suscettibile di trovare seguito quanto più tempestivo è l'intervento dell'Autorità. In effetti, quando il punto di vista *antitrust* viene espresso nella fase iniziale del processo formativo della norma (piuttosto che in uno stadio avanzato o, addirittura, una volta adottata la norma), le *chances* di accoglimento delle istanze rappresentate sono risultate maggiori. Ad esempio, rispetto all'anno 2021, si è riscontrato che gli atti già approvati sono stati oggetto di modifica (completamente o in parte) nel 41,8% dei casi, mentre i provvedimenti non ancora definitivi – per i quali il parere dell'Autorità è intervenuto durante l'*iter* di formazione della norma – nel 67,2% dei casi³⁵.

Ancora, l'analisi degli esiti del monitoraggio ha consentito di verificare che talune tipologie di restrizioni, che tipicamente hanno prodotto ostacoli alla concorrenza, come la fissazione di tariffe e di prezzi al consumo, sono andate diradandosi nel tempo, mentre altre, come gli affidamenti senza gara, continuano ad impegnare sistematicamente l'Autorità.

Più in generale, i dati sul monitoraggio, permettono di apprezzare come il tasso di successo delle iniziative di *advocacy* sia notevolmente aumentato negli ultimi anni, in particolare con riferimento agli interventi *ex art.* 22 l. n. 287/1990, a dimostrazione del fatto che il rafforzamento e l'affinamento dei poteri consultivi dell'Autorità hanno contribuito in misura sensibile alla diffusione del valore della concorrenza nel nostro Paese.

FRANCESCA SQUILLANTE*

³⁵ G. Mazzantini, «La funzione di *advocacy* dell'AGCM a trent'anni dalla sua istituzione», in *Merc. Conc. Reg.*, 2023, p. 24.

* Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l'Istituzione di appartenenza.

Bibliografia

P. L. Parcu, «Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità *antitrust*: contenuti, efficacia e prospettive», in *Temi e Problemi*, collana a cura dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, n. 4, 1996; M. Clarich, «L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?», in *Dir. amm.*, 1997, p. 85; E. Arisi e F. M. Esposito, «Un bilancio dell'efficacia dell'attività di *advocacy* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Econ. e pol. indust.*, 2008, p. 140; F. Flora', «La nascita della legge annuale per la concorrenza: luci ed ombre», in *Merc. Conc. Reg.*, 2009, *fasc.* 3, p. 609; F. Munari, «Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra Autorità Garante e Istituzioni», in C. Rabitti – P. Barucci (a cura di), 20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Torino, 2010, p. 295; F. Cintioli, «Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato *ex art.* 21 *bis* della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti», in *Il Nuovo dir. amm.*, n. 2/2012, p. 3; M. A. Sandulli, «Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'*art.* 21-*bis* l. n. 287/1990», in *www.federalismi.it*, n. 2/2012; M. D'Alberti, «I poteri di *advocacy* delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata», in *Conc. e Merc.*, 2013, p. 871; S. M. Clarich, «I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo *art.* 21 *bis* della L. n. 287/1990», in *Conc. e Merc.*, 2013, p. 867; N. Rangone, «Nuove frontiere per la *competition advocacy*», in *Merc. Conc. Reg.*, 2014, p. 241; B. G. Mattarella, «I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo», in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 291; M. Ramajoli, «Il

potere d'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust», in *Conc. e Merc.*, 2018, p. 83; E. Frontoni, «La periodicità perduta e quella neonata: legge di semplificazione annuale e legge an-

nuale per il mercato e la concorrenza», in *www.federalismi.it*, n. 2/2019; G. Mazzantini, «La funzione di *advocacy* dell'AGCM a trent'anni dalla sua istituzione», in *Merc. Conc. Reg.*, 2023, p. 24.

II. *Diritto antitrust*

II.3. *Il private enforcement dei divieti antitrust*

LA DIRETTIVA DAMAGES: DALLE ORIGINI DEL SISTEMA EUROPEO DI PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT ALLA DIR. 104/2014

Sommario: **I.** Premessa: le origini del sistema di *private antitrust enforcement* europeo. – I.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – I.2. Gli interventi di c.d. *soft law*. – **II.** La direttiva Ue n. 104/2014. – II.1. La genesi della Direttiva. – II.2. Le soluzioni adottate dalla Direttiva rispetto ai suoi principali obiettivi. – **III.** La Direttiva dieci anni dopo l'entrata in vigore. – III.1. L'evoluzione della giurisprudenza dell'Unione. – III.2. Nuovi orizzonti.

I. Premessa: le origini del sistema di private antitrust enforcement europeo*

La direttiva Ue n. 104/2014¹ (c.d. Direttiva *Damages*, di seguito anche «la Direttiva»), recepita in Italia con il D.Lgs. n. 3/2017², fornisce un'armonizzazione

* Ferma l'unitarietà della presente voce, e la condivisione del pensiero da parte dei due autori, si precisa che i parr. I., I.2, II.2 e III.2 sono da attribuirsi a Francesco Munari, mentre i parr. I.1, II.1 e III.1 a Mario Barbano.

¹ Direttiva Ue n. 104/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in G.U.C.E. L349 del 5 dicembre 2014, p. 1-19.

² Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale

minima delle regole di *private enforcement* del diritto *antitrust* dell'Unione Europea. La tutela della concorrenza, come è noto, si fonda su due pilastri: da una parte il c.d. *public enforcement*, ossia l'applicazione del diritto *antitrust* da parte dell'autorità amministrativa (Commissione europea e Autorità Nazionali della concorrenza o «ANC»)³, dall'altra il c.d. *private enforcement*, basato sugli strumenti di tutela giurisdizionale che soggetti privati (imprese e consumatori) possono attivare qualora si ritengano pregiudicati dalla condotta anticompetitiva di una o più imprese. Il *private enforcement* rappresenta un corollario indispensabile dell'attività di Commissione e ANC⁴, sia qualora l'azione sia esercitata senza il previo accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte di queste ultime (c.d. azioni *stand alone*), sia – ipotesi ben più frequente nel contesto dell'Unione⁵ – nel caso di azioni che seguono

per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in G.U.R.I. n. 15 del 19 gennaio 2017.

³ V. Reg. Ce n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in G.U.C.E., L 001 del 4 gennaio 2003, p. 1-25, nonché Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, in G.U.U.E. n. L11 del 14 gennaio 2019, p. 333, (recepita in Italia con Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 185, in G.U.R.I. n. 284 del 29 novembre 2021).

⁴ Cfr. cons. 7 Reg. Ce n. 1/2003.

⁵ In ciò distinguendosi dall'esperienza statunitense, laddove il *private enforcement* rappresenta il principale strumento di applicazione del diritto *antitrust*.

un provvedimento di dette autorità (c.d. azioni *follow on*). In ambito europeo, il *private antitrust enforcement* trae origine da alcune fondamentali pronunce della Corte di giustizia, a cui si sono aggiunti in seguito atti di c.d. *soft law*. Appare, perciò, opportuno ripercorrere sinteticamente queste due fasi antecedenti alla Direttiva (par. I.1 e I.2); seguiranno alcune considerazioni sugli obiettivi e sulle principali soluzioni normative adottate dalla Direttiva (par. II.1 e II.2). In conclusione, si cercherà di delineare un primo bilancio a dieci anni dall'entrata in vigore della stessa, tenuto conto, in particolare, dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia e dei profili che necessitano ancora di armonizzazione (par. III.1 e III.2).

I.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia

La tutela privata nei confronti di condotte anti-competitive ha origini remote, che sono ricondotte ad alcuni istituti di *common law*⁶. Poiché, tuttavia, la risarcibilità dei danni derivanti da illeciti anti-concorrenziali non è espressamente prevista dal diritto primario dell'Unione⁷,

⁶ Si ricordano, tra le prime forme di tutela in materia, l'istituto del c.d. *restraint of trade*, lo *Statute of Monopolies* britannico del 1623, nonché lo sviluppo della tutela privata nell'ordinamento nordamericano, a partire dallo *Sherman Act* del 1890 e dal *Clayton Act* del 1914.

⁷ Com'è noto, la sola conseguenza di diritto civile prevista dai Trattati è la nullità "di pieno diritto" delle intese restrittive dalla concorrenza (art. 101.2 TFUE). Peraltro, si ricorda che nel corso dei lavori preparatori al reg. (CEE) n. 17/62, il Parlamento aveva affermato la necessità «che si regoli il più presto possibile [...] la questione del risarcimento dei danni nell'eventualità di simili infrazioni», esortazione che però non fu accolta (cfr. *Risoluzione sulla consultazione richiesta all'Assemblea Parlamentare Europea dal Consiglio dei Ministri della C.E.E. in merito alla proposta di un primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E.E.*, in G.U.C.E. n. 1410, del 15 novembre 1961, § 11). Sul punto si

il suo riconoscimento è avvenuto progressivamente grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁸, sulla base dei noti principi di effetto diretto del diritto dell'Unione⁹, e di primato di quest'ultimo rispetto alle legislazioni nazionali¹⁰. Questa impostazione fu suggerita per la prima volta alla Corte dall'avv. Gen. Van Gerven¹¹ e, sebbene non accolta in tale occasione, ha trovato compiuta affermazione nelle successive sentenze *Courage*¹² e *Manfredi*¹³: in esse si è chiarito senza ambiguità che l'ordinamento dell'Unione riconosce e tutela il diritto

veda anche: *Assemblée Parlementaire Européenne, Rapport Deringer, Documents de Séance, 1961-1962, del 7 settembre 1961, n. 57, spec. § 123*. Si ricorda, peraltro, che già nel 1966 era stato elaborato dalla Commissione uno studio sul risarcimento del danno da illecito *antitrust*: Commissione europea, *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, Bruxelles, 1966.

⁸ La diretta applicabilità degli artt. 85, §§ 1 e 86 CEE è stata riconosciuta con la pronuncia C. Giust. Ce, 30 gennaio 1974, C-127/73, "BRT c. SABAM" ("BRT/I"), ECLI:EU:C:1974:6, punto 16. La diretta applicabilità da parte delle giurisdizioni nazionali degli attuali art. 101, §§ 1 e 2, e 102 TFUE è stata confermata nelle successive pronunce: C. Giust. Ce, 28 febbraio 1991, "Delimitis", C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91; 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, "Guérin automobiles", Racc. pag. I-1503, punto 39; sentenza del 14 settembre 2000, "Masterfoods", C-344/98, Racc. pag. I-11369, punto 52). Per una recente affermazione dell'effetto diretto delle regole di concorrenza, si veda: conclusioni dell'avv. Gen. Kokott del 17 gennaio 2019 nella causa C-637/17, "Cogeco", ECLI:EU:C:2019:32, punto 71.

⁹ C. Giust. Ce, 5 febbraio 1963, C-26/62, "van Gend & Loos", in ECLI:EU:C:1963:1.

¹⁰ C. Giust. Ce, 15 luglio 1964, C-6/64, "Costa", in ECLI:EU:C:1964:66.

¹¹ Conclusioni dell'avv. Gen. Van Gerven del 27 ottobre 1993, nella causa C-128/92, "British Coal Corporation", ECLI:EU:C:1993:860, punto 54, spec. p. 1260.

¹² C. Giust. Ce, 20 settembre 2001, C-453/99, "Courage", ECLI:EU:C:2001:465.

¹³ C. Giust. Ce 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, "Manfredi", ECLI:EU:C:2006:461.

dei singoli al risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale¹⁴. In concreto, spetta ai giudici nazionali garantire tale diritto avvalendosi delle norme processuali interne (principio di autonomia procedurale)¹⁵. Tuttavia, per evitare che la diversità delle norme nazionali possa pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, le suddette regole di procedura non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi ricorsi interni (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto conferito dall'Unione (principio di effettività)¹⁶. Occorre evidenziare che il principio di autonomia procedurale opera in assenza di una disciplina uniforme al livello dell'Unione; poiché la Direttiva ha realizzato una armonizzazione solo parziale delle regole sul risarcimento del danno anticoncorrenziale, i principi di equivalenza ed effettività restano centrali nell'orientare l'applicazione del diritto *antitrust* da parte dei giudici nazionali¹⁷. Nella giurisprudenza dell'Unione anteriore all'approvazione della Direttiva Ue

n. 104/2014 emerge inoltre una tensione immanente tra obiettivi di *public* e di *private enforcement*, come testimoniata dai giudizi sul diritto di accesso dei presunti danneggiati al fascicolo istruttorio dell'autorità. Il dibattito ha interessato, in particolare, l'acquisizione del materiale ottenuto mediante la collaborazione delle imprese nell'ambito dei programmi di clemenza¹⁸: significativi sotto questo profilo sono i casi *Pfleiderer*¹⁹, *CDC Hydrogen*²⁰, *Donau Chemie*²¹, oltre a *EnBW*²². In queste sentenze, infatti, la Corte di giustizia ha dovuto procedere ad un difficile bilanciamento di interessi: da una parte, l'esigenza di ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza il contenzioso *antitrust* tra soggetti privati; dall'altra, il diritto di difesa delle imprese coinvolte nel processo amministrativo, soprattutto nel caso di documenti forniti per accedere a programmi di *leniency*. Il rischio di contenzioso risarcitorio, infatti, riduce significativamente l'incentivo per l'impresa di ricorrere a tali programmi nonostante il beneficio dell'immunità dalle ammende²³. Nel caso *Pfleiderer* la Corte ha ammesso in via generale la possibilità che le informazioni trasmesse da imprese coinvolte in una procedura di clemenza siano divulgate dalle ANC a soggetti terzi intenzionati ad utilizzarle in una azione risarcitoria²⁴. Tuttavia, è stato riconosciuto in capo ai giudici nazionali l'obbligo

¹⁴ C. Giust. Ce, C-453/99, "Courage", cit., §§ 25-27; C. Giust. Ce, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, "Manfredi", cit., punto 63. Questo principio è stato ribadito più recentemente in C. Giust. Ue, 28 marzo 2019, C-637/17, "Cogeco", ECLI:EU:C:2019:263, punto 41 e trova oggi espressione nell'art. 3 Dir. Ue n. 104/2014, cit.

¹⁵ Le origini di tale principio sono ricondotte alle note pronunce C. Giust. Ce, 16 dicembre 1976, 33/76, "Rewe", ECLI:EU:C:1976:188, punto 5 e Id, 16 dicembre 1976, 45/76, "Comet", ECLI:EU:C:1976:191, punti 12 e 13; v. più recentemente Id., 14 settembre 2010, C-550/07, "Akzo", ECLI:EU:C:2010:512, punti 113 ss.

¹⁶ C. Giust. Ce, C-453/99, "Courage", cit., §§ 29; C. Giust. Ce, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, "Manfredi", cit., punto 62.

¹⁷ Ades., v., di recente, C. Giust. Ue, 28 gennaio 2025, C-253/23, "ASG 2", ECLI:EU:C:2025:40, punti 71-73. I principi di effettività ed equivalenza sono, peraltro, affermati all'art. 4 Dir. Ue n. 104/2014, cit.

¹⁸ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.C.E. C298 del 8 dicembre 2006, p. 17-22.

¹⁹ C. Giust. Ue, 14 giugno 2011, C-360/09, "Pfleiderer", ECLI:EU:C:2011:389.

²⁰ Trib. Ue, 15 dicembre 2011, T-437/08, "CDC Hydrogen Peroxide", ECLI:EU:T:2011:752.

²¹ C. Giust. Ue, 6 giugno 2013, in causa C-536/11, "Donau Chemie", ECLI:EU:C:2013:366.

²² C. Giust. Ue 27 febbraio 2014, C-365/12 P, "EnBW Energie", ECLI:EU:C:2014:112.

²³ Cfr. art. 17, Direttiva 2019/1, cit.

²⁴ C. Giust. Ue, C-360/09, "Pfleiderer", cit., punti 28-29.

di effettuare caso per caso un bilanciamento di interessi al fine di verificare se la divulgazione può pregiudicare l'azione pubblica²⁵. In *CDC Hydrogen*, invece, il Tribunale dell'Unione ha annullato una decisione della Commissione con cui si negava l'accesso al fascicolo di un procedimento conclusosi con la condanna delle imprese sottoposte a indagine. Secondo il Tribunale, infatti, l'interesse delle imprese a evitare eventuali azioni di risarcimento non rappresenta un interesse commerciale suscettibile di essere qualificato tra le eccezioni al principio di libero accesso di cui al Reg. Ce n. 1049/2001²⁶, neppure adducendo il rischio di compromettere il ricorso ai programmi di clemenza²⁷. Con la pronuncia *Donau Chemie*, a conferma di quanto già statuito nel caso *Pfleiderer*, la Corte ha escluso che una disposizione nazionale suscettibile di determinare il sistematico diniego all'accesso al fascicolo sia compatibile con il diritto dell'Unione. In altre parole, non è possibile che sia del tutto preclusa ai giudici nazionali la possibilità di procedere al suddetto bilanciamento di interessi²⁸. In conclusione, si segnala il caso *EnBW* poiché in esso è emersa una divergenza tra le posizioni assunte da Commissione, Tribunale e Corte. La fattispecie è analoga a quella della pronuncia *CDC Hydrogen*, poiché concernente l'impugnazione di una decisione della Commissione di diniego della

richiesta di accesso al fascicolo dell'istruttoria *antitrust*. Infatti, il Tribunale ha inizialmente annullato la decisione sul presupposto che la Commissione non può esimersi dalla verifica in concreto della sussistenza delle ragioni che giustificano il diniego, ed ha quindi attribuito a quest'ultima il relativo onere probatorio. La Corte di giustizia, invece, riformando la sentenza del Tribunale, è giunta all'opposta conclusione secondo cui il fascicolo istruttorio dei procedimenti di *public antitrust enforcement* rientra di per sé tra gli atti coperti dalle eccezioni di cui all'art. 4 Reg. Ce n. 1049/2001. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto operante una presunzione generale di non divulgabilità, seppur relativa: in altri termini, incombe sui richiedenti la prova della necessità di accedere ai singoli documenti compresi nel fascicolo, mentre la Commissione è tenuta ad un bilanciamento caso per caso²⁹, avente caratteristiche analoghe a quello richiesto dalla Corte ai giudici nazionali³⁰. Si vedrà più compiutamente *infra* come tale giurisprudenza debba essere letta alla luce della Direttiva *Damages*³¹.

I.2. Gli interventi di c.d. soft law

Sebbene il legislatore dell'Unione abbia disciplinato compiutamente la materia in esame solo nel 2014, appare opportuno soffermarsi brevemente sugli atti non vincolanti adottati dalle istituzioni dell'Unione che hanno preceduto tale intervento, visto il loro rilievo che, non solo statisticamente, essi assumono dinanzi ai giudici nazionali. Innanzitutto, va premesso che il Reg. Ce n. 1/2003 (che ha inaugurato la fase della c.d. "modernizzazione" del diritto

²⁵ *Ibidem*, punti 30-31.

²⁶ Regolamento Ce n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in G.U.U.E. L145 del 31 maggio 2001, pp. 43-48.

²⁷ Trib. Ue, T-437/08, "CDC Hydrogen", cit., punto 77.

²⁸ C. Giust. Ue, C-536/11, "Donau Chemie", cit., punto 35. Nello stesso solco si colloca la sentenza "Schenker I", C. Giust. Ue 18 giugno 2013, C-681/11, "Schenker", ECLI:EU:C:2013:404, punto 50.

²⁹ C. Giust. Ue, C-365/12 P, "EnBW", cit., punto 108.

³⁰ Cfr. *infra*, § I.2.

³¹ Cfr. *infra*, § II.2.

europeo della concorrenza)³² non prevede alcuna disciplina delle azioni di risarcimento del danno da illecito *antitrust*³³, ma riconosce la competenza in materia delle giurisdizioni nazionali e sottolinea la complementarietà del ruolo dei giudici nazionali e delle autorità di *enforcement* pubblico³⁴. Tale approccio si riflette la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra quest'ultima e giurisdizioni degli Stati membri dell'UE in materia di *enforcement antitrust*³⁵, la quale, in un'ottica di leale cooperazione, si limita a ribadire i principi di equivalenza ed effettività, come elaborati dalla Corte di giustizia³⁶. In questo contesto tendenziale incertezza si è inserisce il c.d. *Libro verde* della Commissione del 2005³⁷, capace di avviare un dibattito su molteplici problematiche, quali i requisiti soggettivi della responsabilità, i criteri di quantificazione del danno, l'eccezione di trasferimento del danno, il valore processuale dei prov-

vedimenti delle ANC, nonché l'eventuale introduzione di meccanismi di azione collettiva³⁸. In termini di politica della concorrenza, il *Libro verde* evidenzia la funzione compensativa e quella deterrente del *private antitrust enforcement*, senza accordare però preferenza ad una delle due finalità³⁹. Pur non rinunciando ad esprimere critiche nei confronti del *Libro verde*, il Parlamento Europeo, con una risoluzione del 2007, ha mostrato di condividere con la Commissione la necessità di rafforzare la tutela giurisdizionale per i soggetti lesi dai comportamenti anticoncorrenziali⁴⁰. Tali spunti hanno influenzato la pubblicazione del c.d. *Libro bianco* della Commissione nel 2008⁴¹, che si contraddistingue per un approccio complessivamente più articolato alla materia. All'interno di questo documento traspare la preferenza per l'approccio risarcitorio di tipo compensativo rispetto a quello deterrente⁴², soluzione che riflette, da una parte, la necessità di rispettare le tradizioni giuridiche degli Stati membri in materia di risarcimento del danno e, dall'altra, la considerazione che la funzione deterrente dovrebbe essere assolta principalmente tramite l'*enforcement* pubblico⁴³. Con una

³² Cfr. Commission, White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 (formerly Articles 85 and 86) of the EC Treaty, O.J.E.U. C132 of 12 May 1999.

³³ Ciò traspare soprattutto dalla lettura delle disposizioni in tema di cooperazione con le giurisdizioni nazionali (art. 15) e di applicazione uniforme del diritto *antitrust* (art. 16).

³⁴ Reg. Ce n. 1/2003, cons. n. 7, cit. e cfr. *ivi*, art. 5 in cui si afferma laconicamente che «Le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato».

³⁵ Commissione, Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.C.E. C101 del 27.4.2004, pp. 54-64, come modificata dalla Comunicazione in G.U.C.E. C256 del 5.8.2015, p. 5. Il testo consolidato è disponibile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu.

³⁶ Commissione, Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri, 2004/C 101/04, cit., punto 10.

³⁷ Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672 def.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, §§ 2.2-2.5.

³⁹ *Ibidem*, § 1.1, spec. p. 5.

⁴⁰ Parlamento Europeo, Risoluzione del 25 aprile 2007 sul Libro verde, 2006/2207(INI), in G.U.U.E., C74E del 20.3.2008, p. 653.

⁴¹ Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165 def.

⁴² *Ibidem*, § 1.2, spec. p. 3. All'interno del Libro Bianco sono stati sono stati approfonditi sia temi di carattere processuale (quali la legittimazione attiva, la prova dell'illecito e l'accesso ad essa, il *dies a quo* per il computo dei termini di prescrizione, v. *ibidem*, §§ 2.1, 2.2, 2.7), sia di carattere civilistico (tra cui i presupposti soggettivi della responsabilità, la quantificazione del danno, il c.d. *passing on*: *ibidem*, §§ 2.4-2.6).

⁴³ L'analisi svolta dalla Commissione rispecchia anche alcune soluzioni adottate dalla riforma

successiva risoluzione⁴⁴, il Parlamento europeo ha sottolineato l'opportunità di un coordinamento con la legislazione sulla tutela dei consumatori, e di armonizzare alcuni profili in materia di azioni collettive e meccanismi di composizione stragiudiziale delle controversie⁴⁵. Ciò che ha inciso maggiormente sull'*iter* legislativo successivo è stata, però, la presa di posizione contro l'introduzione dei c.d. *punitive damages*⁴⁶, nonché l'opinione sfavorevole all'introduzione di un principio di vincolatività nei confronti del giudice nazionale delle decisioni delle ANC di altri Stati membri⁴⁷. Infatti, l'intervento del Parlamento e il dibattito dottrinale instauratosi sul *Libro bianco*, hanno indotto la Commissione a non presentare una proposta che, seppur informalmente, era stata già stata messa in circolazione come bozza. La Commissione ha optato invece per l'avvio di una consultazione pubblica in materia di quantificazione del danno da illecito *antitrust*⁴⁸ che ha condotto nel 2013 alla pubblicazione dell'omonima Comunicazione⁴⁹ e alla Guida pratica ad

essa allegata⁵⁰. Per quanto concerne, invece, le azioni collettive in ambito di *private enforcement*, la Commissione ha ritenuto sufficiente un intervento mediante Raccomandazione⁵¹, scelta che ha inciso sull'assenza di una disciplina sul punto all'interno della Direttiva *Damages*⁵² e ha determinato una lacuna nell'armonizzazione che permane tutt'oggi⁵³. Da quanto sopra sinteticamente esposto, la Direttiva si colloca a valle di un intenso dibattito, capace di coinvolgere sia le istituzioni che la dottrina.

II. La direttiva Ue n. 104/2014

II.1. La genesi della Direttiva

Nel 2013 la Commissione ha elaborato una proposta di Direttiva⁵⁴, il cui *iter* è giunto a compimento con l'approvazione definitiva da parte del Parlamento Europeo

della legge tedesca della concorrenza (GWB), su cui v. *infra*, § II.2.

⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2008/2154(INI), in G.U.C.E. C117E del 6 maggio 2010, p. 161.

⁴⁵ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009, cit., punti 4, 5, 8.

⁴⁶ *Ibidem*, considerando f).

⁴⁷ *Ibidem*, § 14.

⁴⁸ Avviata a partire dalla pubblicazione della Bozza di Documento di Orientamento – Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 del TFUE, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_it.pdf.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in G.U.U.E., C 167, del 13 giugno 2013, p. 13.

⁵⁰ Commissione europea, Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE, www.competition-policy.ec.europa.eu.

⁵¹ Raccomandazione 2013/396/UE della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, in G.U.U.E., L201 del 26 luglio 2013, p. 60.

⁵² Cons. 13, Dir. Ue n. 104/2014, cit.: «È opportuno che la presente direttiva non imponga agli Stati membri di introdurre meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE».

⁵³ V. la citata sentenza C. Giust. Ue, C-253/23, "ASG 2", nonché *infra*, par. III.2.

⁵⁴ Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, COM(2013) 404 def. Cfr. anche Id., *Impact Assessment Report*, SWD(2013) 203 final.

il 26 novembre 2014. La Direttiva si contraddistingue, innanzitutto, per la particolarità della soluzione adottata per la doppia base giuridica, costituita dagli articoli 103 e 114 TFUE. Com'è noto, l'art. 103 TFUE attribuisce al Consiglio (su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo) il potere di adottare regolamenti e direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi di cui agli art. 101 e 102 TFUE⁵⁵, inclusa anche la disciplina dei rapporti tra questi ultimi articoli e la legislazione nazionale⁵⁶. L'art. 114 TFUE, invece, si colloca nell'orizzonte più ampio dell'integrazione del mercato interno e consente, mediante procedura legislativa ordinaria, l'adozione di misure per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri⁵⁷. Per chiarire le ragioni di tale scelta è opportuno riferirsi, come suggerito dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁸, agli obiettivi dell'atto in questione, evidenziati nella stessa Direttiva: (a) migliore coordinamento fra *public* e *private enforcement*; (b) garanzia di un pieno risarcimento per i soggetti danneggiati da illeciti anticoncorrenziali⁵⁹. Per quanto concerne il punto *sub* (a), si tratta dell'esigenza di evitare punti di conflitto tra le due modalità di applicazione del diritto *antitrust*, esemplificata dalla citata sentenza *Pfleiderer*⁶⁰. La finalità *sub* (b), invece, va letta alla luce del principio di effettività e della finalità di deterrenza che caratterizza il *private enforcement*⁶¹; infatti, la prospet-

tiva di dover subire azioni di risarcimento del danno può ridurre considerevolmente l'incentivo alla violazione delle regole della concorrenza, con ricadute positive anche sul *public enforcement*⁶². Tuttavia, l'opzione a favore di un risarcimento compensativo e non punitivo, unita alla previsione di deroghe per beneficiari di immunità e per le piccole e medie imprese⁶³, incide considerevolmente sulla capacità deterrente di tale disciplina. Dal considerando n. 6 emerge, peraltro, che l'armonizzazione delle regole del *private antitrust enforcement* rispecchia anche l'esigenza di scongiurare frammentazioni del mercato interno. La circostanza che nelle giurisdizioni di alcuni Stati membri sia più difficile ottenere il risarcimento del danno in questione fa sì che le azioni si concentrino in un numero ristretto di Stati membri⁶⁴, favorendo fenomeni di *forum shopping*⁶⁵. Nel complesso, la scelta della doppia base giuridica, adottata anche dalla Direttiva ECN+ (ma non dal *Digital Markets Act*)⁶⁶ appare in linea con la giurisprudenza della

Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios, Final Report for the European Commission, 2007, p. 65 ss., www.competition-policy.ec.europa.eu, nonché Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Comparative Report, 2004, p. 128 ss., www.op.europa.eu.

⁶² Cons. n. 4 e 5, Dir. Ue n. 104/2014.

⁶³ Art. 11, § 2-4, Dir. Ue n. 104/2014 su cui cfr. *infra*, par. II.2.

⁶⁴ Si tratta, in particolare di Olanda e Germania, mentre il Regno Unito aveva, pre-Brexit, il primato in materia, grazie anche al riconoscimento della risarcibilità dei danni punitivi.

⁶⁵ Cfr. cons. n. 8, Dir. Ue n. 104/2014. Al fine della determinazione della giurisdizione e della legge nazionale applicabile all'obbligazione extracontrattuale derivante dal danno antitrust occorre far riferimento, rispettivamente, all'art. 7, § Reg. Ue n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis) e art. 6, § 3, Reg. Ce n. 864/2007 (Roma II).

⁶⁶ Dir. Ue n. 1/2019, cit. Cfr., invece, di recente il caso del Reg. Ue n. 1925/2022 (*Digital Markets Act*, DMA), adottato in forza dell'art. 114 TFUE

⁵⁵ Art. 103, par. 1 TFUE.

⁵⁶ Art. 103, par. 2, lett. e) TFUE.

⁵⁷ Art. 114 TFUE.

⁵⁸ C. Giust. Ue, 3 settembre 2009, "Parlamento c. Consiglio (International Fund for Ireland)", C-166/07, in Racc., p. II-193, punto 42.

⁵⁹ V. cons. n. 3 e 6, Dir. Ue n. 104/2014, cit. e Relazione, COM(2013) 404 def., cit., § 1.2.

⁶⁰ C. Giust. Ue, "Pfleiderer", cit., cfr. *infra*, § I.1.

⁶¹ Questa finalità caratterizza, invece, il *private antitrust enforcement* statunitense. Per alcune riflessioni in ambito europeo, si vedano gli studi elaborate per la Commissione da CEPS, EUR, LUISS,

Corte in materia di attività legislativa⁶⁷. Nella Direttiva *Damages*, infatti, gli obiettivi di attuazione del diritto *antitrust* dell'Unione (art. 103 TFUE) e di ravvicinamento legislativo (art. 114 TFUE) sono entrambi caratterizzanti l'atto adottato. Peraltro, il ricorso alla procedura legislativa ordinaria - in virtù del richiamo all'art. 114 TFUE - ha consentito al Parlamento europeo di incidere in misura più significativa sull'*iter* legislativo, senza che con ciò ne derivasse una compressione delle prerogative del Consiglio⁶⁸.

II.2. Le soluzioni adottate dalla Direttiva rispetto ai suoi principali obiettivi

La Direttiva Ue n. 104/2014 si articola in sette capi, aventi ad oggetto profili generali (oggetto, ambito di applicazione materiale e definizioni, art. 1-4), divulgazione delle prove (art. 5-8), effetto delle decisioni nazionali, termini di prescrizione e responsabilità in solido (art. 9-11), trasferimento del sovrapprezzo (c.d. *passing-on*, art. 12-16), quantificazione del danno (art. 17), composizione consensuale delle controversie (art. 18-19), disposizioni finali, inclusa la definizione dell'ambito

quale unica base giuridica. Sulla dimensione di *private enforcement* del DMA, v. *infra*, par. III.2.

⁶⁷ C. Giust. Ue 10 gennaio 2006, C-178/03, "Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio", ECLI:EU:C:2006:4, spec. punti 41-43; 6 novembre 2008, C-155/07, "Parlamento europeo c. Consiglio", ECLI:EU:C:2008:605, spec. punto 72.

⁶⁸ La Corte ha infatti sottolineato come l'applicazione congiunta di diverse procedure decisionali (quella di consultazione con voto a maggioranza qualificata del consiglio e quella di co-decisione) non ponga a repentaglio le preogative del Parlamento, che ne ricaverebbe anzi una partecipazione più rilevante. Sul punto, si vedano: C. Giust. Ue, 10 dicembre 2002, C-491/01, "British American Tobacco", ECLI:EU:C:2002:741; 10 gennaio 2006, C-178/03, "Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio", cit.; 6 novembre 2008, C-155/07, "Parlamento europeo c. Consiglio", cit.

di applicazione temporale (art. 20-24). In questa sede, pare opportuno concentrare l'analisi su alcuni punti-chiave (risarcimento del danno, disciplina delle prove, quantificazione del danno), al fine di evidenziare i principali obiettivi di fondo dell'atto⁶⁹.

a) *Funzione compensativa*. La Direttiva afferma anzitutto il diritto ad un pieno risarcimento⁷⁰, che può essere chiesto da chiunque lo abbia subito⁷¹, con il solo limite dell'arricchimento senza causa⁷². Seppur comprensibile nell'ottica di rispettare le tradizioni giuridiche degli Stati membri di *civil law*⁷³, il definitivo abbandono della prospettiva dei c.d. *punitive damages* pare in contrasto con le aperture registratesi sia nella giurisprudenza dell'Unione⁷⁴ sia in quella di alcuni Stati membri (Italia inclusa), tradizionalmente ostili a tale riconoscimento⁷⁵. Peraltro, un'armonizzazione

⁶⁹ Per un'analisi dettagliata dei singoli aspetti affrontati dalla Dir. Ue n. 104/2014 e delle specificità inerenti al recepimento nell'ordinamento italiano, si rinvia alle successive voci di questo Dizionario.

⁷⁰ Art. 3, § 3 Dir. Ue n. 104/2014, nonché cons. n. 13.

⁷¹ Ivi, art. 12, § 1. Il principio per cui il danno *antitrust* deve essere risarcito a chiunque lo abbia subito risale alla nota sentenza "Courage", cit. punto 26.

⁷² Cfr. art. 3, § 3 e 12, § 1 Dir. Ue n. 104/2014. Sulla natura e sulle componenti del danno risarcibile, v. anche Commissione, Comunicazione sulla quantificazione del danno, cit., § 6 nonché Id., Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto, in G.U.U.E., C267 del 9 agosto 2019, p. 4, § 15.

⁷³ Nonché in linea con quanto espresso nel *Libro Bianco*: v. *supra*, § II.1

⁷⁴ La nozione di danno punitivo è ritenuta, tuttavia, compatibile con il diritto dell'Unione, cfr. Conclusioni dell'avv. Gen. Sharpston, 24 novembre 2016, C-367/15, "Stowarzyszenie 'Oawska Telewizja Kablowa' w Oawie c. Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie", ECLI:EU:C:2016:900, punto 41.

⁷⁵ Una significativa apertura si è registrata con la sentenza Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, la quale, dando vita ad un ampio dibattito,

estesa al tema dei danni punitivi avrebbe contribuito in misura significativa a rafforzare la finalità deterrente del *private antitrust enforcement*⁷⁶, nonché a contrastare il rischio di *forum shopping*⁷⁷. Peraltro, il principio di pieno risarcimento va posto in relazione al riconoscimento della responsabilità in solido delle imprese che hanno violato congiuntamente il diritto *antitrust* (quali, ad es., i partecipanti ad un cartello)⁷⁸. Tuttavia, le imprese danneggianti che si qualificano come piccole o medie imprese (PMI)⁷⁹ o

ha affermato che «[i]l riconoscimento di una sentenza estera di condanna al risarcimento dei danni c.d. punitivi non è incompatibile con l'ordinamento italiano, alla luce della funzione anche deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile». Tuttavia, laddove si tratti di fattispecie diverse da quelle sopra illustrate, la giurisprudenza prevalente ha ribadito la natura esclusivamente compensativa del risarcimento del danno. Nella stessa ottica, con riferimento all'illecito anticoncorrenziale v., ad es. Trib. Milano, 27 giugno 2016, n. 7970, "Swiss International Airlines c. SEA", in *Giurisprudenzadelleimprese.it*. Per contro, nella sentenza del Giudice di Pace di Bitonto emessa a valle della pronuncia pregiudiziale sul caso *Manfredi*, si è ravvisata l'esigenza – in base al principio di effettività e per garantire la finalità deterrente – di condannare l'impresa convenuta al pagamento di danni punitivi cfr. Giud. Pace Bitonto, sent. 21 maggio 2007, "Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA", in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 1278.

⁷⁶ Tuttavia, nella consultazione pubblica anteriore alla proposta era stato «accolto favorevolmente il principio guida del risarcimento e la conseguente scelta di non proporre misure quali le class action di impronta americana, la divulgazione predibattimentale oppure il risarcimento cumulativo dei danni, che perseguirebbero principalmente uno scopo deterrente» (Commissione, Relazione allegata alla proposta, COM(2013) 404 def., cit., § 2.1).

⁷⁷ Cfr. *supra*, § II.1. Circa l'interpretazione del citato Reg. Bruxelles I-bis in materia di azioni di *private antitrust enforcement*, v., di recente, C. Giust. Ue, 5 luglio 2018, C-27/17, "flyLAL", ECLI:EU:C:2018:533; Id., 29 luglio 2019, C-451/18, "Tibor-Trans", ECLI:EU:C:2019:635; Id., 15 luglio 2021, C-30/20, "RH c. Volvo", ECLI:EU:C:2021:604.

⁷⁸ Art. 11, § 1 Dir. Ue n. 104/2014.

⁷⁹ Ai sensi della Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa

che hanno ottenuto l'immunità in un procedimento di *public enforcement* beneficiano di significative deroghe alla responsabilità in solido⁸⁰, soluzione che ridimensiona la funzione deterrente di tale norma e delinea una tensione con il principio di effettività. Strettamente connessa con la finalità compensativa è anche la disciplina dei termini di prescrizione⁸¹. Innanzitutto, la Direttiva stabilisce il decorso del termine di prescrizione solo quando la violazione è cessata e l'attore è a conoscenza (o si può ragionevolmente presumere tale): i) della condotta e del fatto che essa costituisce un illecito *antitrust*; ii) del fatto che tale illecito gli ha causato un danno; iii) dell'identità dell'autore dell'illecito⁸². È inoltre previsto un termine minimo di durata di cinque anni⁸³, con la previsione di una sospensione del termine qualora sopravvenga un'indagine di *enforcement* pubblico⁸⁴. Alla luce delle considerevoli divergenze tra norme nazionali sulla prescrizione rilevate prima dell'entrata in vigore della Direttiva⁸⁵, la disciplina, pur realizzando un'armonizzazione minima della materia, ha contribuito significativamente all'effettività del risarcimento, come illustrato anche dalla successiva giurisprudenza dell'Unione⁸⁶.

b) *Acquisizione delle prove*. La disciplina è caratterizzata da rilevanti poteri istruttori del giudice nei confronti di parti e terzi, in analogia con la *discovery* statunitense.

alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, G.U.U.E. L124 del 20 maggio 2003.

⁸⁰ V., rispettivamente, art. 11, §§ 2-3 e 4-6, Dir. Ue n. 104/2014.

⁸¹ Art. 10, § 1 Dir. Ue n. 104/2014.

⁸² *Ibidem*, art. 10, § 2.

⁸³ *Ibidem*, art. 10, § 3.

⁸⁴ La sospensione ha durata massima di un anno «dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo»: art. 10, § 4 Dir. Ue n. 104/2014.

⁸⁵ V., *ex multis*, Ashurst Report, 2004, cit., p. 8 e 89.

⁸⁶ V., *infra*, par. III.2.

L'ordine di esibizione è condizionato alla plausibilità della domanda di risarcimento dell'attore – elemento che fornisce al giudice un ampio margine discrezionale – ed è sorretto dall'obbligo degli Stati membri di introdurre sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*» a garanzia della sua ottemperanza⁸⁷. L'accesso alle prove è inoltre soggetto ad uno scrutinio di proporzionalità ad opera dei giudici nazionali, sulla base di un elenco non tassativo di criteri guida, tra cui rientrano l'esistenza di fatti e prove che corroborano la domanda, i costi di divulgazione e la natura riservata dell'informazione⁸⁸. Per quanto concerne i documenti contenuti nei fascicoli della Commissione e delle ANC, il loro accesso è regolato per tipologia mediante la previsione, a seconda dei casi, di un divieto assoluto di divulgazione (c.d. *black list*), di un divieto temporaneo (che viene meno alla chiusura del procedimento di *public enforcement*, c.d. *grey list*) ovvero della divulgabilità in ogni tempo a fronte di un ordine di esame (in via residuale, c.d. *white list*)⁸⁹. Qualora le prove rientranti nelle *black* e *grey list* siano state comunque ottenute dalla parte (ad es., nell'esercizio di diritti di difesa nel procedimento di *public enforcement*), il giudice ne dichiara l'inammissibilità⁹⁰. Significativamente, le dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e alle proposte di transazione rientrano nella *black*

*list*⁹¹, in contrasto con la giurisprudenza dell'Unione precedentemente esaminata che richiede al giudice nazionale una valutazione caso per caso⁹². La scelta di politica della concorrenza di privilegiare i suddetti strumenti di *public enforcement*⁹³, tuttavia, non pare aver impedito un tendenziale declino del loro utilizzo da parte delle imprese. Nel regolare l'accesso alle prove, i giudici nazionali possono avvalersi della Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate⁹⁴, la quale si sofferma in particolare sui requisiti delle richieste di divulgazione delle prove, la qualificazione di una richiesta come riservata, nonché le misure necessarie per tutelarne il carattere confidenziale.

c) *Efficacia probatoria dei provvedimenti delle ANC*. In analogia con la disciplina concernente le decisioni della Commissione⁹⁵, la Direttiva introduce una presunzione assoluta in forza della quale il giudice nazionale è vincolato all'accertamento compiuto dall'ANC del proprio ordinamento. Nonostante la compressione del principio di libera valutazione delle prove da parte del giudice, già emersa in relazione al Reg. Ue n. 1/2003⁹⁶,

⁹¹ Art. 6, § 6, Dir. Ue n. 104/2014.

⁹² *Supra*, § I.2.

⁹³ Ciò in assenza, peraltro, di indicazioni espresse in tal senso nel diritto primario; è quindi opportuna da parte del legislatore dell'Unione una maggiore considerazione per l'art. 101 TFUE e dei principi generali rilevanti.

⁹⁴ Commissione, Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE, in G.U.U.E., C 242 del 22 luglio 2020, p. 1.

⁹⁵ Art. 16, §1 Reg. Ce, n. 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi [dell'art. 101 o 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione».

⁹⁶ Circa il ruolo delle autorità di *public antitrust enforcement* in relazione al principio di imparzialità, ci permettiamo di rinviare alla dottrina citata in bibliografia. La giurisprudenza italiana, infatti, prima

⁸⁷ In sede di recepimento della Dir. Ue n. 104/2014, il legislatore italiano ha disposto in tali ipotesi la comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie (art. 6 D.Lgs. n. 3/2017), soluzione che ha anticipato la previsione generale dell'emendato art. 210 c.p.c. (co. 4 e 5, introdotti dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).

⁸⁸ Cfr. art. 5, §§ 1-6, Dir. Ue n. 104/2014. Il successivo § 8, peraltro, lascia impregiudicata la facoltà per gli Stati membri di «*mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove*».

⁸⁹ V. art. 6, rispettivamente, §§ 6, 5 e 9 Dir. Ue n. 104/2014.

⁹⁰ Art. 7, §§ 2-3 Dir. Ue n. 104/2014.

tale approccio pare compatibile sia con gli artt. 101-102 TFUE sia con il principio di effettività⁹⁷. Di converso, l'accertamento compiuto dall'ANC di uno Stato membro diverso da quello dove l'azione è instaurata opera solo quale prova «*prima facie*»: si tratta di una presunzione semplice, che ammette quindi una prova contraria. Peraltro, in ottica di *armonizzazione minima*, è fatta salva la facoltà degli Stati membri di estendere la presunzione assoluta alle decisioni di ANC di altri ordinamenti (come avvenuto, ad es., nel caso di Austria e Germania)⁹⁸, ma è evidente la distanza dall'obiettivo di rafforzare cooperazione e fiducia reciproca in sede di *enforcement*⁹⁹.

d) *Quantificazione del danno*. In ossequio al principio di effettività¹⁰⁰, la Direttiva consente al giudice nazionale di liquidare il danno in via equitativa, a condizione che la sua esistenza sia provata, ma sia impossibile o eccessivamente difficile determinarne l'esatto ammontare¹⁰¹. In analogia a quanto

evidenziato poc'anzi in relazione all'efficacia probatoria delle decisioni delle ANC, anche in materia di quantificazione del danno è possibile riscontrare i) l'introduzione di una presunzione relativa (ossia, che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno), in un'ottica di *favor* per il danneggiato¹⁰²; ii) la divergenza con l'orientamento consolidato della Corte di giustizia sul punto, in forza del quale l'accertamento del pregiudizio e del nesso di causalità diretta resta nelle prerogative del giudice nazionale¹⁰³. La Direttiva invece non menziona il requisito soggettivo di colpevolezza in capo al soggetto danneggiante¹⁰⁴, la cui configurabilità rimane demandata agli ordinamenti nazionali¹⁰⁵. Ulteriori indicazioni sui criteri di quantificazione del danno sono fornite nella citata Comunicazione del 2013 e della *Guida pratica* ad essa allegata¹⁰⁶. Inoltre, secondo una prassi consolidatasi nell'ambito *antitrust* (nonché in quello degli aiuti di Stato)¹⁰⁷, la Direttiva prevede la facoltà per

dell'entrata in vigore della Dir. Ue n. 104/2014, si limitava a riconoscere valore di prova privilegiata alle decisioni dell'AGCM: cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 13 febbraio 2009, n. 3640, nonché la giurisprudenza citata in E. Camilleri, «Private Enforcement in Italy», in F. Wollenschlaeger et al. (eds), *Private Enforcement*, cit., p. 117 ss., spec. 128 ss.

⁹⁷ Cfr. Conclusioni dell'avv. Gen. Kokott, causa C-637/17, «Cogeco», cit., punti 71 e 86.

⁹⁸ Si tratta, nel caso dell'Austria, del § 37i (2) Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (Legge di modifica della legge sui cartelli e sulla concorrenza - KaWeRÄG 2017, B.G.Bl. I 56/2017) e, nel caso della Germania, del § 33, Abs. 4 della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (legge contro le restrizioni della concorrenza - GWB), come modificata dal Neuntes Gesetz zur Änderung des GWB del 2017 (B.G.B. I:33, 8.6.2017).

⁹⁹ La proposta iniziale prevedeva, infatti, l'estensione della presunzione assoluta anche a tali decisioni, secondo una *ratio* ritenuta più coerente con la configurazione di una Rete europea della concorrenza, cfr. Relazione allegata alla proposta di Direttiva, COM(2013) 404 def., cit., § 4.3.2.

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, § I.1.

¹⁰¹ Art. 17, § 1, Dir. Ue n. 104/2014. Si tratta di una norma in linea con i principi generali in materia di risarcimento del danno, cfr. art. 1226

c.c. per quanto concerne l'ordinamento italiano. Per un'analisi approfondita si rinvia alle successive voci di questo Dizionario.

¹⁰² Art. 17, § 2 Dir. Ue n. 104/2014.

¹⁰³ Cfr. C. Giust. Ue, 6 novembre 2012 C-199/11, «Otis», ECLI:EU:C:2012:684, punto 65.

¹⁰⁴ La questione, invece, era stata affrontata dalla Commissione nei propri atti di *soft law*: *Libro bianco*, COM(2008) 165 def., §2.4; *Libro Verde*, COM(2005) 672 def., cit., §§ 2.2, 7.

¹⁰⁵ Peraltro, l'assenza di riferimenti all'elemento soggettivo della colpa nella giurisprudenza della Corte farebbe propendere per la configurazione della responsabilità per illeciti *antitrust* quale responsabilità oggettiva o «*strict liability*». In relazione al *public enforcement*, cfr. Corte giust. Ce, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, «IAZ», ECLI:EU:C:1983:310, punto 45, nonché, di recente, Id., 12 maggio 2022, C-377/20, «Servizio Elettrico Nazionale», ECLI:EU:C:2022:379, punto 64. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, v. Cass. civ., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹⁰⁶ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno, cit.

¹⁰⁷ Commissione europea, Guida pratica, cit. Circa la possibile estensione analogica dei principi della Dir. Ue n. 104/2014 all'*enforcement* privato

i giudici nazionali di richiedere l'assistenza della Commissione per una corretta determinazione del *quantum*¹⁰⁸. In coerenza con gli strumenti di cooperazione con le giurisdizioni nazionali di cui al Reg. Ce n. 1/2003¹⁰⁹, questo meccanismo assolve a indubbie esigenze di carattere pratico, dato l'elevato grado di specializzazione richiesto dalla materia e l'esigenza di uniformità. Anche in questo caso, tuttavia, non può escludersi una certa tensione tra *private* e *public enforcement*, alla luce della non sovrapposibilità dei ruoli dei soggetti coinvolti (Commissione da una parte, autorità giudiziaria nazionale dall'altra).

e) *Applicazione nel tempo*. La Direttiva, oltre a fissare il termine per il proprio recepimento al 27 dicembre 2016¹¹⁰, disciplina anche alcuni profili di applicazione nel tempo, distinguendo tra «*disposizioni sostanziali*» e altre disposizioni (di natura processuale)¹¹¹: per le prime è esclusa l'applicazione retroattiva, mentre per le seconde è ammessa l'applicazione a controversie instaurate a partire dall'entrata in vigore della Direttiva (26 dicembre 2014). Poiché la Direttiva non fornisce una definizione di disposizione sostanziale, il punto ha richiesto chiarimenti da parte della giurisprudenza dell'Unione¹¹².

Così sintetizzati gli aspetti chiave della Direttiva, è possibile ora evidenziare i profili di evoluzione della stessa.

III. La Direttiva dieci anni dopo l'entrata in vigore

La circostanza che ben ventuno Stati membri abbiano recepito la Direttiva solo dopo la scadenza del suo termine di trasposizione (2016) ha portato la Commissione a ritenere che nel 2020 non vi fossero ancora elementi sufficienti per una sua valutazione puntuale¹¹³, né, tantomeno, formulare eventuali proposte di modifica¹¹⁴. Ciononostante, studi empirici più recenti evidenziano un significativo incremento del *private enforcement* nell'Unione, soprattutto nella componente *follow-on*¹¹⁵. L'incremento del contenzioso interno ha, peraltro, confermato il ruolo centrale della Corte di giustizia, chiamata a garantire, mediante il meccanismo del rinvio pregiudiziale¹¹⁶, l'uniforme interpretazione della Direttiva.

III.1. L'evoluzione della giurisprudenza dell'Unione

La giurisprudenza della Corte successiva all'entrata in vigore della Direttiva ha affrontato, per quanto di interesse, questioni inerenti a: (a) ambito di applicazione temporale, (b) legittimazione attiva

degli aiuti di Stato si rinvia alle relative voci di questo Dizionario.

¹⁰⁸ Art. 17, § 3, Dir. Ue n. 104/2014.

¹⁰⁹ Cfr. il potere della Commissione di trasmettere informazioni o pareri ai giudici nazionali (art. 15 § 1) e quello – riconosciuto a Commissione e ANC – di presentare d'ufficio osservazioni in veste di *amicus curiae* (art. 15 § 3, Reg. Ce n. 1/2003).

¹¹⁰ Art. 21, § 1 Dir. Ue n. 104/2014.

¹¹¹ Art. 22 Dir. Ue n. 104/2014.

¹¹² V., *infra*, par. III.1.

¹¹³ La Commissione era chiamata a rendere una Relazione di riesame della Direttiva ai sensi dell'art. 20 §1, Dir. Ue n. 104/2014: Commission, Report on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on 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, SWD(2020) 338 final.

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 20 §3, Dir. Ue n. 104/2014: Commission, Report, SWD(2020) 338 final, cit., p. 2.

¹¹⁵ Per un'analisi empirica della giurisprudenza degli Stati membri in materia di *private enforcement*, si rinvia agli studi di O. Brook - B. Rodger, J.F. Labrode e M. Tavassi, tutti richiamati nella bibliografia finale di questa voce.

¹¹⁶ Art. 267 TFUE.

e passiva, (c) esibizione delle prove e (d) prescrizione¹¹⁷.

a) *Ambito di applicazione temporale*. La Corte ha stabilito che, innanzitutto, la nozione di disposizione sostanziale di cui all'art. 22 § 1 della Direttiva deve essere valutata alla luce del diritto dell'Unione e non del diritto nazionale¹¹⁸. Ciò premesso, la giurisprudenza dell'Unione attribuisce natura *sostanziale*: i) alla disciplina della prescrizione (art. 10), in quanto il decorso del suddetto termine comporta l'estinzione dell'azione¹¹⁹; ii) alla presunzione di esistenza di danno da cartello (art. 17, § 2), in quanto «direttamente connessa» al sorgere della responsabilità dell'impresa partecipante al cartello¹²⁰; iii) alla presunzione di sussistenza dell'illecito accertato dall'enforcer pubblico (art. 9 § 1), anche qui per la capacità della norma di incidere sull'accertamento della responsabilità¹²¹. Natura *processuale*, invece, è stata riconosciuta alle norme sulla liquidazione equitativa del giudice (art. 17, §1)¹²² e l'ordine di esibizione delle prove (art. 5, § 1)¹²³. Peraltro, le disposizioni che sanciscono il diritto ad un pieno risarcimento

(art. 3, § 1-2) e la responsabilità solidale degli autori dell'illecito (art. 11, § 1) sono state ritenute dalla Corte meramente codificatrici della propria giurisprudenza e quindi applicabili già al momento del recepimento della Direttiva¹²⁴.

b) *Legittimazione*. Le norme della Direttiva che riconoscono a chiunque il diritto al risarcimento vanno poste in relazione alla sentenza *Otis II*¹²⁵. Tale pronuncia, resa in una fattispecie non regolata dalla Direttiva, ribadisce che chiunque ha diritto al risarcimento, anche al di fuori delle categorie dei fornitori e degli acquirenti nel mercato rilevante, purché fornisca la prova del pregiudizio e del nesso causale¹²⁶. La definizione – pressoché tautologica – di “autore della violazione” contenuta nella Direttiva¹²⁷ va collegata alla nozione di impresa come singola unità economica, in forza della quale la Corte ha ammesso l'azione di risarcimento del danno *antitrust* nei confronti i) della società acquirente dell'impresa autrice dell'illecito, se vi è identità fra i due enti¹²⁸, nonché ii) la società figlia per l'illecito commesso dalla società madre, a condizione entrambe costituissero un'unità economica al momento della violazione¹²⁹. Quest'ultimo profilo ha ricadute significative sulla capacità dell'attore di instaurare la controversia in più giurisdizioni, con il rischio che, in caso di azioni *follow-on*, la diversa vincolatività

¹¹⁷ Per un'analisi dettagliata della casistica si rinvia alla trattazione tematica nelle successive voci di questo Dizionario.

¹¹⁸ Ciò in assenza di un rinvio espresso al diritto nazionale da parte del legislatore dell'Unione: C. Giust. Ue, 22 giugno 2022, C-267/20, “Volvo”, ECLI:EU: C:2022:494, punto 39.

¹¹⁹ In ciò distinguendosi dai termini processuali: C. Giust. Ue, C-267/20, “Volvo”, cit., punto 46-47. La disposizione può comunque essere applicata ai casi in cui il termine di prescrizione non era ancora trascorso alla data di recepimento della Direttiva: C. Giust. Ue, C-267/20, “Volvo AB”, cit., punto 79.

¹²⁰ C. Giust. Ue, C-267/20, “Volvo”, cit., punti 95-98.

¹²¹ C. Giust. Ue, 20 aprile 2023, C-25/21, “Repsol”, ECLI:EU:C:2023:298, punti 37-40.

¹²² C. Giust. Ue, C-267/20, “Volvo”, cit., punto 89. In generale, sulla nozione di norma processuale, v. C. Giust. Ue, 3 giugno 2021, C-39/20, “Jumbocarry Trading”, ECLI:EU:C:2021:435, punto 28.

¹²³ C. Giust. Ue, 10 novembre 2022, C-163/21, “PACCAR”, ECLI:EU:C:2022:863, punto 35.

¹²⁴ V., rispettivamente, C. Giust. Ue, 16 febbraio 2023, C-312/21, “Traficos Manuel Ferrer”, ECLI:EU:C:2023:99, punti 35 e 61.

¹²⁵ C. Giust. Ue, 12 dicembre 2019, C-435/18, “Otisc.Land Oberösterreich”, ECLI:EU:C:2019:1069.

¹²⁶ Ivi, punto 32.

¹²⁷ Art. 2, n. 2) Dir. Ue, n. 104/2014: «l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza».

¹²⁸ Ciò anche in considerazione della finalità deterrente del *private enforcement*: C. Giust. Ue, 14 marzo 2019, C-724/17, “Skanska”, ECLI:EU:C:2019:204, punti 45-47.

¹²⁹ C. Giust. Ue, 6 ottobre 2021, C-882/19, “Sumal”, ECLI:EU:C:2021:800, punti 51-52.

delle decisioni delle ANC conduca a pronunce tra loro incompatibili¹³⁰.

c) *Divulgazione delle prove*. La Corte ha affermato che l'ordine di esibizione di cui all'art. 5, §1 ricomprende non solo i documenti già esistenti ma anche quelli che la parte destinataria dell'ordine dovrebbe creare *ex novo*, fermi i principi di pertinenza, proporzionalità e necessità della prova¹³¹. Inoltre, la divulgazione di documenti può essere ordinata nonostante siano pendenti (o sospesi) procedimenti di *public enforcement*, purché i documenti in questione non rientrino nelle liste nere o grigie di cui all'art. 6, §§ 5-6 della Direttiva¹³². Inoltre, la mancata divulgazione delle prove da parte del presunto danneggiante è riconosciuta tra gli elementi che il giudice nazionale prende in esame al fine di procedere alla liquidazione equitativa del danno¹³³.

d) *Prescrizione*. La Corte afferma che la regola secondo cui la prescrizione non può decorrere prima che l'infrazione sia terminata e che la parte lesa sia posta ragionevolmente a conoscenza della natura illecita della condotta discende dal principio di effettività e opera quindi al di là dell'ambito di applicazione temporale della Direttiva¹³⁴. In caso di azioni *follow-on*, il momento in cui si può ragionevolmente prevedere che l'attore sia a conoscenza delle informazioni rilevanti è identificato nella pubblicazione in gaz-

zetta ufficiale della sintesi della decisione di *public enforcement*¹³⁵; inoltre, durante l'indagine sull'illecito il termine di prescrizione dev'essere sospeso o interrotto, al fine di consentire alla parte lesa di conoscere la portata e la durata della violazione¹³⁶.

III.2. Nuovi orizzonti

A dieci anni dall'entrata in vigore, l'approccio "minimalista" adottato dalla Direttiva fa sì che permangano ancora significative esigenze di armonizzazione. È questo il caso, innanzitutto, della disciplina delle azioni collettive, a fronte del limitato seguito che la Raccomandazione del 2013 ha avuto presso gli Stati membri¹³⁷ e della scelta del legislatore dell'Unione di non includere il diritto *antitrust* nei settori interessati dalla direttiva sulle azioni collettive dei consumatori¹³⁸. La Corte è recentemente intervenuta sul punto, affermando che la Direttiva *Damages*, pur ammettendo la configurabilità di azioni collettive in materia¹³⁹, non obbliga gli Stati membri a disciplinarle¹⁴⁰ e che, tuttavia, i principi di effettività e di tutela

¹³⁵ Ivi, punti 66-67.

¹³⁶ Ivi, punto 79.

¹³⁷ Nel 2018 solo 19 Stati membri disponevano di una disciplina dell'azione collettiva risarcitoria, in più della metà dei casi limitata a settori specifici (ad es., la tutela dei consumatori), mentre solo 6 Stati membri erano dotati di una legislazione orizzontale, riferibile a tutti i settori: Commissione, Relazione sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, COM(2018) 40 final, p. 3.

¹³⁸ Cfr. Allegato I, Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, in G.U.U.E., L 409 del 4 dicembre 2020, pp. 1-27.

¹³⁹ Art. 2, n. 4) Dir. Ue n. 104/2014.

¹⁴⁰ C. Giust. Ue, C-253/23, "ASG 2", cit., punti 68-70.

¹³⁰ Cfr. art. 9, §1 e 2 Dir. Ue, n. 104/2014. Sul punto, v. conclusioni dell'avv. Gen. Kokott del 26 settembre 2024 nella causa C-393/23, "Athenian Brewery", ECLI:EU:C:2024:798, punto 56.

¹³¹ C. Giust. Ue, C-163/21, "PACCAR", cit., punti 55-69.

¹³² C. Giust. Ue, 12 gennaio 2023, C-57/21, "Regiojet", ECLI:EU:C:2023:6, punti 50-54.

¹³³ C. Giust. Ue, C-312/21, "Traficos Manuel Ferrer", cit., punto 65.

¹³⁴ Ciò nonostante il fatto che l'applicabilità della direttiva fosse esclusa nel caso di specie: C. Giust. Ue, 18 aprile 2024, C-605/21, "Heureka", ECLI:EU:C:2024:324, punto 59.

giurisdizionale effettiva impongono al giudice nazionale di disapplicare una norma interna sulle azioni collettive che renda di fatto impossibile il ristoro del danno¹⁴¹. Tuttavia, solo un intervento del legislatore dell'Unione pare in grado di eliminare le disparità esistenti tra Stati membri e rafforzare il ruolo del consumatore in sede di *antitrust enforcement*. In quest'ottica, sono auspicabili anche iniziative volte a garantire che le regole sulla ripartizione delle spese giudiziali non incidano sull'effettività della tutela¹⁴². Da ultimo, gli strumenti di *private enforcement* derivanti regolazione dei mercati digitali, quali il *Digital Markets Act*¹⁴³, il *Regolamento P2B*¹⁴⁴ e il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali¹⁴⁵, pongono una crescente

esigenza di coordinamento con il regime della Direttiva e possono beneficiare dell'elaborazione giurisprudenziale relativa a quest'ultima¹⁴⁶. Anche questi nuovi sviluppi, tuttavia, non possono che fondarsi sul principio di effettività, nell'ottica di un contemperamento adeguato tra ragioni compensative e finalità deterrente capace di garantire i diritti di tutte le parti coinvolte.

FRANCESCO MUNARI – MARIO BARBANO

Bibliografia

E. Adobati, «La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 534; G. Afferni – M. Carpagnano, «Nota a CGCE 13.7.2006, C-295/04, Manfredi», in *Danno e resp.*, 2007, p. 19; J. Alberti, F. Croci, «L'impatto del *soft law* europeo nei giudizi interni: un'analisi sul campo», in G. Palmisano (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi nazionali*, Napoli, 2023, p. 325; J. Alfaro – T. Reher, «Towards the directive on private enforcement of EC competition law: is the time ripe?», in *European Antitrust Review*, 2010, p. 43; G. Alpa, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016; C. Amalfitano, «Ravvicinamento delle legislazioni [dir. UE]», in Treccani – diritto online, 2015; M. Barbano, «Wind of change: la sentenza Google Shopping del Tribunale dell'Unione (T-612/17) e i possibili riflessi sulla prassi di antitrust enforcement nel settore delle

¹⁴¹ Ciò a condizione che il diritto nazionale non preveda altri meccanismi alternativi efficaci di azione collettiva, e l'azione individuale sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile: ivi, punti 84 e 87.

¹⁴² V. conclusioni dell'avv. Gen. Kokott del 22 settembre 2022 nella causa C-312/21, «Traficos Manuel Ferrer», cit., punti 62-68, e cfr. Corte giust. Ue, 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, «Caixabank», EU:C:2020:578, punto 99.

¹⁴³ Il c.d. *Digital Markets Act* presuppone implicitamente la sua applicazione innanzi ai giudici nazionali (pur senza fornire ulteriori specificazioni, art. 39) e, in caso di iniziative collettive dei consumatori, prevede l'applicazione della Direttiva (UE) 2020/1828 (art. 42): Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828, in G.U.U.E., L265 del 12 ottobre 2022, pp. 1-66.

¹⁴⁴ Cfr. art. 14 Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, in G.U.U.E., L 186 del 11 luglio 2019, pp. 57-79.

¹⁴⁵ Art. 82, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in G.U.U.E., L 119 del 4 maggio 2016, pp. 1-88.

¹⁴⁶ Cfr. C. Giust. Ue, 4 maggio 2023, C-300/21, «Österreichische Post», ECLI:EU:C:2023:370, punti 43-51, nonché, di recente, 4 ottobre 2024, C-21/23, «Lindenapotheke», ECLI:EU:C:2024:846, punti 62-67.

piattaforme digitali», in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2021, p. 145; S. Bariatti – L. Perfetti, «Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del consumo», in B. Nascimbene – F. Rossi Dal Pozzo (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 3; S. Bastianon, «Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole», in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 1151; S. Bastianon, «Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione», in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, p. 321; J. Basedow, «Damages actions for breach of competition law: The contest between national judiciaries in the EU», in *RDPP*, 2016, p. 633; G. Becker, G. Stigler, «Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers», in *Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1974, pp. 1-18; G.A. Benacchio, «Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati», in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto europeo della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 23; O. Brook – B. Rodger, «Comparative Report», in B. Rodger et al. (eds), *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK*, Alphen aan den Rijn, 2024, p. 947; G. van Calster, «The EU Rules on Jurisdiction for and the Law Applicable to, Follow-on, and Stand-alone Damages Following Competition Infringement», in *JECLP*, 2020, p. 147; L. Calzolari, *Il sistema di enforcement pubblico e privato delle regole di concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2019; E. Camilleri, «Private Enforcement in Italy», in F. Wollenschlaeger et al. (eds), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Alphen aan den Rijn, 2020, p. 117; G. Capodaglio, C. Scarpa, «Il danno subito», in Catricalà et al. (a cura di),

Diritto antitrust, Milano, 2021, p. 893; M. Carpagnano, «Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi», in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 1278; B. Cavallone, «Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria», in B. Nascimbene – F. Rossi Dal Pozzo (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano 2009, p. 31; C. Cellerino, «Personal Data: Damages Actions between EU Competition Law and the GDPR», in in L. Calzolari et al. (eds), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, 2024, p. 257; G. Colangelo, «Intese “obtorto collo” e risarcimento del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario», in *Corriere giuridico*, 2002, p. 454; F. Croci, «Judicial Application of the Digital Markets Act: The Role of National Courts», in L. Calzolari et al. (eds), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, 2024, p. 233; P. De Pasquale, O. Palotta, Artt. 114-115 TFUE, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 1261; A. Dondi – V. Ansaneli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, 2^a ed., Milano, 2018; J.U. Franck, «Individual Private Rights of Action under the Platform-to-Business Regulation», in *European Business Law Review*, 2023, p. 525; C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015; D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; P. Giudici, «Private Antitrust Enforcement in Italy», in *Competition Law Review*, 2004, p. 61; G. Gaudin – F. Weber, «Antitrust Damages, Consumer Harm, and Consumer Collective Redress», in *JECLP*, 2021, p. 370; M. Hazelhorst, «Private Enforcement

of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far», in *European Review of Private Law*, 2010, p. 757; A. Hinds, «Article 103», in R. Böttner, H. Blanke (eds), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, vol. II, 2024, pp. 163; L. Hornkohl, «Public Compensation for Private Harm: Fair Funds for Consumer Competition Law Redress», in *World Competition* 2024, p. 89; A. Howard, «The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?», in *European Competition Law Review*, 2014, p. 52; P. Iannuccelli, «La base giuridica della Direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003», in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Roma, 2016, p. 25; P. Iannuccelli, «La Saga RC auto rimane (per ora) una questione tutta italiana», in *Concorrenza e mercato*, 2005-2006, n. 13-14, p. 291; P. Iannuccelli, «Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza», in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 75; T. Jenkis, «Competition Law in Europe: What to Expect in 2014», in *European Competition Law Review*, 2014, p. 274; A. Iermano, «I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale», in *Dir. Un. Eur.*, 2019, p. 525; A. Jones, «Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US», in M. Bergström – M. Iacovides – M. Strand (eds), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, London, 2016, p. 15; P. Kirst, *The Impact of the Damages Directive on the Enforcement of EU Competition Law*, Cheltenham, 2021; J.F. Labrode, «Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges», in *Concurrences*, n. 3, 2021, p. 232; R. Lande, «Introduction: Benefits of private enforce-

ment», in A. Foer – R. Stutz (eds), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States. A handbook*, Cheltenham- Northampton, 2012, p. 1 ss.; K. Lenaerts, «The Decentralised Enforcement of EU Law: The Principles of Equivalence and Effectiveness», in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. 2, Napoli, 2014, p. 1057; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, 2014, Milano; M. Merola - A. Amati, *The binding effect of NCA Decisions under the Damages Directive: Rationale and Practical implications*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2016, p. 87; D. Migliasso, *Valutazione equitativa del danno*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, vol. 12, Milano, 2009, p. 1005; S. Montemaggi, «Dalla Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali», in *Nuova Giurispr. Civ. Comm.*, 2007, p. 634; F. Munari, «L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003», in G. Tesaurò (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 189; F. Munari, «Issues on Jurisdiction and Applicable Law in Private Antitrust Enforcement Cases», in I. Queirolo – B. Heiderhoff (a cura di), *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, Roma, 2015, p. 143; F. Munari, «Competition on Digital Markets: An Introduction», in L. Calzolari – A. Miglio – C. Cellerino – F. Croci – J. Alberti (eds), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, 2024, p. 7; G. Muscolo, *The Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement: General and Institutional Aspects*, in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Roma, 2016, p. 15; G. Muscolo, «Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove», in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 287; B.

Nascimbene, P. De Pasquale, «Il diritto dell'Unione europea e il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale», in AA.VV., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, Milano, 2023, p. 3; A. Nervi, «Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law», in *Italian Law Journal*, vol. 2, 2016, p. 131; C. Osti, «Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano», in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 291; L.F. Pace, «The Court of Justice 'Antitrust enforcement negative harmonisation framework' and the CDC and Pfeiderer Judgments: 'Another brick in the wall'», in B. Cortese (ed.), *EU Competition Law – Between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 241; O. Pallotta, «Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi», ne *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 305; O. Pallotta, «Deterrence against cartels: an overview on the presumption of harm and on punitive damages after 60 years of EU competition law», in R. Mastroianni – A. Arena (eds.), *60 Years of EU Competition Law. Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017, p. 129; A. Palmieri – R. Pardolesi, «Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni"», in *Foro italiano*, 2002, p. 76; G. Rossi, «"Take Courage"! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust», in *Foro Italiano*, 2002, p. 90; W. Roth, «The European perspective», in F. Wollenschlaeger, W. Wurmnest, T. Moellers (eds.), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Alphen aan den Rijn, 2020, p. 13; A. Ruster – S. von Massow, «In for a Penny, in for a Pound? Legal Professional Privilege as a Shield Against Disclosure in Private Antitrust Litigation in Europe», in *JECLP*, 2020, p. 22; G. Scocchini, «Aspetti generali del private enforcement», in A. Catricalà – C. Cazzato – F. Fimmanò (a cura di), *Diritto*

Antitrust, Milano, 2021, p. 815; E. Scoditti, «Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano», in *Foro Italiano*, 2002, p. 84; M. Scuffi, «Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore», in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Roma, 2016, p. 93; K. Strouvali, E. Pantopoulou, «Balancing Disclosure and the Protection of Confidential Information in Private Enforcement Proceedings: The Commission's Communication to National Courts», in *JECLP*, 2021, p. 393; I. Taccani, «Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi civili per il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza», in F. Munari – C. Cellerino (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Roma, 2016, p. 103; M. Tavassi, «La realtà del private enforcement in Italia», in M. Condi nazi, J. Alberti, F. Croci (a cura di), *Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*, fasc. spec. *Eurojus*, Milano, 2020, pp. 9; A. Vlahek, «The Great Saga of Collective Redress in EU Competition Law: All Cry and No Wool?», in *World Competition*, vol. 47, 2024, p. 53; C.F. Weidt, «The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament», in *European Competition Law Review*, 2014, p. 438; B. de Witte, «Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order», in P. Craig, G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 3rd ed., Oxford, 2021, p. 187; R. Whish – D. Bailey, «Private enforcement of competition law: its role and development in the EU», in B. Rodger – M. Ferro – F. Marcos (eds.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham, 2023, p. 2; J. Ysewyn – S. Kahmann, «The decline and fall of the leniency programme in Europe», in *Concurrences*, n. 1, 2018, p. 44.

LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PASSIVA ALL'AZIONE ANTITRUST

Sommario: I. La legittimazione giudiziale *antitrust*. – II. La legittimazione attiva. – III. La legittimazione passiva.

I. La legittimazione giudiziale *antitrust*

È ben noto che gli articoli 101 e 102 TFUE, così come gli artt. 2 e 3 della l. n. 287/1990 (Legge *antitrust*) – in materia rispettivamente di intese restrittive della concorrenza e di abusi di posizione dominante – costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti fra i privati, in quanto tali idonee a far sorgere in capo ad essi situazioni giuridiche soggettive direttamente invocabili davanti al giudice ordinario (*private antitrust enforcement*)¹.

In questa prospettiva, complementare a quella dell'*enforcement* pubblicistico ad opera delle autorità di concorrenza, si pone il tema della legittimazione ad agire,

tipicamente annoverata fra le condizioni dell'azione, con cui ci si riferisce alla titolarità del potere (legittimazione attiva) e del dovere (legittimazione passiva) di promuovere o subire un giudizio rispetto al rapporto dedotto in causa.

Se tuttavia in linea generale la *legittimatio ad causam* si appunta in capo al soggetto al quale – ovvero nei cui confronti – è attribuita la titolarità del rapporto giuridico controverso, l'individuazione dell'attore e del convenuto nell'ambito di un'azione giudiziale *antitrust* dipende da una serie di variabili connesse sia alle peculiarità della normativa in materia di concorrenza – le cui categorie (si pensi alla nozione di "impresa" e di "intesa") si connotano in chiave di marcata specialità rispetto alle tradizionali fattispecie civilistiche – sia agli stessi obbiettivi perseguiti dalla legislazione a tutela della concorrenza.

Nel nostro ordinamento, la legittimazione all'azione nell'ambito del contenzioso *antitrust*, e in particolare l'individuazione dei soggetti dotati di legittimazione attiva, è oggi espressamente disciplinata dal D.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, che ha dato attuazione alla Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014.

Come si vedrà, la disciplina introdotta con il D.lgs. 3/2017 è comunque in linea con i previgenti principi giurisprudenziali, che erano stati il frutto di un laborioso percorso, largamente tributario della giurisprudenza comunitaria ed in particolare di quelle pronunce della Corte di Giustizia, che hanno contribuito a garantire la tutela minima per tutti i soggetti operanti nel mercato comune (sia imprese che consumatori).

¹ C. giust. CE, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT c. SV Sabam e NV Fonior*, principio ribadito nella sentenza dell'11 novembre 2021, causa C-819/19, *Stichting Cartel Compensation*, ECLI:EU:C:2021:904. Nel nostro ordinamento assume rilievo l'art. 33, comma 2, l. 287/1990, come modificato dall'art. 2, comma 2, d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività» secondo il quale «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

La disciplina *ad hoc* sul *private enforcement* riflette la consapevolezza delle specificità della legislazione *antitrust* e della sua applicazione da parte del giudice civile. Tale forma di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli è complementare al *public enforcement*, e mira ad assicurare una maggiore efficacia complessiva alla normativa, accrescendone la deterrenza preventiva.

Va segnalato che i principi normativi vigenti sono il risultato di un ampio e lungo dibattito sviluppatosi a livello comunitario dai primi anni 2000, incentrato essenzialmente sull'effettività dei rimedi giudiziali nelle controversie *antitrust* e sulla opportunità di un eventuale intervento normativo comunitario al riguardo². Nel corso di tale dibattito, le istituzioni comunitarie (ed *in primis* la Commissione ed il Parlamento) avevano chiaramente riconosciuto l'importanza del *private enforcement* come strumento della politica di concorrenza, auspicandone la diffusione e l'affermazione come effettivo rimedio giudiziale azionabile presso le corti nazionali degli Stati membri, riconoscendo, appunto, a "chiunque" sia stato leso da una condotta anticompetitiva illecita avvenuta nel mercato comune, la legittimazione ad agire per invocare il ristoro del pregiudizio subito³.

II. La legittimazione attiva

La legittimazione attiva ad invocare in giudizio la normativa *antitrust* è stata progressivamente modellata dalla giuri-

sprudenza e successivamente positivizzata dal legislatore comunitario e nazionale, con l'intento di garantire l'effettiva azionabilità dei diritti discendenti dal diritto comunitario. Al fine di meglio apprezzare la portata della normativa oggi vigente pare opportuno ripercorrere di seguito l'evoluzione giurisprudenziale a livello comunitario e nazionale.

In un primo momento, i contorni della legittimazione attiva sono stati delineati – in chiave di garanzia della effettività della tutela giudiziale – dalla Corte di giustizia nella sentenza *Courage c. Crehan*⁴, a lungo considerato un vero e proprio *leading case* in materia.

In tale pronuncia, in linea con l'approccio seguito in materia di effetto diretto delle disposizioni del Trattato, la Corte aveva compiutamente affermato che l'effetto utile del divieto di cui all'art. 101 § 1 TFUE avrebbe potuto subire una seria limitazione qualora non fosse stata pienamente garantita ai soggetti danneggiati la possibilità di agire in sede di risarcimento dei danni derivanti da condotte anticoncorrenziali⁵.

⁴ C. giust. CE, 20 settembre 1999, *Courage and Crehan*, C-453/99, *Racc.* 2001, p. I-6297.

⁵ In particolare il giudice comunitario, chiamato a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario della regola giurisprudenziale inglese che negava il diritto al risarcimento del danno al soggetto che fondava la sua domanda su un atto illecito di cui condivideva la responsabilità, la c.d. *in pari delicto doctrine*, aveva precisato che qualunque soggetto è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 101 TFUE e chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune (cfr. C. giust. CE, 20 settembre 1999, "Courage", cit., punti 23-26). Secondo la Corte di Giustizia, l'esercizio di tale diritto rafforza, attraverso la tutela giudiziale nel caso specifico, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è in grado di disincentivare le imprese dall'adottare comportamenti anticoncorrenziali svolgendo una funzione deterrente e di prevenzione generale. In questo senso, secondo la Corte, le azioni di risarcimento proposte

² Cfr. Libro Verde della Comm. UE, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM/2005/0672 def.; Libro Bianco della Comm. UE in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def.

³ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 sulla relazione annuale sulla politica di concorrenza dell'Unione europea, §§ 25-27.

Questo orientamento è stato successivamente consolidato nel caso *Manfredi*⁶, in cui la Corte di giustizia si era pronunciata in via pregiudiziale in una controversia originata dalle vicende di una intesa restrittiva della concorrenza nel settore assicurativo⁷. In tale caso, la Corte aveva affermato che, al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]»⁸.

Con riferimento alle modalità concrete di esercizio di tale diritto nei singoli ordinamenti nazionali, la Corte, in ossequio al principio di autonomia procedurale, aveva precisato che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario»⁹.

davanti alle giurisdizioni nazionali, in mancanza di una normativa ad hoc, potevano contribuire in misura sostanziale al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (cfr. C. giust. CE, 20 settembre 1999, «Courage», cit., punto 27).

⁶ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, cause riunite C-295-298/04, in *Racc.* 2006, p. I-6619.

⁷ L'intesa illecita era stata accertata e sanzionata dall'AGCM con Provvedimento del 28 luglio 2000, n. 8546, I377, caso «RC Auto». La decisione è stata oggetto di impugnazione davanti ai giudici amministrativi: il TAR Lazio, con sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001 ha respinto i ricorsi delle compagnie assicurative confermando per l'effetto la sanzione di 700 miliardi di lire ad esse irrogata; il Consiglio di Stato con sentenza n. 2199 del 23 aprile 2002, ha parzialmente riformato la pronuncia del TAR Lazio, confermando però i capi della decisione relativi all'illeceità dello scambio di informazioni sensibili.

⁸ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., punto 61.

⁹ C. giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., § 62 ss.

Il rafforzamento della legittimazione dei soggetti danneggiati si riscontra anche in più recenti pronunce della Corte di giustizia.

Ad esempio, nel caso *Otis*¹⁰ la Corte ha trattato il diritto al risarcimento di un soggetto pubblico che, pur non avendo acquistato – né direttamente né indirettamente – i prodotti oggetto di un'intesa anticoncorrenziale, si era detto danneggiato in via indiretta (avendo, nella specie, concesso maggiori sovvenzioni conseguenti all'incremento dei costi determinato dall'intesa in questione). La Corte, ritenendo che l'efficacia della tutela *antitrust* sarebbe stata altrimenti gravemente compromessa, ha quindi concluso che anche coloro che non operano come fornitori o acquirenti sul mercato interessato da un'intesa possono chiedere la condanna delle imprese che hanno partecipato a tale intesa al risarcimento del danno che hanno subito.

Ancora, nella sentenza *Kone*¹¹ la Corte ha affermato, quale corollario della piena effettività dell'articolo 101 TFUE, la possibilità per le imprese partecipanti a un'infrazione del diritto *antitrust* di rispondere civilmente dei danni risultanti dall'applicazione di un sovrapprezzo (da c.d. *umbrella effect*) anche dalle imprese non partecipanti all'intesa, sempre che tale effetto risulti accertato, alla luce delle circostanze di specie e delle peculiarità del mercato interessato e che tali circostanza non potessero essere ignorate dagli stessi membri dell'intesa.

I rinvii pregiudiziali formulati alla Corte di giustizia mostrano come il profilo della legittimazione attiva, lungi dell'esaurirsi in una questione meramente processuale, si sovrapponga almeno in parte con altre questioni, quali il rapporto tra

¹⁰ C. giust. UE, 12 dicembre 2019, causa C-435/18, *Otis*, ECLI:EU:C:2019:1069.

¹¹ C. giust. UE, 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

i sistemi di *public* e *private enforcement* e le norme sulla giurisdizione. Si pensi, ad esempio, al caso *MOL*¹², nel quale era stato chiesto alla Corte di esprimersi in merito alla possibilità per società *holding*, aventi sede in uno Stato membro diverso da quello delle proprie controllate danneggiate da un illecito *antitrust*, di adire le autrici dell'illecito nel proprio paese di stabilimento. La Corte, pur sconfessando tale interpretazione (ritenendola in contraddizione con gli obiettivi di prossimità e di prevedibilità delle norme sulla competenza, oltre che di coerenza tra il foro e la legge applicabile, sottesi al regolamento Bruxelles I-bis¹³), non ha mai messo comunque in dubbio la possibilità che la ricorrente potesse agire al fine di ottenere il ristoro di un danno subito inizialmente dalle sue società figlie e che potesse interessarla solo "di riflesso"¹⁴.

A livello nazionale, il riconoscimento della legittimazione attiva delle imprese vittime di un illecito anticoncorrenziale (vuoi in quanto contraenti diretti e/o indiretti di un operatore dominante o vittime di intese restrittive della concorrenza) non aveva mai avuto risvolti particolarmente problematici, essendo pacifico che i soggetti del mercato a cui la normativa *antitrust* si rivolge ed a cui presta tutela ricomprendono necessariamente le imprese.

Pur a fronte di alcune difficoltà (anzi, vere e proprie resistenze), in relazione all'individuazione della legittimazione attiva in capo ai consumatori finali, la giurisprudenza nazionale si è posta nel solco dell'orientamento europeo.

¹² C. giust. UE, 4 luglio 2024, causa C-425/22, *MOL*, ECLI:EU:C:2024:578.

¹³ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (G.U.U.E. L 351 del 20 dicembre 2012, pp. 1-32).

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Eliou, 8 febbraio 2024, causa C425/22, *MOL*, ECLI:EU:C:2024:131, par. 35 ("*par ricochet*").

Il tema era stato affrontato in una serie piuttosto ravvicinata di pronunce, riconducibili al caso *RC Auto*, in cui la Corte di Cassazione aveva avuto modo di esprimersi rispetto alla controversa questione della legittimazione dei consumatori finali danneggiati da un illecito *antitrust*.

Attraverso un processo di approfondimento ed elaborazione della *ratio* e degli obbiettivi della disciplina, la posizione della Cassazione si era attestata nell'affermare espressamente la legittimazione attiva ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale anche dei consumatori finali, intesi quali "soggetti del mercato" al pari delle imprese, allineando il proprio orientamento con la giurisprudenza comunitaria nel ricordato caso *Courage*¹⁵.

Con sentenza resa a Sezioni Unite¹⁶, infatti, la Suprema Corte aveva preliminarmente riconosciuto la diversità dell'ambito e di funzione tra la tutela codicistica dalla concorrenza sleale a cui un precedente orientamento si era ampiamente ispirato e quelli propri della legge *antitrust*, escludendo l'esistenza di valide ragioni per negare la legittimazione davanti alla giurisdizione ordinaria, ai sensi dell'art. 33 c. 2 l. n. 287/1990, al consumatore finale.

¹⁵ Cfr. sentenza Cass., sez. un. del 4 febbraio 2005, n. 2207 (caso *Unipol*). Questa posizione, ormai consolidata dalla Suprema Corte, ha rappresentato un radicale "ripensamento" di quella originariamente espressa in precedenti pronunce dove era stata invece negata la legittimazione ad agire ai sensi della normativa nazionale di concorrenza dei consumatori finali che si ritenevano danneggiati da un illecito *antitrust*. Il precedente orientamento della Cassazione si fondava su una concezione delle regole di concorrenza ampiamente ispirata all'impostazione codicistica della disciplina della concorrenza sleale e, dunque, sulla tutela dell'imprenditore dalla attività scorretta del concorrente. In questa prospettiva, le regole di concorrenza avrebbero tipicamente esaurito i loro effetti tra gli imprenditori, unici soggetti legittimati ad avvalersi della tutela speciale apprestata dall'ordinamento al rapporto concorrenziale.

¹⁶ Cass., sez. I, del 9 dicembre 2002, n. 17475.

In particolare, secondo le Sezioni Unite, «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, [...], alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»¹⁷.

Secondo la Corte, la legge italiana *antitrust* così come le norme del Trattato che la hanno ispirata, sono poste a tutela della struttura e della logica competitiva del mercato inteso come «luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, [e che] è perciò stesso luogo della competizione»¹⁸.

Di conseguenza, è da considerarsi illecito ogni fatto che riduce tale autonomia, assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione. Secondo la Corte, la tutela accordata dalla legge *antitrust* non ignora la plurioffensività del comportamento illecito, di modo che un'intesa vietata è suscettibile di ledere «anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori della intesa»¹⁹.

¹⁷ Cass., n. 17475, cit.

¹⁸ Cass., sez. III, ordinanza n. 15538 del 17 ottobre 2003.

¹⁹ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit. Nel 2007, con la sentenza n. 2305, anch'essa resa nell'alveo delle azioni di danno promosse dai consumatori finali danneggiati dal cartello RC Auto, la terza Sezione della Corte di Cassazione ha consolidato quest'orientamento, ribadendo che la legge *antitrust* «non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato» e che «il consumatore, quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicché la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza».

²⁰.

Più di recente, sul tema della legittimazione attiva è tornato il Tribunale di Milano, in una pronuncia parziale su un'azione fondata sull'accertamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) di un'intesa relativa all'assegnazione dei diritti internazionali per la trasmissione delle partite di calcio organizzate dalla Lega Nazionale Professionisti Serie A. Il Tribunale, nel confermare la legittimazione ad agire dei singoli *club* in misura concorrente a quella della Lega, ha svolto una capillare ricostruzione del quadro normativo e dei principi espressi dalla giurisprudenza «comunitaria», da cui ha ritenuto potesse derivarsi il principio per cui «il danneggiato da un illecito antitrust è sempre legittimato ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno». Calato sul caso di specie, tale principio ha convinto il giudice ha ritenere che fosse possibile che ad un terzo fosse attribuita la «contitolarietà» del diritto da tutelare, ritenendo invece «in contrasto con l'impianto della Direttiva una norma che "escludesse" il diritto di azione in capo a uno dei danneggiati-contitolari di un diritto leso da un illecito antitrust che interferisca sulla loro commercializzazione»²¹.

In effetti, come già precedentemente accennato, la Direttiva 2014/104/UE ha sancito il definitivo riconoscimento della legittimazione ad agire dei soggetti danneggiati da un illecito *antitrust*, siano essi consumatori finali o imprese²².

²⁰ Cass., sez. un., caso *Unipol*, cit.

²¹ Trib. Milano, sent. 8 maggio 2024, n. 4826, in *Ita.Ca – Italian Case Law on Private Antitrust Enforcement* (<https://itaca.europeanlitigation.eu/>).

²² Per completezza, può essere opportuno segnalare, con riferimento al tema della effettività della tutela *antitrust* a vantaggio dei consumatori finali, che la l. 27/2012 ha attribuito alle «Sezioni Specializzate in materia di Impresa» la competenza relativamente alle «controversie di cui all'art. 33, co. 2°, della l. n. 287/1990» e la cognizione sulle «controversie relative

Nello specifico, l'art. 1 della Direttiva 2014/104/UE ha codificato il principio di matrice giurisprudenziale in base al quale «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 di tale danno»²³.

Il cuore della disciplina in materia di legittimazione attiva per le azioni di *private enforcement* è la disposizione di cui all'art. 12 della Direttiva che impone agli Stati membri di garantire che il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione, al fine di evitare un risarcimento del danno superiore al danno causato o l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione. Inoltre, ai sensi della medesima disposizione, al fine di evitare sovra-compensazioni, gli Stati membri sono tenuti a stabilire opportune norme

alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione Europea». Con tale disposizione è stato dunque superato il precedente sistema di tutela *antitrust*, basato sulla competenza in primo ed unico grado della Corte d'Appello competente per territorio per le controversie basate sulla violazione della l. 287/1990.

²³ Inoltre, l'art. 3 della Direttiva prevede che «Gli Stati membri provvedono a che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno. Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura». Cfr. anche l'art. 2, comma 1, lett. c) del Direttiva 2014/104/UE che annovera tra i soggetti danneggiati legittimati ad agire qualsiasi «persona, fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica, che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza».

procedurali per garantire che il risarcimento per il danno emergente versato a un dato livello della catena di approvvigionamento non superi il danno da sovrapprezzo subito a tale livello.

In ambito nazionale, tale ampliata concezione di legittimazione attiva è stata traspunta dall'art. 10, comma 1 del D.lgs. 3/2017, secondo il quale – ricalcando il contenuto dell'art. 12 della Direttiva – il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza può essere chiesto da chiunque lo ha subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirente diretto o indiretto dell'autore della violazione²⁴. È dunque oggi certo che gli acquirenti indiretti sono dotati di legittimazione di agire per il risarcimento danni contro il responsabile della violazione collocato a monte della catena distributiva, anche se non hanno acquistato direttamente da quest'ultimo, bensì da un soggetto più a valle della catena.

Va peraltro notato che, nel caso di azione di un acquirente indiretto, il legislatore ha introdotto una presunzione relativa di trasferimento, in tutto o in parte, del sovrapprezzo (cd. *passing-on*), quando (a) il convenuto ha commesso una violazione *antitrust*, (b) la violazione ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto, e (c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi inerenti alla violazione del diritto della concorrenza (cfr. art. 12 del D.lgs. n. 3/2017 e art. 14 della Direttiva)²⁵. D'altra parte, come fatto

²⁴ Gli acquirenti indiretti sono definiti, all'art. 2, lett. V, del D.lgs. 3/2017, come coloro che non hanno acquistato direttamente, da un autore della condotta anticoncorrenziale, beni e servizi oggetto di una violazione della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi.

²⁵ Cfr. anche art. 12, comma 2 «Il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione ad un dato livello della catena di approvvigionamento non supera il danno da sovrapprezzo subito a tale livello, fermo il diritto del soggetto danneggiato di chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante

notare da autorevole dottrina, il tema del *passing-on* è legato a doppio filo con quello della legittimazione ad agire.

Infine, va segnalato che il D.lgs. n. 3/2017 ha dato compiuto riconoscimento al diritto dei consumatori di chiedere il risarcimento del danno *antitrust* agendo tramite *class action*, grazie al richiamo espresso dell'art. 140-bis del Codice di consumo (cfr. art. 1, comma 1). L'azione di classe era stata introdotta nel 2009, proprio quale nuovo strumento processuale in grado di completare e rafforzare la tutela processuale dei consumatori, ricomprendendo nel novero delle violazioni anche quelle derivanti «da comportamenti anticoncorrenziali»²⁶.

dal trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo». Vedi anche Guida Pratica della Commissione sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 TFUE, Bruxelles, 2013, 46 ss. e Commissione europea, *Study on the Passing-on of Overcharges*, 2016, final report. Cfr. Anche Trib. Milano Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 8 marzo 2012, n. 2902: «(...) è noto il meccanismo denominato come *passing on*, secondo cui nella catena produttore-distributore-venditore al dettaglio – soggetto privato – acquirente finale il maggior costo rappresentato dall'aggravio del compenso di cui si discute ben potrebbe essere imposto sui primi (soggetti 'a monte') per poi essere riversato 'a valle' sul privato-acquirente finale, che quindi finirebbe per sopportare l'onere di detto indennizzo e così per "finanziare" il relativo compenso».

²⁶ Cfr. art. 140-bis del 6 settembre 2005, n. 206 – c.d. Codice del consumo –, come modificato dal dall'art. 6, comma 1, lett. e), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. In particolare, la legittimazione ad agire nel nostro ordinamento è attribuita unicamente ai consumatori, con esclusione delle imprese e delle associazioni dei consumatori. Il sistema italiano della *class action* è basato sul meccanismo dell'*opt-in*, ossia sulla vincolatività dell'accertamento solo per coloro che hanno aderito all'azione. La connotazione dello strumento processuale dell'azione collettiva potrebbe però essere radicalmente cambiata, in senso più garantista, grazie alla proposta di legge riguardante le modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'art. 140-bis del codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in materia di azione di classe, presentata il 9 luglio 2013.

Proprio con riferimento ai profili dell'azione di classe e della legittimazione attiva, un cenno merita, seppur in chiave prospettica, il sempre più incisivo ruolo svolto dai soggetti operanti nel *litigation funding*. Prefiggendosi di superare lo storico impedimento alla diffusione del contenzioso collettivo, *antitrust* e non solo (segnatamente, la mancanza di fondi), tali soggetti sono divenuti importanti attori nel panorama del *private enforcement*, da un lato promuovendo tale specifico strumento ma, dall'altro, sollevando articolate questioni applicative e istituzionali.

In questo contesto si inserisce il caso *ASG 2*, tutt'ora pendente dinanzi alla Corte di giustizia e relativo al divieto, previsto nella normativa tedesca, di cessione fiduciaria dei diritti al risarcimento dei danni cagionati da un'intesa, fintantoché non sussista una decisione definitiva che ne accerta l'esistenza. Alla data del presente contributo, sono state pubblicate le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar che, invocando i principi di effettività e di equivalenza, oltre che il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ha ritenuto che tale divieto comportasse un'ingiustificata restrizione al principio della tutela giurisdizionale effettiva, specialmente in un contesto nel quale le vittime rinunciano, per una forma di «razionale inerzia», a far valere giudizialmente i loro diritti. Né, secondo l'Avvocato generale, il divieto sarebbe giustificato dall'esigenza di evitare il rischio di conflitti di interessi che possono nuocere alla situazione dei destinatari dei servizi legali forniti dai cessionari dei crediti risarcitori, in assenza di puntuali argomentazioni in merito alla plausibilità dell'esistenza di un siffatto conflitto²⁷.

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, 19 settembre 2024, causa C-253/23, *ASG 2*, ECLI:EU:C:2024:767.

III. La legittimazione passiva

Nell'ambito del contenzioso giudiziale *antitrust*, la questione della legittimazione passiva non presenta profili di particolare problematicità, almeno sul piano sistematico dell'individuazione dell'oggetto della tutela, ed è governata dalla regola generale per cui spetta all'attore individuare correttamente il debitore dell'obbligazione dedotta in giudizio²⁸.

Alcune difficoltà interpretativa ed applicative sono emerse, quanto alla definizione del soggetto convenuto, in ragione del fatto che legittimati passivi nel contenzioso *antitrust* sono tipicamente le imprese, intese nella ampia eccezione sostanzialistica stabilita dalla Corte di giustizia come ogni entità che esercita un'attività economica sul mercato comune a prescindere dalla sua qualificazione giuridica e dalle sue modalità di finanziamento²⁹.

Tali incertezze sono state affrontate dalla Corte di giustizia in due pronunce di grande risonanza.

Dapprima, nel caso *Skanska*³⁰ la Corte si è espressa nell'ambito di una causa risarcitoria concernente una violazione dell'art. 101 TFUE accertata da parte dell'autorità garante finlandese nei confronti di alcune società, successivamente dissolte con procedure di liquidazione volontaria, ad esito delle quali le società convenute nel giudizio *de quo* ne avevano acquistato le partecipazioni.

Ad avviso della Corte, non può ignorarsi che l'articolo 1 della Direttiva 2014/104/UE fa riferimento al fatto che i responsabili del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione sono le "imprese", da individuarsi anche

nel contesto civilistico sulla base della nozione elaborata nell'ambito del *public enforcement* e, segnatamente, della nozione della "unità economica". Tale assimilazione si giustificerebbe con l'esigenza di tutelare la piena efficacia e l'effetto utile sotteso agli artt. 101 e 102 TFUE, da cui deriva, in particolare, che la nozione di impresa, propria del diritto *antitrust*, non può avere una portata diversa a seconda del contesto in cui essa viene invocata.

Nel caso di specie, questa conclusione ha implicato l'estensione al *private enforcement* del principio della continuità economica³¹, in virtù della quale a responsabilità risarcitoria per i danni cagionati da un illecito *antitrust* può essere imputata all'acquirente dell'impresa che l'ha commesso, laddove quest'ultima cessa di esistere a seguito dell'assorbimento ad opera di detto acquirente, che subentra nelle posizioni attive e passive della società assorbita.

A ciò ha fatto seguito, con la sentenza *Sumal*³², l'enunciazione del principio di unità economica nella sua connotazione "discendente", da cui deriverebbe, nel quadro del *private enforcement*, la possibilità per una vittima di una pratica anticoncorrenziale di proporre un'azione indifferente nei confronti di una società controllante (sanzionata per tale pratica) o un'impresa controllata di tale società (e non destinataria del provvedimento *antitrust*), nel caso in cui esse costituiscano insieme un'unità economica.

Un prudente apprezzamento della portata di tale sentenza, ispirato a principi di legalità e certezza del diritto, porta peraltro a escludere che dalla giurisprudenza *Sumal* possa derivare la possibilità di convenire in giudizio qualsiasi società facente parte del medesimo gruppo di cui è parte l'impresa che abbia commesso un

²⁸ Ai sensi dell'art. 163, comma 3, c.p.c.

²⁹ Cfr. *ex multis*, C. giust. CE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*.

³⁰ C. giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

³¹ C. giust. UE, *Skanska*, cit., punto 40.

³² C. giust. UE, 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800.

illecito *antitrust*. Peraltro, è la stessa Corte a specificare che l'unità economica da cui è costituita l'impresa debba essere identificata «dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo in questione»³³.

I margini interpretativi lasciati aperti dalla sentenza *Sumal* trovano un riscontro nella giurisprudenza di merito nazionale, che in più occasioni ha rigettato – per difetto di legittimazione passiva – domande presentate nei confronti delle controllate nazionali di società sanzionate dalla Commissione europea, rilevandone l'estraneità dalla relativa infrazione e l'assenza di stretti collegamenti tra le attività da queste svolte e quelle oggetto dell'illecito sanzionato³⁴.

La nozione comunitaria di "impresa" è stata recepita dalla giurisprudenza nazionale anche con riferimento alle tipologie di imprese legittimate a stare passivamente in giudizio. In questo senso, è stata riconosciuta la legittimazione passiva anche ad enti *non-profit*³⁵, ordini professionali³⁶, società che gestiscono le infrastrutture

come, ad esempio gli aeroporti³⁷, nonché alla Agenzia del Territorio³⁸.

Per converso, va esclusa la legittimazione passiva dell'ente o della persona fisica che non svolge attività imprenditoriale e non può dunque commettere una violazione delle regole della disciplina *antitrust*.

Ciò premesso in linea generale, di particolare rilievo, anche pratico, per il contenzioso in materia di concorrenza è invece la questione della solidarietà passiva delle parti di un'intesa restrittiva, che sussiste ogni qualvolta (come tipicamente accade nei casi di fattispecie collusive, quali accordi o pratiche concordate) più soggetti concorrono a realizzare l'illecito e ad occasionare il danno.

A riguardo, l'art. 11 della Direttiva UE 104/2014 prevede espressamente che una violazione *antitrust* comporta la responsabilità solidale delle imprese coinvolte a risarcire il danno causato, «con l'effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito»³⁹.

In sede attuativa, l'art. 9 del D.lgs. 3/2017 ha disposto, seppur implicitamente, che trova applicazione la disciplina codicistica *ex art.* 2055 c.c. ai casi in cui un danno da violazione *antitrust* sia imputabile a più persone.

Da ciò consegue non solo che il danneggiato potrà esperire l'azione nei confronti di più partecipanti al cartello, ma che l'impresa che ha risarcito il danno ha

³³ C. giust. UE, *Sumal*, cit., punto 46. Da questo punto di vista, nella conclusioni rese nello stesso caso, l'Avvocato generale Pitruzzella aveva precisato che «l'unitarietà dell'attività economica risulterà – oltre che dall'influenza determinante esercitata dalla prima – dal fatto che l'attività della controllata è, in qualche modo, necessaria alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale» (punto 57). La Corte, nella sentenza, parla della necessità «che il ricorrente provi, per dimostrare l'esistenza di un'unità economica tra una società madre e la società figlia [...], i vincoli che uniscono tali società menzionati al punto precedente di quest'ultima, nonché il legame concreto [...] tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione» (punto 52).

³⁴ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze del Tribunale di Napoli, del 21 luglio 2021, n. 6745, in *Ita.Ca – Italian Case Law on Private Antitrust Enforcement* (<https://itaca.europeanlitigation.eu/>), e dell'8 ottobre 2021, n. 6745, inedita.

³⁵ Tribunale Bologna, 16 settembre 2011.

³⁶ App. Milano, ordinanza del 29 settembre 1999; cfr. anche sentenza del Cons. di Stato n. 1794 del 19 marzo 2019, che ha confermato la natura di attività di impresa ai sensi del diritto della concorrenza della professione notarile.

³⁷ App. Bologna, 17 aprile 2012.

³⁸ In una fattispecie di abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di informazione commerciale sugli operatori economici, cfr. App. Torino, 11 febbraio 2010.

³⁹ Peraltro, a livello comunitario, già prima dell'introduzione della Direttiva, il principio della responsabilità solidale dei soggetti che hanno partecipato ad un cartello era stato riconosciuto dalla Comm. UE nel *Commission Staff Working Paper* che ha accompagnato il Libro Bianco sulle azioni di danno *antitrust* (2008).

diritto di regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali⁴⁰.

Il richiamato art. 9 del D.lgs. 3/2017 ha introdotto delle deroghe al principio generale della responsabilità solidale delle imprese coinvolte nella violazione *antitrust* a favore di due tipologie di soggetti.

In particolare, è prevista una deroga a favore di una piccola o media impresa (PMI) che è solidalmente responsabile solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti, purché la sua quota di mercato sia rimasta inferiore al cinque per cento nel periodo della violazione, quando l'applicazione delle regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile alla sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. Tale deroga non si applica qualora (i) il danneggiato non riesce ad ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione, oppure (ii) la PMI ha svolto un ruolo di guida

nella violazione *antitrust*, oppure (iii) la PMI è recidiva.

L'altra deroga all'art. 2055 c.c. concerne il beneficiario dell'immunità (ossia un'impresa o una persona fisica che ha ottenuto l'immunità dalle ammende da una autorità di concorrenza) il quale è responsabile in solido (a) nei confronti dei suoi acquirenti diretti o indiretti, e (b) nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella violazione. Coerentemente a tale norma, l'art. 9, comma 5, del D.lgs. 3/2017 ha previsto che il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno causato dallo stesso beneficiario dell'immunità.

PIERO FATTORI

Bibliografia

G. Afferni, «Il risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione», in *Danno e responsabilità*, 2007, pp. 26-33; A. Barletta, «Le domande dei consumatori nei confronti dei responsabili di comportamenti anticoncorrenziali: questioni di competenza, legittimazione ed interesse ad agire», in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1, p. 380; S. Bastianon, *La tutela privata antitrust: Italia, Unione Europea e Nord America*, Milano, 2012; G.A. Benacchio – M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, 46 ss.; M. Botta, *The Principle of Passing on in EU Competition Law, in the Aftermath of the Damages Directive*, in *European Review of Private Law*, 5-2017, p. 881; M. Botta, *The economic succession doctrine in private enforcement of EU competition*

⁴⁰ Tale principio, pur sotto il diverso profilo della presunzione dell'apporto causale di ciascun danneggiante, è stato espressamente ritenuto applicabile dalla Corte di Cassazione nel contenzioso giudiziale *antitrust*. Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211. Più recentemente, con sentenza del 15 maggio 2023, n. 3914, il Tribunale di Milano ha fatto applicazione, relativamente a più società convenute coinvolte in una violazione dell'art. 101 TFUE, di tale «presunzione di pari rilevanza», giustificandola in ragione dell'assenza di «elementi concreti in atti volti a determinare apprezzabili profili di differente apprezzamento delle loro rispettive condotte nell'ambito della comune appartenenza al cartello accertato», non ritenendo sufficiente la mera «evocazione astratta di maggiori o minori partecipazioni negli accordi», non avendo le parti «specificato le modalità di partecipazione e le relazioni intercorse con i vari soggetti partecipanti alla stessa intesa in maniera tale da poter consentire al Tribunale di approfondire e specificare il ruolo effettivamente svolto da ciascuna di esse nella complessa e duratura attività del cartello».

law: 'nothing extraordinary' after *Skanska Industrial?*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, 3, 2, pp. 171-188; M. Carpagnano, *Dal 140 bis cod. cons all'840 bis c.p.c.: la (possibile) svolta dell'azione di classe*, 20 maggio 2015, in *Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza*, n. 3, pp. 427-462; F. Casolari, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al D. lgs. n. 3/2017*, (a cura di) P. Manzini, 2017, p. 1; S. Cinque, *Il principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C724/17): quale impatto sul private enforcement?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, II, pp. 411 ss.; P. Comoglio, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 2017, p. 991; M. Condinanzi – J. Alberti – F. Croci, *Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*, atti del convegno del 4 ottobre 2019 presso l'Università degli Studi di Milano, 2020; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in*

Italia, Bologna, 2019, pp. 455 ss.; M.W. Monterossi, *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2019, p. 695; S. Peyer, *Competition Litigation Funding*, in *Research handbook on private enforcement of competition law in the EU*, (a cura di) B. Rodger – M. Sousa Ferro – F. Marcos, Cheltenham, 2023; C. Picciau, *Singola entità economica e responsabilità civile «di gruppo» nella giurisprudenza antitrust della Corte di Giustizia*, in *Rivista delle Società*, 2024, 1, pp. 187-228; G. Puleio, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2016, p. 1082; C. Rabitti Bedogni – P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, 2010; F. Rossi dal Pozzo, *Trasferimento del sovrapprezzo*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al D. lgs. n. 3/2017*, (a cura di) P. Manzini, 2017, p. 107; M. Scuffi, *La tutela giurisdizionale della concorrenza*, in *Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato* (a cura di), A. Catricalà – P. Troiano, Torino, 2010, pp. 1387-1417; cfr. E. Stabile, *La responsabilità dell'impresa per illeciti antitrust: la sentenza Sumal*, in *Giustizia Civile*, 2022.

LE DIFESE DELL'IMPRESA CONVENUTA ED IL *PASSING-ON*

Sommario: **I.** Le difese dell'impresa convenuta nella giurisprudenza *antitrust* italiana. – **I.1.** Competenza. – **I.2.** Legittimazione. – **I.3.** Assolvimento dell'onere probatorio. – **II.** Il *passing-on*: implicazioni giuridiche di un fenomeno economico complesso. – **III.** Il rilievo del *passing-on* nel contenzioso giudiziale *antitrust*. – **IV.** La difesa *passing-on* nella giurisprudenza. – **IV.1.** La giurisprudenza nordamericana. – **IV.2.** La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la normativa europea e nazionale. – **IV.3.** La giurisprudenza degli Stati membri dell'UE (cenni). – **IV.4.** La giurisprudenza italiana.

I. Le difese dell'impresa convenuta nella giurisprudenza *antitrust* italiana

Non è possibile ipotizzare in astratto tutte le difese che una impresa convenuta può proporre in un contenzioso giudiziale *antitrust*. È fin troppo evidente che ogni contenzioso si caratterizza per specificità tali da rendere ogni processo profondamente diverso dagli altri.

Tale diversità è ancora più accentuata nel contenzioso *antitrust* caratterizzato, come noto, da varietà fattuali complesse e qualificazioni giuridiche spesso commiste ad analisi economiche.

Uno sguardo retrospettivo alla giurisprudenza *antitrust* nazionale degli ultimi venticinque anni, tuttavia, consente di rilevare alcuni elementi difensivi ricorrenti. Di seguito tali elementi saranno solo sinteticamente illustrati per lasciare spazio

alla questione della difesa *passing-on*, principale oggetto della presente analisi.

I.1. Competenza

L'argomento difensivo indubbiamente più ricorrente nei contenziosi *antitrust* nazionali è stato quello del difetto di competenza del giudice adito.

Come noto, nell'originaria formulazione delle norme sulla competenza giudiziale in materia *antitrust*, il legislatore nazionale aveva riservato alla competenza esclusiva della corte di appello competente per territorio la cognizione in primo ed unico grado delle azioni civili *antitrust* di dimensione nazionale¹. La mancanza di un'espressa previsione da parte del legislatore per le violazioni comunitarie aveva creato un'anomalia (sanata solo con la novella del 2012) per cui mentre le controversie *antitrust* nazionali dovevano essere conosciute in primo (ed unico) grado dalla corte di appello competente per territorio, quelle comunitarie, a seconda del loro valore, ricadevano in primo grado nella cognizione del giudice di pace o del tribunale.

Questo *unicum*, anche a causa della non sempre evidente linea di demarcazione nelle fattispecie *antitrust* tra applicazione delle regole nazionali e comunitarie, ha creato una notevole incertezza

¹ La formulazione dell'art. 33, comma 2, L. 287/1990 nella versione precedente a quella modificata dal d.lgs. 1/2012 convertito in L. 27/2012, stabiliva infatti che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio».

nell'individuazione *in concreto* del giudice competente e ha consentito alle parti di utilizzare con particolare successo l'eccezione di incompetenza del giudice, di volta in volta adito dall'attore².

Tale *unicum*, risulta ormai espunto dall'ordinamento, posto che con l'istituzione delle "Sezioni Specializzate in materia di Impresa", la L. 27/2012³ nel tentativo di razionalizzare il complesso del contenzioso legato alle "attività economiche, produttive e commerciali" ha disposto che le corti di appello cedano il passo alle sezioni specializzate, investendo queste ultime anche delle "controversie di cui all'art. 33, comma 2, della L. 287/1990" (oltre a devolvere loro pure la cognizione sulle parallele "controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea"). A partire dal 3 febbraio 2017, a seguito del recepimento della Direttiva 2014/104/UE, avvenuto tramite l'emanazione del d.lgs. n. 3/2017, la competenza per le controversie in materia *antitrust* spetta inderogabilmente alla 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; quella di Roma per il centro e la Sardegna, quella di Napoli per il sud e la Sicilia. Sono stati così superati i ricordati problemi legati al precedente sistema di tutela "frazionata" nelle controversie *antitrust*⁴.

² Cfr. *ex multis*, App. Milano, 7 febbraio 2011, *Brennercom Spa c. Telecom Italia Spa* in cui la corte adita ha dichiarato la propria incompetenza (a favore del Tribunale di Milano) a conoscere la controversia ritenendo le condotte oggetto di causa rientranti nel novero del diritto comunitario della concorrenza e ciò nonostante la medesima fattispecie sostanziale fosse stata valutata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi della L. 287/1990 ed in particolare dell'art. 3 (cfr. Delib. AGCM, 16 novembre 2004, n. 13752, in *Boll.* 47/2004).

³ Legge di conversione del d.l. 1/2012.

⁴ Cfr. sul punto App. Bologna, sez. III, 17 aprile 2012.

I.2. Legittimazione

Un altro argomento difensivo ampiamente utilizzato, specie nelle azioni promosse dai consumatori finali, è stato quello volto a rilevare il difetto di legittimazione attiva ad invocare la tutela della legge *antitrust* nazionale. Nell'ordinamento giuridico interno, infatti, la legittimazione attiva del consumatore finale danneggiato da una pratica anticompetitiva nazionale è stata una conquista relativamente recente ottenuta per la prima volta in via giurisprudenziale, essendo stata espressamente riconosciuta, sulla base dell'art. 33, comma 2, L. 287/1990, soltanto nel 2005 con la sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, 4 febbraio 2005, n. 2207 (caso Unipol)⁵. Prima d'allora, l'orientamento della Corte di Cassazione è significativamente rappresentato dalla sentenza nel caso *Montanari*: «le norme degli art. [101 TFUE] e [102 TFUE] sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese [...] ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l'utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta»⁶. Un simile orientamento fortemente restrittivo, come si intuisce, era suscettibile di essere utilizzato dai convenuti al fine di schermare le azioni di danno *antitrust* promosse dai consumatori finali nei loro confronti.

La legittimazione attiva dei consumatori (e di ogni altro soggetto danneggiato) è ormai affermata ed espressamente riconosciuta a livello normativo nazionale. L'art. 1 del d.lgs. n. 3/2017, recependo l'art. 3 della Direttiva 2014/104, afferma «il diritto al risarcimento in favore di

⁵ Il nuovo orientamento, ormai consolidato, è stato ribadito costantemente dalla Corte di Cassazione, cfr. da ultimo Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 1160.

⁶ Cass., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811.

chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese».

I.3. Assolvimento dell'onere probatorio

Altrettanto utilizzate sono le argomentazioni difensive volte a rilevare il mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante sull'attore. L'azione di danno *antitrust*, a differenza delle ordinarie azioni di danno extracontrattuale, può contare su rilevanti presunzioni semplici poste a favore del danneggiato in merito alla sussistenza del nesso causale e del danno derivato da un illecito anticompetitivo già accertato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (o dalla Commissione europea)⁷.

Nonostante l'operare di tali presunzioni semplici, previste anche in tema di *passing-on* dalla normativa nazionale ed europea, l'onere probatorio resta molto difficile da assolvere per l'attore e non sono affatto infrequenti pronunce in cui il giudice ha rilevato sia nel contenzioso tra imprese che tra consumatori e imprese l'insufficienza dell'apparato probatorio proposto dall'attore.

II. Il *passing-on*: implicazioni giuridiche di un fenomeno economico complesso

Strettamente connessa alla complessità probatoria è la difesa *passing-on*, probabilmente la più controversa argomentazione difensiva proponibile in un contenzioso

giudiziale *antitrust*, oggetto di analisi nei paragrafi successivi.

Il fenomeno del *passing-on*, che in italiano può essere tradotto come fenomeno della *traslazione*, è direttamente imputabile alla struttura del mercato concorrenziale.

Si tratta di un fenomeno di tipo economico, riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo, per cui ciò che avviene in un determinato stadio della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo. E ciò con un'intensità variabile in funzione della struttura dei mercati interessati e della pressione concorrenziale attuale (o potenziale) riscontrabile in ciascuno di essi.

È proprio per il verificarsi di questo fenomeno, rilevante anche in altre branche del diritto come il diritto tributario e quello ambientale, che un mercato concorrenziale trasmette gli effetti benefici alla società ed ai consumatori finali: i prezzi minori, le migliori qualità dei beni/servizi ed il maggiore tasso di innovazione di un mercato specifico, beneficiano i consumatori (e la società in termini di efficienza) perché tali effetti sono determinati dalla concorrenza ai livelli superiori, riversandosi, successivamente, nel mercato finale.

Allo stesso modo, anche gli effetti dannosi, le illecite distorsioni della concorrenza e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni, le inefficienze e così via, transitano lungo la "catena del valore", dall'alto verso il basso: dal livello produttivo, fino al consumatore finale⁸.

Il *passing-on* deve intendersi, pertanto, come un fenomeno neutro che, *nel bene e*

⁷ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 ed anche sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610 in cui è stato precisato che «la prova dell'interruzione del nesso causale [...] non può consistere nel rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento è già contenuto nel provvedimento sanzionatorio».

⁸ In altre parole: «Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza effettiva con una scelta apparente»; cfr. Cass., sez. un., 20 gennaio 2005, n. 2207.

nel male, si verifica in tutte le economie di mercato.

Nell'ambito del contenzioso giudiziale *antitrust*, il *passing-on* rileva in quanto determina la traslazione di un danno (o di una sua parte) da uno stadio all'altro della "catena del valore".

Se, in linea teorica, il funzionamento di tale meccanismo traslativo appare intuitivo (e di comune esperienza), la precisa definizione e dimostrazione nell'ambito di un contenzioso civile dell'effettivo impatto del *passing-on* nelle singole posizioni giuridiche è spesso sfuggente. Nella realtà, infatti, non tutti i soggetti che si avvicinano lungo la "catena del valore" trasferiscono integralmente il danno al livello successivo; alcuni riescono a trasferirlo solo in parte assorbendone il restante, altri ancora, invece, riescono a neutralizzarne gli effetti o a differirne la propagazione nel tempo.

La possibilità di trasferire un danno patrimoniale al livello successivo della catena del valore dipende, infatti, da una serie di fattori riconducibili alla struttura ed alle caratteristiche dei mercati interessati. Tale possibilità dipenderà, ad esempio, dall'elasticità della domanda e dell'offerta, dal lasso di tempo durante il quale il sovrapprezzo illecito viene praticato, dalla effettiva sostituibilità del bene intermedio a cui il sovrapprezzo (o la infraproduzione) si riferisce. L'eventuale traslazione del danno dipenderà anche dalla tipologia di contratti in essere nei vari stadi della filiera: in numerosi settori, ad esempio, è frequente l'utilizzo di contratti di approvvigionamento medio – lungo – lunghissimo periodo in cui il prezzo delle materie prime è convenuto tra le parti in modo da risultare insensibile ad eventuali successive variazioni transitorie di prezzo⁹.

⁹ Ad esempio recenti studi nella filiera agro-alimentare hanno rilevato che in virtù dell'attuale assetto dei contratti c.d. *forward buying*, l'eventuale traslazione sul consumatore finale dell'aumento del costo connesso ad un incremento del costo delle

Si consideri, inoltre, che in un mercato concorrenziale la reazione tipica degli operatori economici a fronte di un incremento del prezzo di un bene intermedio (ad. esempio di una materia prima) consiste nel cercare immediatamente un prodotto sostitutivo (il cui prezzo non è nel frattempo aumentato) del bene impiegato nella produzione. Il produttore, infatti, temendo che i propri clienti orientino la propria domanda verso concorrenti più efficienti, cerca in primo luogo di evitare il maggior costo semplicemente non sostenendolo e ricorrendo ad un sostitutivo *low cost*. Se la sostituzione di quel bene intermedio è possibile in tempi rapidi, il sovrapprezzo trasmesso ai consumatori sarà inesistente o, tutt'al più, impercettibile¹⁰. Se invece il bene si rivela difficilmente sostituibile, il sovrapprezzo illecito si materializzerà in buona parte nei costi di produzione del prodotto finale e, pertanto, sarà (in tutto o in gran parte) trasmesso, in linea di principio, ai consumatori finali.

In un mercato monopolistico, invece, l'incremento del prezzo non sarà mai uguale all'incremento del costo, per la semplice ragione che il monopolista non è, per definizione, un *price taker* ma tende a fissare il prezzo e la quantità di produzione esattamente dove la sua curva di costo marginale intercetta i suoi ricavi marginali. Con la conseguenza che in un mercato monopolistico i consumatori finali, in linea di principio, non sopporteranno integralmente il sovrapprezzo illecito ma solo una parte.

materie prime avviene, normalmente, a distanza di circa sei mesi dall'incremento di prezzo registrato nel mercato della singola materia prima. Cfr. sul punto i dati raccolti e pubblicati da *The Economist*, 20 gennaio 2011.

¹⁰ Il che ovviamente, non intacca il valore giuridico e la fondatezza (qualora sussista un nesso di causalità) delle pretese risarcitorie del danneggiato.

III. Il rilievo del *passing-on* nel contenzioso giudiziale *antitrust*

Nell'ambito di un'azione giudiziale *antitrust*, la corretta comprensione dell'impatto del fenomeno del *passing-on* nell'ambito dei mercati interessati (e la sua puntuale dimostrazione) può risultare determinante per il successo della parte attrice o di quella convenuta.

Il *passing-on*, infatti, ha un importante rilievo sia sotto un profilo processuale (i.e. per la corretta identificazione dei soggetti legittimati attivi e passivi) che da quello sostanziale (i.e. per l'esatta individuazione e quantificazione del danno risarcibile).

La *passing-on defence* può essere utilizzata dalle imprese convenute in un'azione di risarcimento del danno *antitrust* per contrastare la tesi dell'attore ogniqualvolta questi abbia realmente traslato il danno *antitrust* ai propri clienti. Se il convenuto, infatti, riesce a dimostrare che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamente trasferito al livello sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno. Se, invece, si riesce a dimostrare che il danno è stato traslato solo in parte, la *passing-on defence* consentirà al convenuto di ridurre l'entità del danno risarcibile all'attore e ciò, essenzialmente, a causa della funzione compensativa del risarcimento del danno.

Va da sé che in caso di traslazione integrale o parziale del danno al livello successivo, si aprirà la strada della legittimazione attiva ai danneggiati del livello sottostante.

I vantaggi per l'originario convenuto di una simile evoluzione dello scenario processuale devono essere attentamente valutati in funzione delle caratteristiche del caso di specie. Infatti, non è da escludere che tale evoluzione possa avere delle conseguenze negative per il convenuto, il quale a fronte del vantaggio consistente nella riduzione (se non eliminazione) dell'esposizione al

rischio *antitrust* nei confronti del danneggiato diretto (ad es. il distributore che ha acquistato per rivendere i beni/servizi cartellizzati), potrà veder espandere la propria esposizione al rischio *antitrust* ad una platea potenzialmente più ampia di danneggiati (gli acquirenti indiretti), ovvero coloro i quali hanno acquistato i beni/servizi da intermediari (ad es. i clienti del distributore). Tale rischio appare ancora più rilevante qualora gli acquirenti indiretti siano consumatori finali, i quali come noto, dal 2010 dispongono, in Italia, di uno strumento di aggregazione processuale quale l'azione di classe disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del Consumo¹¹ (dal 19 aprile 2020 l'azione di classe è disciplinata dagli articoli 840-bis al 840-sexiesdecies del codice di procedura civile).

L'utilizzo strategico della traslazione del danno può avere anche una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato (ad es. il consumatore finale) per chiedere in giudizio al soggetto che ha posto in essere una violazione delle regole di concorrenza il risarcimento dei danni patrimoniali traslati dall'operatore intermedio (ad es. il distributore) (*offensive passing-on*).

La rilevanza del fenomeno nel contenzioso civile, unitamente alla sua complessità, ha indotto il legislatore eurounitario ad introdurre nella Direttiva 2014/104/UE una serie di norme (gli articoli da 12 a 16) al fine di facilitare la definizione giudiziale del trasferimento del sovrapprezzo. Tali norme sono state recepite nell'ordinamento italiano nel Capo IV del d.lgs. n. 3/2017 (articoli da 10 a 13). Inoltre, la Commissione europea ha pubblicato nel giugno del 2019 uno strumento di *soft law* recante "Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto". In tale documento, che

¹¹ D.lgs. 206/2005.

non ha carattere vincolante per il giudice ma rappresenta comunque una utile guida per inquadrare il fenomeno del *passing-on*, sono illustrati i principi economici ed i metodi generalmente seguiti nella stima del trasferimento del sovrapprezzo.

Prima di esaminare in dettaglio il *set* normativo che regola attualmente il fenomeno della traslazione del danno nel contenzioso *antitrust* si ritiene utile passare brevemente in rassegna gli snodi giurisprudenziali principali che hanno definito dapprima negli Stati Uniti d'America e poi in Europa l'impianto concettuale su cui è stata modellata la normativa europea in materia di traslazione del danno *antitrust*.

IV. La difesa *passing-on* nella giurisprudenza

L'utilizzo della difesa *passing-on* nell'ambito del contenzioso *antitrust* è stata oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza nordamericana già sul finire degli anni sessanta del secolo scorso. Il tema dell'ammissibilità della difesa *passing on*, come illustrato nel paragrafo successivo, ha assunto un'importante rilievo specie per le sue implicazioni di *competition policy*, intrecciandosi con il tema della legittimazione attiva e passiva, della tutela effettiva offerta dal *private antitrust enforcement* nei confronti delle vittime degli illeciti indipendentemente dalla loro posizione lungo la "catena del valore" ed alla stessa efficacia di deterrenza (generale e specifica) connessa ai rimedi civilistici nel contenzioso *antitrust*. E non poteva essere altrimenti posto che la Corte Suprema statunitense, al fine di ridurre le notevoli difficoltà pratiche connesse all'esatta ricostruzione in giudizio dell'entità del danno *traslato*, ha negato all'*indirect purchaser* la legittimazione attiva ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, limitando al *direct purchaser* la

legittimazione a richiedere il risarcimento – *in triplum*¹² – del danno sofferto. E ciò nonostante questi lo avesse interamente trasferito al livello sottostante. Tali regole, come descritto nel paragrafo successivo, sono state elaborate nei casi *Hanover Shoe Co.* del 1968 e *Illinois Brick Co.* del 1977¹³.

Anche in Europa, dove la questione si è posta molto più recentemente, il dibattito in merito alla possibilità di utilizzare la difesa *passing-on* nel contenzioso giudiziale ha assunto un'ampiezza molto simile a quella nordamericana, coinvolgendo considerazioni di *competition policy*. Giova precisare fin da subito che in Europa la regola vigente (dapprima di derivazione giurisprudenziale poi attualmente, come anticipato, consolidata nella fonte normativa) è di senso diametralmente opposto a quella nordamericana: essendo riconosciuta la legittimazione ad agire a "chiunque" abbia subito un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* e ciò indipendentemente dalla propria posizione lungo la "catena del valore".

IV.1. La giurisprudenza nordamericana

La difesa *passing-on* nel contenzioso *antitrust* è stata affrontata per la prima volta dalla corte suprema nordamericana nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corporation*.

La corte suprema, stabilendo una controversa *rule of law* valida ancora oggi, rigettò le argomentazioni dell'impresa convenuta fondate sulla *passing-on defence*. E ciò indipendentemente dalla circostanza che, nel caso di specie, l'attore acquirente intermedio non avesse in realtà sofferto

¹² Cfr. Sect. 4, *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, ai sensi del quale il danneggiato da un illecito *antitrust* può ottenere in giudizio un "risarcimento" pari a tre volte l'entità del danno patrimoniale subito.

¹³ *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

alcun danno patrimoniale in quanto aveva traslato i maggiori costi ai propri clienti.

Secondo la corte, riconoscere la validità della difesa *passing-on* avrebbe consentito agli autori di un illecito *antitrust* di conservare più facilmente i profitti derivanti dalla condotta anticompetitiva. E ciò in quanto, tale difesa complicherrebbe notevolmente la quantificazione del danno, finendo per disincentivare la proposizione delle azioni di risarcimento.

Qualche anno più tardi, nella pronuncia *Illinois Brick v. Illinois*¹⁴, la Corte Suprema confermò la regola dell'inammissibilità della difesa *passing-on* esplicitandone il corollario secondo cui agli acquirenti indiretti, sui quali, come illustrato nel paragrafo precedente, vengono tipicamente traslati gli effetti dannosi della pratica anticoncorrenziale, non poteva essere accordata legittimazione ad agire in giudizio per far valere una violazione del diritto *antitrust* (c.d. *offensive passing-on*). E ciò in quanto l'eventuale azione di risarcimento proposta da tali soggetti, avrebbe comportato una problematica duplicazione – o moltiplicazione a seconda della lunghezza della “catena del valore” su cui il danno viene di volta in volta traslato – delle azioni nei confronti del soggetto che ha commesso l'illecito, con il rischio di una duplicazione/moltiplicazione della esposizione alla responsabilità risarcitoria. Ciò avrebbe inoltre determinato insuperabili ostacoli per l'esatta individuazione delle responsabilità (disperse lungo la catena del valore) e per la precisa individuazione e quantificazione dei danni subiti.

A seguito di tale importante sentenza si è sviluppato nella comunità *antitrust* nordamericana un vivace dibattito¹⁵ in cui sono

stati anche proposti richiami di attenzione in merito alla necessità di riconsiderare la validità della *Illinois Brick rule*¹⁶. È stato perfino sostenuto in dottrina che tale regola incentivi comportamenti collusivi tra l'acquirente diretto (unico soggetto legittimato a citare in causa il cartellista o il monopolizzatore), e lo stesso cartellista/monopolizzatore. Questi, infatti, potrebbe avere l'interesse a “comprare” il silenzio dell'unico legittimato all'azione attraverso una spartizione delle rendite illecite derivanti dalla violazione *antitrust*¹⁷.

Ad oggi, a livello federale, la Corte Suprema non ha ancora avuto l'occasione di tornare sul tema. L'azione civile di risarcimento del danno, che in base al *Clayton Act* deve peraltro essere triplicato in nome della funzione sanzionatoria e deterrente accordata al *private antitrust enforcement*¹⁸, viene quindi riconosciuta soltanto all'acquirente diretto, in quanto soggetto che più probabilmente ha interesse a proporre tale azione (vuoi perché, a causa della sua posizione lungo la “catena del valore”, è destinato a subire un danno patrimoniale tutt'altro che trascurabile e perché non può essergli eccepita la difesa *passing-on*) e che più fruttuosamente può farlo, avendo maggiori informazioni utilizzabili in giudizio rispetto ai meno “informati” acquirenti indiretti.

In sintesi, dunque, si può affermare che, a livello federale, l'ordinamento statunitense si caratterizza per: *i*) non ammettere la difesa *passing-on* e *ii*) non ammettere

Harris e Sullivan, volte a difendere la necessità di tutelare ogni posizione giuridica soggettiva danneggiata da un illecito concorrenziale, e quindi anche gli acquirenti indiretti.

¹⁶ Cfr. *Antitrust Modernization Common Report and Recommendations* (2007).

¹⁷ Si parla a tal proposito dell'*Illinois Wall*, facendo riferimento agli incentivi alla collusione che la regola del caso *Illinois Brick* crea tra il cartellista e l'*indirect purchaser*.

¹⁸ Cfr., *supra*, nota 12.

¹⁴ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

¹⁵ Nell'ambito del quale le più note espressioni sono quelle favorevoli al *passing-on* di Landes e Posner, esponenti della Scuola di Chicago improntata ai criteri di efficienza economica, e quelle critiche di

la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

Per completezza, si rileva che le perplessità emerse nel dibattito appena accennato hanno trovato un notevole accoglimento a livello statale: in ben trentasei Stati americani e nel distretto di Columbia sono, infatti, stati adottati provvedimenti legislativi, c.d. *Illinois Brick repealer statutes*, che hanno espressamente riconosciuto la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti nel contenzioso *antitrust*¹⁹.

A livello statale la questione dell'ammissibilità della *passing-on defence* è stata recentemente analizzata dalla corte suprema della California che, pur negando l'ammissibilità di tale difesa, ha comunque riconosciuto la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti (caso *Clayworth v. Pfizer*²⁰). Sebbene in linea con la pronuncia di *Hanover Shoe*, quindi, l'ordinamento statale californiano rappresenta un modello differente da quello federale, in quanto: *i*) non ammette la difesa *passing-on*, ma *ii*) ammette la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti.

IV.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la normativa europea e nazionale

In ambito comunitario l'ammissibilità della *passing-on defence* è stata implicitamente affrontata dalla Corte di giustizia nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Courage v. Crehan* del 2001²¹ in cui, come noto, è stato sancito il diritto di "chiunque" abbia subito

un danno come conseguenza di un illecito *antitrust* ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento. Tale statuizione costituisce un chiaro riconoscimento all'ammissibilità della difesa *passing-on*, posto che, sotto il profilo della legittimazione ad agire, non tollera alcun limite alle azioni di risarcimento del danno incardinate dagli acquirenti indiretti.

La Corte di giustizia è tornata sul tema della necessità di favorire ed incentivare le azioni civili come strumento di *enforcement* della normativa *antitrust* nel 2006 con la pronuncia pregiudiziale nel caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*²². A distanza di poco più di cinque anni dalla precedente pronuncia, la corte ha compiuto il definitivo passo in avanti verso il pieno riconoscimento della legittimazione ad agire anche a favore degli acquirenti indiretti, affermando che «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. [101 TFUE]»²³.

Il principio statuito dalla Corte di giustizia è stato codificato a livello europeo nella Direttiva 2014/104 e nelle rispettive legislazioni nazionali di recepimento.

In particolare, l'art. 3 della Direttiva UE richiede agli Stati membri di provvedere affinché «qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno». Tale principio è esplicitato con riferimento al *passing-on* dall'art. 12 della Direttiva che richiede agli Stati membri di provvedere

¹⁹ Tra questi, si può annoverare anche il *California Cartwright Act*, CAL. BUS. & PROF. CODE § 16720.

²⁰ *Clayworth v. Pfizer, Inc.*, 49 Cal.4th 758, 233 P.3d 1066 (Cal. 2010).

²¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

²² C. giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 - C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico c. Assitalia SpA, and Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA* - "*Manfredi*", in *Racc.* 2006, p. I-6619.

²³ C. giust. UE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., § 61.

affinché “il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione”. La Direttiva (e così la legislazione nazionale di recepimento) prevede tre ulteriori disposizioni in materia di *passing-on*: *i*) l'eccezione di trasferimento a favore del convenuto, il quale dovrà comunque dimostrare che l'attore ha trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione *antitrust* (art. 13), *ii*) la legittimazione degli acquirenti indiretti i quali dovranno dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento nella loro sfera giuridica-patrimoniale (per definizione incisa solo indirettamente dall'illecito). E ciò con il beneficio di una presunzione semplice di traslazione qualora l'acquirente indiretto dimostri che: *a*) il convenuto ha commesso una violazione del diritto *antitrust*; *b*) la violazione ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto; e *c*) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano (art. 14). Infine, *iii*) disposizioni relative al coordinamento delle azioni di risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli nella catena di approvvigionamento²⁴.

Il legislatore nazionale ha recepito senza alcun discostamento le quattro disposizioni appena menzionate rispettivamente agli articoli 10, 11, 12 e 13 del d.gs. n. 3/2017. Nel prosieguo ci si riferisce, pertanto, indistintamente ad entrambi i set normativi rilevando fin d'ora, che l'unica previsione realmente innovativa introdotta dal legislatore è quella relativa

alla presunzione semplice della traslazione del danno a favore degli acquirenti indiretti (art. 14 comma 2 della Direttiva e art. 12 comma 2 del d.lgs.). Tale presunzione, che il convenuto potrà sempre superare dimostrando che il sovrapprezzo “non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto”, cerca di porre rimedio alla generale ed obiettiva difficoltà dell'acquirente indiretto di reperire le prove della traslazione del sovrapprezzo. Nonostante tale agevolazione processuale, le azioni di risarcimento del danno intentate dagli acquirenti indiretti restano, alla prova dei fatti, quelle più difficili e rischiose (per l'attore) dal punto di vista processuale. L'attore, infatti, dovrà continuare a dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'azione, tra cui il nesso causale tra la condotta illecita ed il danno oltre che quantificare l'entità del danno subito (la presunzione semplice riguarda solo il “fatto” della avvenuta transazione e non il suo *quantum*). Oltre, naturalmente, a dover dimostrare l'esistenza dei già menzionati presupposti per poter beneficiare della presunzione di cui all'art. 14 comma 2 della Direttiva ed art. 12 comma 2 del d.lgs.

Come detto, le altre disposizioni introdotte in materia di *passing-on*, pur contribuendo a creare un contesto normativo sostanziale e processuale tendenzialmente uniforme a livello unionale, sono una mera declinazione dei principi già affermati dalla Corte di Giustizia in tema di legittimazione attiva e di quantificazione del danno (artt. 10 ed 11) ed indicazioni programmatiche (o di coordinamento) rivolte ai giudici nazionali per i casi di pluralità di azioni incardinate in diversi Stati membri ed in diversi livelli della filiera produttiva/distributiva in relazione alla medesima violazione *antitrust* (art. 13).

Distanziandosi nettamente dall'approccio federale nordamericano²⁵, dunque,

²⁴ La Direttiva contiene anche una previsione programmatica (art. 16) in cui è esplicitata l'intenzione della Commissione di emanare delle linee guida rivolte ai giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto. Linee Guida pubblicate nel mese di giugno 2019.

²⁵ Nonché dal modello vigente nello Stato della California.

il modello unionale i) ammette la difesa *passing-on*, ii) riconosce la legittimazione ad agire in capo agli acquirenti indiretti e iii) stabilisce una presunzione semplice di traslazione a vantaggio degli acquirenti indiretti.

IV.3. La giurisprudenza negli stati membri dell'UE (cenni)

Con riferimento all'ammissibilità della difesa *passing-on*, le soluzioni giurisprudenziali affermatesi negli Stati membri dell'Unione europea si collocano lungo la linea tracciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nei richiamati casi *Courage* e *Manfredi*, fatta propria dalla Direttiva 2014/104/UE. Pronunce volte a riconoscere l'ammissibilità della difesa *passing-on* si sono riscontrate già precedentemente all'adozione della Direttiva in Inghilterra²⁶, Germania²⁷, Francia²⁸,

Spagna²⁹, Danimarca³⁰, Olanda³¹, oltre che in Italia³² (su cui si ritornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo). In tali Stati membri, nonostante i tribunali abbiano a tutt'oggi avuto un numero limitato di occasioni per affrontare direttamente tale questione, è prevalsa l'interpretazione volta ad ammettere la difesa *passing-on* nel contenzioso *antitrust*. E ciò sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico in tema di legittimazione attiva e di compensazione del danno. Nel fare ciò, i giudici dell'Unione hanno dimostrato una grande sensibilità in termini di analisi economica dei mercati rilevanti, sensibilità oggi incentivata e per certi versi imposta dalla Commissione con la pubblicazione delle Linee Guida sulle modalità di

La Roche; Tribunal de Commerce de Paris, 26 gennaio 2007, R.G. 2003/04804, *Laboratoires Juva v. Rochel/Hoffman La Roche*. Prima della Direttiva, la Corte d'appello di Parigi si era pronunciata sul *passing-on*, allocandone tuttavia il relativo onere della prova sull'attore, il che non ha agevolato la preparazione delle azioni da parte degli acquirenti indiretti in *Cour d'Appel de Paris*, 27 febbraio 2014, causa 10/18285, *Doux Aliments Bretagne e a. v. Ajinomoto Eurolysine*.

²⁹ Precedentemente alla Direttiva, la Corte Suprema Spagnola in *Tribunal Supremo*, 7 novembre 2013, *Nestlé v. Ebro Foods*, STS 5819/2013, aveva stabilito che, in assenza di specifiche norme dell'UE in materia, si applicassero i principi di diritto spagnolo, tra cui quello di ingiustificato arricchimento, che permetteva al convenuto di esperire una difesa *passing-on*. Recentemente il Tribunale Commerciale di Valencia ha fatto seguito alle richieste istruttorie del convenuto che aveva esperito una difesa *passing-on*, in *Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia*, Ord. 17 December 2018, 309/2018.

³⁰ Cfr. Corte Suprema, 20 aprile 2005, *GT Linien A/S (in insolvency) v. DSB and Sandlines*.

³¹ La Corte Suprema olandese si è pronunciata sull'ammissibilità del *passing-on* difensivo, richiamando espressamente la Direttiva pur ritenuta non applicabile al caso di specie, in *Hoge Raad*, 8 luglio 2016, causa 15/00167, *TenneT v. ABB*.

³² Cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a.*, in *Danno e resp.* 2001, 46; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 346.

²⁶ Fino a tempi recenti le Corti inglesi si erano pronunciate in materia di *passing-ons* solo nell'ambito di *obiter dicta*: *Emerald Supplies v. British Airways* [2010] EWCA Civ 1284; ed anche *Devenish Nutrition Limited v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086. Il *passing-on* è stato espressamente riconosciuto per la prima volta in *Sainsbury's Supermarkets v. MasterCard* [2016] CAT 11, quando il Competition Appeal Tribunal ha rigettato una difesa *passing-on* in quanto ha ritenuto non essere stata debitamente provata. La sentenza è stata confermata dalla Court of Appeal in *Sainsbury's Supermarket v. MasterCard; AAM v. MasterCard; Sainsbury's v. Visa* [2018] EWCA 1536 (Civ), statuendo che i principi di diritto UE alla base del *passing-on* "*are entirely consistent with common law principles of the assessment of damages, mitigation*" (par. 327).

²⁷ Cfr. *Bundesgerichtshof*, 28 June 2011, KZR 75/10, ORWI. Più di recente, dopo la Direttiva 2014/104/CE, il convenuto è stato ammesso ad esperire la difesa *passing-on*, pur se interpretata restrittivamente, in *Landgericht Hannover*, cause 18 O 21/17 e 18 O 23/17.

²⁸ Per alcune pronunce rese da Corte francesi sul punto nell'ambito di *obiter dicta*, cfr. *Tribunal de Commerce de Nanterre*, 11 maggio 2006, R.G. 2004FO2643, *Arkopharma v. Rochel/Hoffmann*

stima del *passing-on*, e ciò senza tralasciare valutazioni prettamente giuridiche in relazione alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'azione, specie in tema di nesso casuale. Del resto, come affermato dal *Competition Appeal Tribunal* nel rigettare la *passing-on defence* esperita dal convenuto in *Sainsbury's v. MasterCard*, «whilst the notion of passing-on a cost is a very familiar one to an economist, an economist is concerned with how an enterprise recovers its costs, whereas a lawyer is concerned with whether a specific claim is or is not well-founded»³³. A tal riguardo, particolare attenzione è stata prestata alla sussistenza di un nesso di causalità in relazione al *passing-on*. Nel caso *Cheminova*³⁴, la Corte marittima e commerciale danese ha riscontrato che un produttore di antiparassitari aveva traslato il cinquanta per cento del sovrapprezzo iniziale ai clienti indiretti, sulla base di studi di mercato accessibili al pubblico che descrivevano il mercato nel quale il cliente diretto operava come un mercato monopolistico. In una relazione fornita dal cliente diretto, si sosteneva che il mercato avrebbe dovuto essere in effetti considerato come competitivo. Tuttavia, in considerazione dei fatti del caso specifico, il giudice ha contestato tale allegazione. Affermando che la traslazione fosse avvenuta anche in considerazione dell'assetto non correttivo del mercato! Viceversa, nel caso *Doux Aliments*³⁵, la Corte d'Appello di Parigi ha riscontrato che l'attore aveva dimostrato l'assenza di trasferimento. Il sovrapprezzo in questo caso riguardava la lisina, un fattore produttivo per la produzione di pollame. Il giudice ha riscontrato che la lisina rappresentava soltanto

l'uno per cento dei costi di produzione di pollame e che un aumento così esiguo dei costi non costituiva una prova sufficiente a dimostrare la determinazione a sua volta di un aumento dei prezzi del pollame. Il giudice ha rilevato che i prezzi rispondevano ad altri fattori, quali la concorrenza con altri prodotti a base di carne e il potere di acquisto dell'acquirente. Nel concludere che il sovrapprezzo non era stato traslato ai rivenditori al dettaglio (acquirenti indiretti), il giudice ha fatto riferimento al fatto che il pollame era venduto in un mercato internazionale e competitivo e che le catene di vendita al dettaglio di generi alimentari avevano un notevole potere di acquisto.

IV.4. La giurisprudenza italiana

Come illustrato nel paragrafo 2, il *passing-on* è disciplinato a livello nazionale nel capo IV, "Trasferimento del sovrapprezzo" d.lgs. n. 3/2017 (artt. 10, 11, 12 e 13).

Giova precisare che in perfetta aderenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata nei paragrafi precedenti, la Corte di cassazione ha costantemente riconosciuto a partire dal 2007 la legittimazione attiva di ogni soggetto del mercato leso da una condotta anti-competitività illecita a proporre una azione giudiziale *antitrust*, indipendentemente dalla sua posizione lungo la catena del valore, purché il danno lamentato sia eziologicamente collegato all'illecito *antitrust*. Tale impostazione, da ultimo confermata dalla Corte di Cassazione nella richiamata sentenza n. 1160/2011³⁶, neutralizza qualunque limitazione alla legittimazione attiva di stampo nordamericano.

La questione della ammissibilità della difesa *passing-on* è stata oggetto di specifica analisi per la prima volta in un contenzioso *antitrust* dalla Corte di appello di

³³ *Sainsbury's v. MasterCard* [2016] CAT 11, cit., par. 484(4).

³⁴ *Sø-og Handelsretten*, 15 gennaio 2015, causa SH2015.U0004-07, *Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV et al.*

³⁵ *Cour d'Appel de Paris*, 27 febbraio 2014, *Doux Aliments v. Ajinomoto Eurolysine*, cit.

³⁶ Cass., sez. III, 26 maggio 2011, cit.

Torino nel caso *Juventus FC SpA* del 2000³⁷. In tale caso, la società *Indaba Incentive co.*, attiva nel mercato della fornitura di servizi di turismo e specializzata in eventi sportivi, convenne in giudizio ai sensi dell'art. 33, comma 2, L. 287/90, la *Società Juventus F.C. SpA*. La società attrice lamentava di essere vittima di un abuso di posizione dominante della società convenuta nel mercato della vendita dei biglietti per la finale della *Champions League* del 28 maggio 1997.

La Corte si era trovata a decidere una situazione *antitrust* complessa dal punto di vista della legittimazione attiva. Secondo la corte: «[...] il problema delicato è costituito dalla concorrenza in capo allo stesso soggetto sia della qualità di compartecipe all'intesa vietata [...] sia di eventuale vittima della posizione dominante [...]». La Corte, superata tale questione preliminare (ed anticipando la giurisprudenza *Courage*) rilevò che anche all'interno di una intesa anticompetitiva «i *partners* possono essere in posizione economica equiordinata o subordinata», ribadendo «la natura soltanto compensativa» dell'azione risarcitoria riconobbe la legittimazione attiva esclusivamente al «soggetto che [ha] concretamente subito un danno». La Corte ha ritenuto «privo di legittimazione attiva il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali. Infatti, poiché la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era latente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del danno [...]», tale elemento fu ritenuto sufficiente ad «escludere[re] l'incolpevolezza in capo a parte attrice che versava in una situazione di dolo» e ad escludere di conseguenza il diritto al risarcimento del danno.

³⁷ Cfr. App. Torino, 6 luglio 2000 (cit. *supra* nota 32).

Più recentemente, in un caso deciso prima della entrata in vigore della Direttiva, il Tribunale di Milano ha demandato al Consulente Tecnico d'Ufficio (CTU) l'approfondimento volto a verificare la possibilità che la società attrice «non abbia subito alcun danno, in quanto si sia limitata a scaricare a valle sui passeggeri acquirenti dei suoi biglietti aerei gli oneri relativi a tali maggiori costi, ovvero abbia ridotto quantomeno in parte il pregiudizio subito attuando un simile trasferimento (c.d. *passing on*) [...] dalla componente del prezzo del biglietto, indicata come *fuel surcharge*» (Trib. Milano, Sez. Imprese A, Sent. 15/03/2016, n. 3328). Sempre il Tribunale di Milano, in una pronuncia resa anch'essa prima dell'entrata in vigore della Direttiva, ha accolto l'eccezione di trasferimento proposta dal convenuto ed ha rigettato la richiesta di rimborso formulata da un vettore aereo nei confronti della società che gestisce gli aeroporti di Milano nei seguenti termini: «l'avvenuto trasferimento sui passeggeri utenti dei maggiori oneri sostenuti da Swiss a causa dell'illecita condotta di SEA appare sostanzialmente pacifico [...] risulta del tutto evidente come, nel caso di odierno rimborso, l'attrice si troverebbe in una situazione non equivalente, ma migliore di quella che si sarebbe realizzata nel caso che l'illecito non fosse stato compiuto. [...] Neppure le regole sulla ripetizione di indebito possono, nel sistema delle conseguenze degli illeciti *antitrust*, causare un così ingiustificato arricchimento in chi ha subito la condotta discriminatoria (pena la trasformazione in una forma di sanzione privatistica o danno punitivo)» (Trib. Milano, Sez. Imprese A, 26 maggio 2016, *Swiss International Air Lines*, RG n. 4802/2014, n. 7970).

Anche la Corte di Cassazione, ben prima della introduzione delle disposizioni normative in esame, ha costantemente valorizzato il fenomeno della traslazione

del danno nel contenzioso *antitrust* stabilendo un principio di diritto (già nel 2013) secondo cui: «Ai fini dell'accertamento del danno derivante da abuso di posizione dominante, suscettibile di traslazione sulla clientela per effetto della conseguente maggiorazione delle tariffe, costituisce principio di economia di comune esperienza quello secondo cui l'aumento del corrispettivo della prestazione determina una riduzione della domanda, salva la prova contraria della rigidità dei consumi» (Cass. civ. Sez. I, Sent. 01.04.2016, n. 6366).

Il *passing-on*, come visto, ha forti radici giurisprudenziali che, nonostante gli innesti (a tratti ridondanti) del legislatore, continuano a guidare in Italia ed in Europa le sorti delle (sempre più frequenti) azioni di risarcimento del danno in materia *antitrust*.

MICHELE CARPAGNANO

Bibliografia

Afferni, «La traslazione del danno nel diritto *antitrust* nazionale e comunitario», in *Concorrenza e mercato*, n. 16/2008, a cura di Ghidini – Libonati – Marchetti, Giuffrè, 2009, 494-521; Benacchio – Carpagnano, «L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza», in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, Trento, 2007; Realey - Green - George (cur.), *Competition Litigation, UK Practice and Procedure*, Oxford, 2010, pp. 459-464; Buccirossi – Carpagnano, «Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?», in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, 2012; Carpagnano, «Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1999-2010»,

in Ghidini (cur.), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, pp. 284-304; Carpagnano, «Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell'Unione Europea», in Sacco (cur.), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012, pp. 846-865; Cooter, «Passing On The Monopoly Overcharge: A Further Comment On Economic Theory», in *U. Pa. L. Rev.*, 1981, p. 1531; Fattori – Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; Harris – Sullivan, «Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», in *U. PA. L. Rev.*, 1979, p. 269; Landes - Posner, «Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick», in *U. CHI. L. Rev.*, 1979, p. 602; Prosperetti – Pani – Tomasi, *Il danno Antitrust*, Mulino, 2009. Ashton, «Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice», *Elgar Competition Law and Practice series*, 2018; Haasbeek, «The Directive on Antitrust Damage Actions», in Benacchio – Carpagnano (cur.), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, 2015, p. 75 ss.; Scuffi, «Le azioni risarcitorie da illecito *antitrust*: il nuovo quadro creato dal d.lgs. 3/2017 di recepimento della direttiva UE 104/2014 e le ulteriori prospettive europee», in Benacchio – Carpagnano (cur.), *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI Convegno biennale Antitrust*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, 2018, p. 81 ss.; Mezzanotte, «Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale», in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 1, p. 215 ss.; Rossi Dal Pozzo, «Trasferimento del sovrapprezzo», in Manzini (cur.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs.*

n. 3/2017, Torino, 2017, p. 108 ss.; Eklund, «Indirect Purchasers - Is there Anything New in the Directive? An Introductory Overview of the Current and Future Status of Indirect Purchasers in the EU», in Bergström – Iacovdes – Strand (cur.), *Harmonizing EU*

Competition Litigation. The New Directive and Beyond, Oxford-Portland, 2016, p. 261 ss.; Lianos – Davis – Nebbia, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2015.

LA PRESCRIZIONE DEL DIRITTO AL RISARCIMENTO DANNI

Sommario: I. Premessa. II. L'azione risarcitoria per danno *antitrust* nell'ordinamento giuridico italiano prima dell'intervento di armonizzazione Ue. – III. La Direttiva (Ue) N. 104/2014 e il Decreto di recepimento. IV. Primi orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione della Direttiva.

I. Premessa

La necessità di un intervento nell'ambito del *private enforcement* era stato evidenziato dalla Comm. fin dal 2004, quando fu realizzato uno studio che metteva in evidenza le profonde differenze a livello nazionale delle forme di tutela approntate per il risarcimento dei danni conseguenti ad una violazione della normativa a tutela della concorrenza¹. Alla pubblicazione dei risultati di tale studio ha fatto seguito la predisposizione del Libro Verde del 2005, nel quale la Comm. rilevava un'inefficacia delle azioni di risarcimento e l'assenza di una tutela effettiva, ascrivibile in gran parte a vari ostacoli giuridici e procedurali presenti a livello nazionale².

Con il successivo Libro Bianco sulle azioni di risarcimento del danno per viola-

zione delle norme *antitrust* comunitarie³, la Comm. ha inteso rilanciare le proposte già contenute nel Libro Verde, recependo la giurisprudenza *medio tempore* sviluppatasi, e in particolare il *leading case* Manfredi⁴.

Dopo oltre un decennio dalle prime iniziative e in risposta all'esigenza da più parti ravvisata di delineare i tratti essenziali del contesto giuridico sostanziale e procedurale delle azioni di ristoro dei danni *antitrust*, la Comm. giunge, infine, ad adottare nel 2013 una proposta di Direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni del diritto *antitrust*⁵. A seguito dei negoziati, il testo della Direttiva è stato approvato con procedura ordinaria dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 26 novembre 2014⁶. Uno degli aspetti su cui interviene la disciplina

³ Libro Bianco della Commissione in «materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie» adottato il 2 aprile 2008 COM (2008) 165 def.

⁴ Corte giust. Ue, *Manfredi e a.*, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, p. 62. V. anche *Donau Chemie e a.*, 6 giugno 2013, causa C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, p. 27; *Kone e a.*, 5 giugno 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, p. 25.

⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, COM(2013)404 def.

⁶ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in GUUE n. L 349 del 5 dicembre 2014, p. 1-19.

¹ I risultati dello studio commissionato all'ufficio Ashurst sono stati resi noti il 31 agosto 2004 con un rapporto intitolato «*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*», disponibile sul sito internet della Commissione.

² Al rapporto Ashurst ha fatto seguito la pubblicazione del Libro Verde, intitolato «*Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*», COM (2005)672 def., accompagnato dal relativo documento di lavoro dei servizi della Commissione [SEC(2005)1732].

europea è la prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

La giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia Ue avevano, tuttavia, dettato criteri precisi in materia di prescrizione delle azioni di risarcimento del danno *antitrust* già prima dell'intervento normativo europeo, che li ha fatti propri.

In particolare, nel *leading case* Manfredi, la Corte di giustizia Ue chiariva che, in assenza di una regolamentazione a livello europeo delle azioni risarcitorie *antitrust*, la loro disciplina era rimessa agli ordinamenti nazionali, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. Per quanto riguarda la prescrizione, ciò implica che i termini non possono risultare meno favorevoli rispetto a quelli analoghi di natura interna e non devono rendere praticamente impossibile, o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico Ue. La Corte di giustizia Ue precisava, inoltre, che, nel valutare il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, il giudice nazionale deve avere riguardo non solo alla durata dei termini prescrizionali, ma anche al momento da cui la prescrizione decorre e all'esistenza di eventuali cause sospensive. Difatti, laddove la prescrizione non decorra dal momento della realizzazione dell'illecito, ma da quando il danneggiato ha avuto contezza della violazione e del danno ingiusto, un termine breve potrebbe non necessariamente rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti risarcitori. Lo stesso dicasi per l'ipotesi in cui la prescrizione decorra dalla realizzazione della violazione, se comunque il termine rimane sospeso finché la vittima non sia nella posizione di poter far valere i propri diritti⁷. Come si dirà più approfonditamente nel prosieguo, la Corte è intervenuta in plurime occasioni sull'interpretazione di normative nazionali in tema di prescrizione alla luce dei principi

di equivalenza ed effettività, precisando e ampliando le statuizioni del caso Manfredi, anche in contenziosi successivi all'entrata in vigore della Direttiva, ma i cui fatti di causa risalivano a un momento antecedente al suo recepimento.

II. L'azione risarcitoria per danno antitrust nell'ordinamento giuridico italiano prima dell'intervento di armonizzazione Ue

Prima dell'intervento di armonizzazione Ue, in tema di prescrizione delle azioni risarcitorie *antitrust* nell'ordinamento italiano venivano in rilievo le disposizioni del codice civile sulle azioni per il risarcimento del danno da fatto illecito. Trattasi, in particolare, dell'art. 2935 c.c. che regola il *dies a quo* da cui far decorrere la prescrizione, e l'art. 2947 c.c. in materia di durata del periodo prescrizionale. L'art. 2935 c.c. individua nel «giorno in cui il diritto può farsi valere, il momento di decorrenza dei termini», quale che sia il termine di prescrizione. In tema di durata, l'art. 2947 c.c. stabilisce un termine breve quinquennale per la prescrizione delle azioni risarcitorie da fatto illecito, in deroga al termine ordinario di dieci anni. Tale disposizione prevede che «il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato». Nell'individuare il momento di realizzazione dell'evento di cui all'art. 2947 c.c., la giurisprudenza fa riferimento alla produzione del danno e non alla realizzazione dell'atto illecito, laddove l'evento non sia stato immediatamente conseguente a quest'ultimo⁸. Più nello specifico, la Cass. ha chiarito che, qualora la percezione del danno non sia evidente, il termine di prescrizione

⁷ Corte giust. Ue, *Manfredi e a.*, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, cit., punti 78-82.

⁸ Cass., civ., 15 marzo 1989, n. 1306.

dovrà farsi decorrere dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e conoscibile, non potendo invece rilevare il momento in cui il fatto del terzo determina la modificazione produttiva di conseguenze dannose per l'altrui diritto⁹.

L'interazione tra gli articoli 2935 e 2947 c.c. è stata successivamente affrontata e specificata dalla Cass. nella sentenza resa nel 2007¹⁰. La controversia alla base delle questioni portate all'attenzione dei giudici di legittimità non differiva sostanzialmente dai fatti di causa della sentenza Manfredi della Corte Ue e dalla fattispecie da cui ha tratto origine un'ulteriore pronuncia della Cass. in tema di legittimazione ad agire¹¹. Trattavasi, nel caso in esame, di un'azione risarcitoria ex art. 33 della l. n. 287/90¹² per il danno subito da un assicurato per effetto dell'intesa accertata nel 2000 dall'Agcm, danno consistente nella maggiorazione del premio assicurativo¹³. L'impresa assicurativa convenuta aveva eccepito l'avvenuta prescrizione del diritto al risarcimento, la cui decorrenza doveva computarsi, secondo la stessa, dal momento della stipulazione della polizza. La Corte d'App. di Napoli, disattendendo tale tesi, aveva fatto risalire il decorso della prescrizione alla data di accertamento definitivo dell'illecito, ossia alla pronuncia con cui il Cons. St. aveva sostanzialmente confermato l'accertamento

effettuato dall'Agcm nel provvedimento in questione. La Cass. non ha condiviso nessuna delle due tesi citate, ritenendo che non potesse rilevare quale *dies a quo* né l'accertamento definitivo in sede giudiziaria dell'illecito anticoncorrenziale, né tantomeno il momento di produzione del danno, coincidente nel caso di specie con la sottoscrizione della polizza e il conseguente versamento del premio. In particolare, secondo il giudice di legittimità la prima ipotesi confliggerebbe con la necessità di garantire l'autonomia procedurale della tutela privatistica ex art. 33 l. n. 287/90 dai procedimenti di natura amministrativa che si svolgono dinanzi all'Agcm. Ad avviso della Corte, in nessun caso poteva considerarsi «la definitività dell'accertamento amministrativo dell'illiceità dell'intesa come una sorta di pregiudiziale amministrativa all'azione di risarcimento del danno aquiliano»¹⁴. Difatti, l'illiceità di una condotta per contrarietà alle norme concorrenziali può anche essere accertata per la prima volta in sede civile di risarcimento dei danni o dichiarazione di nullità, pur con le inevitabili difficoltà di allegazione probatoria da parte dei singoli nell'ambito di tali tipi di giudizi. Allo stesso tempo, la Corte disattendeva la tesi sostenuta dall'impresa assicurativa di decorso del termine prescrizione dal momento della stipula della polizza, alla luce del rapporto tra gli artt. 2947 e 2935 c.c., i quali operano secondo il Supremo Collegio su piani giuridici distinti, non potendosi, quindi, ritenere che una disposizione prevalga sull'altra in forza di un rapporto di specialità. L'art. 2947 c.c., osservava la Cass., si limita a fissare una durata breve per la prescrizione dell'azione risarcitoria di una delle ipotesi di illecito, escludendone il periodo durante il quale non sia possibile

⁹ Cass., civ., 12 agosto 1995, n. 8845. Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2013, n. 1119.

¹⁰ Cass., civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, n. 5, p. 648.

¹¹ Cass., civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014.

¹² L. 287, 10 ottobre 1990, G.U. 13 ottobre 1990, n. 240, istitutiva dell'Agcm e recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

¹³ Provvedimento Agcm del 28 luglio 2000, n. 8546, pubblicato in *Boll.* n. 30 del 14 agosto 2000, sostanzialmente confermato dalla giurisprudenza; TAR Lazio, 5 luglio 2001, n. 6193, in *Foro amm.*, 2001, 2117; Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Corr. giur.*, 2003, 4, 491.

¹⁴ Cass., civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

far valere il diritto. Pertanto, «il verificarsi del fatto» cui tale disposizione fa riferimento per la decorrenza della prescrizione va interpretato in base all'art. 2935 c.c., che disciplina specificamente tale aspetto, e anche alla luce del criterio di fondo su cui si impernia la disciplina della prescrizione, «secondo il quale l'inerzia del titolare del diritto acquista significato solo di fronte alla possibilità di esercizio del diritto stesso, quando cioè l'atto di esercizio vale a soddisfare l'interesse tutelato»¹⁵. Richiamando la propria precedente giurisprudenza interpretativa dell'art. 2947 c.c., la Corte evidenziava che l'evento cui tale disposizione fa riferimento per il decorso dei termini non può essere fatto risalire né al momento in cui l'agente realizza l'illecito, né al momento in cui la condotta del terzo determina «ontologicamente il danno all'altrui diritto», dovendolo invece riferire all'esteriorizzazione del danno, ossia quando quest'ultimo diviene oggettivamente percepibile e riconoscibile. Di conseguenza, l'evento di cui all'art. 2947 c.c. non viene inteso come comprensivo della sola condotta illecita alla cui cessazione far risalire il *dies a quo*, ma come includente anche il danno ingiusto cagionato, conferendogli, quindi, centralità, conformemente alla più recente interpretazione data dalla giurisprudenza dell'art. 2043 c.c., secondo cui l'ingiustizia non deve attribuirsi alla condotta bensì al danno. Nell'individuare l'istante di esteriorizzazione del danno dal quale l'inerzia del titolare del diritto assume rilievo, la Cass. faceva riferimento al momento in cui il grado di informazioni di cui dispone il soggetto leso sul danno ingiusto subito è oggettivamente tale da consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio. Vi può, quindi, essere uno «scollamento» temporale tra il momento in cui il danno viene inferto e il momento della sua percezione

da parte del danneggiato, a partire dal quale quest'ultimo può ritenersi in stato di inerzia (c.d. lungolatenza del danno). Con riferimento alla specifica ipotesi in esame nel giudizio *de quo*, la Corte individuava l'esteriorizzazione del danno nel momento in cui il danneggiato era stato adeguatamente e ragionevolmente informato circa il fatto che la maggiorazione di premio pagata era conseguenza di un'intesa illecita tra imprese assicurative. Secondo la Corte, nel caso di specie la lungolatenza del danno si giustificava per due ragioni. Da un lato per la natura stessa dell'illecito che, in quanto configurante un'intesa vietata dall'art. 2 l. n. 287/90, si caratterizza per la sua segretezza. Dall'altro lato la Corte ha preso in considerazione le caratteristiche del danneggiato che, in qualità di consumatore, rappresenta l'ultimo anello nella filiera del mercato e non può, quindi, assumersi abbia una conoscenza approfondita delle dinamiche concorrenziali e delle eventuali distorsioni delle stesse. Trattasi, peraltro, di criteri cui i giudici lussemburghesi continueranno a fare riferimento anche nell'applicazione della successiva disciplina Ue di armonizzazione.

La Corte rimetteva alla competenza del giudice di merito l'individuazione, da farsi caso per caso, del momento in cui il danneggiato avesse avuto adeguata e ragionevole conoscenza del danno subito e della sua ingiustizia, usando l'ordinaria diligenza, e a partire dal quale la sua inerzia poteva ritenersi colpevole.

Rispetto a tale profilo la Cass. precisava che la conoscenza del danno ingiusto che una vittima può acquisire per effetto di proprie indagini o di idonea pubblicizzazione di stampa e mezzi di comunicazione non necessariamente coincide con la pubblicazione del provvedimento di avvio delle indagini o di accertamento dell'illecito da parte dell'Agcm. Ciò in forza dell'autonomia tra accertamento amministrativo delle condotte vietate e tutela civilistica di

¹⁵ *Ibidem*.

risarcimento del danno e dichiarazione di nullità degli accordi vietati.

La giurisprudenza successiva ha precisato, tenendo conto delle qualità soggettive del danneggiato, il momento da cui può ritenersi che la prescrizione debba iniziare a decorrere. In più di un caso si è ritenuto che l'inizio della prescrizione per la generalità degli utenti e consumatori coincida, in linea di principio, con la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio, anche rispetto a chi non abbia partecipato al procedimento di *public enforcement*¹⁶. Nel caso, invece, di un'istruttoria basata sulla segnalazione della vittima stessa, la prescrizione inizierà a decorrere anche prima dell'avvio dell'indagine, potendosi ritenere che il danneggiato che ha denunciato la violazione era a conoscenza dell'esistenza dell'illecito e del danno ingiusto causatogli¹⁷. Con riguardo, infine, all'ipotesi specifica di un abuso di posizione dominante, il Trib. di Milano, confermato dalla Corte app e Cass., ha ritenuto che per le imprese operanti nel medesimo settore di mercato l'inizio del computo della prescrizione vada anticipato all'inizio dell'istruttoria innanzi all'Agcm, o al più tardi al momento di pubblicazione degli impegni, circostanze in cui deve ritenersi che l'abuso di posizione dominante «sia divenuto oggettivamente percepibile e riconoscibile per un operatore economico che necessariamente, usando l'ordinaria diligenza, deve conoscere gli eventi del mercato in cui opera». La Cass. ha precisato che quando il danneggiato «sia un'impresa concorrente, che opera nel medesimo settore di quella dominante e dalla quale può ragionevolmente presumersi, secondo la regola

della diligenza, che essa osservi e vigili sulle condotte delle altre imprese, miranti ad escluderla dalla competizione, il *dies a quo* della prescrizione può essere anticipato, rispetto alla data di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio, alla data di avvio dell'istruttoria dinanzi all'AGCM [o al più tardi alla data di pubblicazione degli impegni], quale momento in cui può ragionevolmente desumersi che l'impresa abbia avuto conoscenza della condotta oggetto dell'istruttoria *antitrust* e dei suoi effetti anticoncorrenziali, in termini di danno ingiusto, essendo essa stata evidenziata all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità. Il tutto anche in un'ottica pro-concorrenziale, cui in definitiva mira la materia, in quanto non vanno premiati i comportamenti delle imprese che, nel mercato in cui operano, non si adoperino per impedire il protrarsi degli effetti restrittivi della concorrenza, coltivando la domanda risarcitoria immediatamente dopo la percezione dell'illecito concorrenziale»¹⁸.

III. La Direttiva (Ue) n. 104/2014 e il Decreto di recepimento

Nel quadro così delineatosi nella giurisprudenza Ue e nazionale, si inserisce l'intervento di armonizzazione di cui alla Direttiva Ue 104/2014, di cui si è detto in premessa. Obiettivo principale delle norme Ue è facilitare l'accesso alla giustizia per i

¹⁶ Già Cass., civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 cit. e Cass., civ., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, I, 800.

¹⁷ Trib. Milano 18 aprile 2014, n. 5251, confermata da Corte App. Milano, 29 luglio 2017, n. 3539, in ITA.CA - Italian Case-Law On Private Antitrust Enforcement <https://itaca.europeanlitigation.eu>

¹⁸ Uno Communications/Telecom, Trib. Milano confermata da Corte app. 179/2016 del 31 maggio 2016, RG n. 3884/2014 e Cass. 7677 del 03 aprile 2020, RG n. 21175/2016. Trib. Milano 3 aprile 2014, n. 4587/2014, confermata da 3052/2016 del 21 luglio 2016, Cass. 8276/2019 del 17 settembre 2019. Trib. Milano 15 ottobre 2014, n. 12043, confermato da Trib. Milano 15 marzo 2018, n. 2110. Trib. Milano 15 ottobre 2014, n. 12043, confermato da Trib. Milano 15 marzo 2018, n. 2110 su istruttoria basata sulla segnalazione della vittima stessa.

singoli che facciano valere i diritti derivanti dagli effetti diretti degli artt. 101 e 102 TFUE, garantendo l'effettività del ristoro dei danni subiti dalle vittime e, al contempo, una corretta applicazione delle norme di concorrenza sul piano privato.

Difatti, pur nell'affermare la centralità del *public enforcement* nell'applicazione delle norme di concorrenza, la Direttiva riconosce il ruolo fondamentale della tutela privatistica dei diritti soggettivi derivanti dagli artt. 101 e 102 TFUE e la necessaria complementarità dei due strumenti per garantire la massima efficacia delle regole di concorrenza.

Inoltre, attraverso il ravvicinamento delle norme nazionali, la Direttiva Ue 104/2014 si propone di creare un quadro giuridico comune, atto a migliorare le condizioni di accesso alla giustizia per le vittime degli illeciti concorrenziali e a realizzare il necessario *level playing field*, perché le imprese operino in condizioni di parità nel mercato interno. A fronte del binomio concorrenza e mercato interno, la Direttiva ha, quindi, come duplice base giuridica l'art. 103 TFUE, relativo agli atti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, e l'articolo 114 TFUE, sulle misure per il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri aventi a oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

La Direttiva individua una serie di regole minime sostanziali e procedurali volte a garantire un sistema efficace di azioni di risarcimento del danno *antitrust*, intervenendo soprattutto sugli aspetti di maggiore incertezza interpretativa e di ostacolo all'accesso alla giustizia. In tale contesto, come già anticipato in premessa, la disciplina Ue introduce norme chiare anche rispetto al problema del decorso del termine di prescrizione, con delle soluzioni tese a garantire un'effettiva tutela minima del diritto delle vittime nonché condizioni di maggiore parità e certezza del diritto in tutta l'Unione.

Tenuto conto delle difficoltà dei singoli di far valere le proprie pretese risarcitorie, obiettivo della disciplina adottata in materia di prescrizione è di garantire alle vittime un tempo sufficiente per intentare un'azione. Pertanto, la Direttiva stabilisce un termine prescizionale minimo di cinque anni per presentare reclamo, che deve farsi decorrere dal momento in cui la vittima sia a conoscenza, ovvero si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza, di tutti gli elementi necessari ad esercitare il diritto al risarcimento, ossia della natura illecita della condotta, del danno subito a causa di tale illecito e dell'identità dell'autore della violazione¹⁹.

Sotto questo profilo, la soluzione introdotta dalla normativa europea è sostanzialmente in linea con la giurisprudenza italiana *supra* esaminata, che richiede la prova dell'oggettiva possibilità per il danneggiato di avere un *set* di informazioni tale da consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio. Elemento di novità è rappresentato, invece, da quanto prescritto dalla Direttiva con riferimento alle infrazioni ripetute e continuate, per le quali il termine di prescrizione può decorrere solo dopo che l'infrazione sia cessata.

Inoltre, pur condividendo la separazione tra tutela privatistica e accertamento in sede amministrativa dell'illecito *antitrust*, la Direttiva giunge a una soluzione di compromesso che tiene comunque conto delle necessarie interazioni tra i due tipi di tutela. La soluzione adottata prevede, difatti, che il termine di prescrizione resti sospeso, o interrotto, dal momento di avvio di un'indagine o di un'istruttoria, e fino a un anno dopo la decisione definitiva di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, o dopo che il procedimento sia stato chiuso in altro modo, ad esempio con l'accettazione di impegni²⁰. Di conseguenza,

¹⁹ Art. 10 Direttiva Ue 104/2014 cit.

²⁰ *Ibidem*.

laddove sia pendente un procedimento di accertamento dell'illecito, il termine di prescrizione non potrà scadere definitivamente nelle more di quest'ultimo e fino a un anno dalla sua definizione, a prescindere dall'effettiva conoscenza da parte della vittima del pregiudizio *contra iure* subito. Si evita in tal modo che al danneggiato sia preclusa qualunque azione risarcitoria prima che sia concluso in maniera definitiva l'accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte delle competenti autorità e viene concesso fino a un ulteriore anno per avviare al fatto che la sospensione potrebbe intervenire in una fase avanzata del decorso del termine di prescrizione, nel qual caso residuerebbe un tempo limitato per approntare un'azione risarcitoria. Tali disposizioni sono, peraltro, coerenti con quanto disposto dal legislatore Ue in tema di valore probatorio delle decisioni di accertamento degli illeciti *antitrust*.

La Direttiva riconosce, inoltre, agli Stati membri la facoltà di introdurre o mantenere anche un termine di prescrizione assoluto di applicazione generale, quale ad esempio un termine di prescrizione lungo o di decadenza, che decorra dal momento dell'illecito, purché sia, comunque, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività²¹.

Infine, la normativa Ue intende favorire i meccanismi di composizione consensuale delle controversie, facilitando il ricorso a tali meccanismi e aumentandone l'efficacia. Al fine di evitare che le parti che decidono di ricorrere a tali tipi di procedure non dispongano del tempo sufficiente per poter raggiungere un accordo in merito al risarcimento da corrispondere, la Direttiva stabilisce che la prescrizione sia sospesa per tutta la durata della procedura di composizione consensuale della lite; tale sospensione opererà, ovviamente, nei soli confronti dei soggetti che abbiano preso parte alla procedura consensuale.

È, inoltre, previsto che laddove le parti ricorrano a una procedura di composizione consensuale dopo aver adito l'autorità giudiziaria, al giudice debba essere riconosciuta la possibilità di sospendere il procedimento pendente per tutta la durata della procedura consensuale, anche tenuto conto dei vantaggi in termini di rapidità di definizione della stessa²².

Le soluzioni introdotte dalla legislazione europea sanciscono un trattamento indubbiamente favorevole per le vittime dei danni *antitrust*, assicurando in tal modo l'effettività della tutela dei loro diritti, senza tuttavia trascurare le esigenze di certezza del diritto, che devono reputarsi imprescindibili nel processo di integrazione delle norme Ue negli ordinamenti nazionali. Restano, comunque, margini interpretativi importanti in capo al giudice di merito circa l'accertamento dell'esatto momento in cui si può ragionevolmente ritenere che la vittima fosse concretamente nella possibilità di far valere i propri diritti poiché era a conoscenza dell'illecito, del danno ingiusto subito e dell'identità dell'autore della violazione, con le inevitabili difficoltà oggettive di simili statuizioni.

La Direttiva 104/2014 è stata recepita nell'ordinamento italiano con il Decreto legislativo n. 3/2017²³, il cui articolato ha una struttura speculare al testo Ue. Il legislatore italiano è ricorso a un approccio sostanzialmente conservativo, attenendosi ai termini minimi prescritti dalle norme Ue, anche al fine di non discostarsi dalla disciplina previgente e preservare gli orientamenti giurisprudenziali *medio tempore* consolidatisi. Pertanto, conformemente a quanto previsto dall'art. 2947 c.c. in tema di danno aquiliano, il Decreto conferma un termine prescrizione breve

²² Art. 18 e considerando 49-50 Direttiva Ue 104/2014 cit.

²³ D. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in GU 19 gennaio 2017, n. 15.

²¹ Considerando 36 Direttiva Ue 104/2014 cit.

di cinque anni per le azioni in commento, il cui decorso non può iniziare prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di un insieme di elementi indicati dal Decreto, quali la condotta e l'illiceità della stessa, il danno causato dalla violazione delle norme di concorrenza nonché l'identità dell'autore dell'illecito (art. 8). In linea, quindi, con gli orientamenti consolidati della giurisprudenza, ciò che rileva per il decorso della prescrizione è il momento in cui il danneggiato ha acquisito, o si può presumere che potesse ragionevolmente acquisire, conoscenza dell'infrazione, dell'identità dell'autore e della circostanza di aver subito un danno²⁴. Elemento di novità è invece il rilievo dato alla cessazione della violazione, che è indispensabile perché possa cominciare a decorrere la prescrizione, a prescindere dalla conoscibilità, o conoscenza, dell'illecito da parte della vittima.

Allo stesso modo, quanto disposto dal Decreto rispetto all'esistenza di eventuali indagini da parte dell'autorità di concorrenza, si discosta dalle conclusioni della giurisprudenza di legittimità circa l'autonomia tra accertamento amministrativo delle condotte vietate e tutela civilistica di risarcimento del danno. In particolare, in recepimento della Direttiva, l'art. 8, comma 2, stabilisce che la prescrizione è sospesa dal momento dell'avvio di un procedimento istruttorio da parte dell'Agcm e fino a un anno dopo che la decisione sulla violazione sia divenuta definitiva, o dopo che il procedimento istruttorio si sia comunque concluso in altro modo.

Il legislatore italiano non ha, invece, ritenuto di avvalersi della facoltà introdotta dalla Direttiva di prevedere un termine lungo di prescrizione o di decadenza che

decorresse dal momento dell'illecito, scelta quest'ultima criticata da taluna dottrina perché rende astrattamente possibile l'imprescrittibilità dell'azione risarcitoria *de qua*.

Per quanto concerne, infine, le forme di composizione consensuale delle controversie, il Decreto rinvia agli specifici atti normativi che disciplinano nel nostro ordinamento la composizione consensuale delle controversie e che equiparano gli atti introduttivi di tali procedure alla domanda giudiziale per quanto attiene all'interruzione dei termini di prescrizione. In sostanza, l'avvio del procedimento di risoluzione stragiudiziale di una controversia, a mezzo di domanda di mediazione, di invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita o di sottoscrizione della convenzione, di domanda presentata all'organismo ADR o di domanda di arbitrato, vale a interrompere la prescrizione. Potrebbero sorgere dei dubbi sulla compatibilità di tale previsione con il disposto della Direttiva, che fa riferimento alla sospensione dei termini e non anche all'interruzione. Tuttavia, la scelta del legislatore nazionale sembra essere dettata da un *favor* per i danneggiati compatibile con i dettami Ue. Difatti, la sospensione potrebbe intervenire in un momento avanzato del decorso della prescrizione, di talché residuerebbe un tempo limitato per esercitare l'azione risarcitoria, mentre con l'interruzione vi è un nuovo decorso dei termini prescrizionali maggiormente garantista per i danneggiati. Maggiori perplessità suscita, invece, la scelta del legislatore italiano di indicare tassativamente le modalità di composizione consensuale delle controversie che danno luogo all'interruzione della prescrizione e che potrebbero non ricomprendere tutte le ipotesi astrattamente riconducibili a quanto disposto dalla Direttiva Ue.

²⁴ Rispetto all'illecito extracontrattuale nazionale, non vengono in rilievo il dolo o la colpa.

IV. Primi orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione della direttiva

Come osservato nell'immediatezza dell'adozione della Direttiva Ue e del suo recepimento nell'ordinamento nazionale, sono di grande interesse i primi sviluppi giurisprudenziali sulle novità introdotte dalla normativa europea, così come su altre importanti questioni, quali ad es. l'applicazione *ratione temporis* della nuova disciplina, sulle quali, oltre alla Corte giust. Ue, è deputato a pronunciarsi il giudice nazionale, nel suo ruolo sempre più rilevante di giudice europeo chiamato a definire il diritto comune della concorrenza. In tal senso, sicuramente condivisibile è stata la scelta operata dal legislatore italiano di accentrare le competenze sulle azioni in commento nelle sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli, che hanno già avuto modo di pronunciarsi su questioni simili.

Nel caso Cogeco del 2019 la Corte di giustizia Ue²⁵ è intervenuta in una controversia i cui fatti di causa risalivano a un momento anteriore alla scadenza del termine di recepimento della Direttiva. In tale occasione, il giudice europeo ha avuto modo di pronunciarsi sull'ambito di applicazione *ratione temporis* della Direttiva, ricordando che la stessa contiene norme molto precise al riguardo, poiché fissa al 27 dicembre 2014 il termine di recepimento negli ordinamenti nazionali ed esclude, all'art. 22(1), l'irretroattività delle proprie norme a carattere sostanziale.

La Suprema Corte è giunta, pertanto, ad escludere la rilevanza della Direttiva e il suo regime più favorevole per il danneggiato rispetto ai fatti di causa, assumendo implicitamente la natura sostanziale dell'art. 10. Sulla scorta dei propri consolidati

orientamenti, la Corte lussemburghese ha comunque potuto apprezzare la normativa nazionale portoghese applicabile alla controversia sulla base dei principi di effettività ed equivalenza, giungendo a sancirne la sua inapplicabilità. La Corte ha, difatti, avuto modo di chiarire che è indispensabile che la vittima sia messa in condizione di conoscere l'identità dell'autore della violazione per poter proporre un'azione per il risarcimento del danno e che, quindi, termini di prescrizione brevi (nel caso di specie un termine di tre anni), che iniziano a decorrere prima che il soggetto leso possa conoscere l'identità dell'autore dell'illecito possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno. Nella stessa pronuncia, i giudici lussemburghesi hanno ritenuto che termini brevi di prescrizione, che non possono essere sospesi o interrotti per la durata dei procedimenti a conclusione dei quali viene adottata una decisione definitiva dell'autorità nazionale garante della concorrenza, possono ugualmente non essere rispettosi del principio di effettività; secondo la Corte, in un caso simile il termine potrebbe scadere prima che il procedimento dinanzi all'autorità nazionale si sia concluso, rendendo impossibile per le vittime dell'illecito proporre un'azione di risarcimento sulla base di una decisione definitiva che accerta una violazione delle regole di concorrenza dell'Unione²⁶.

Anche la giurisprudenza nazionale è intervenuta in plurime occasioni sull'applicazione *ratione temporis* della Direttiva, escludendo l'applicazione del regime più favorevole introdotto dalle norme Ue, che prevede la sospensione dei termini nelle more degli accertamenti da parte

²⁵ Corte giust. Ue *Cogeco Communications*, causa C-637/17, 28 marzo 2019, ECLI:EU:C:2019:263.

²⁶ *Ibidem* punto 46, e v., per analogia, Sentenza dell'8 novembre 2012 *Evropaiki Dynamiki/Commissione* C-469/11 P, ECLI:EU:C:2012:705, punto 52).

dell'autorità di concorrenza, perché i fatti di causa risalivano a un momento antecedente all'entrata in vigore della Direttiva e alla scadenza del termine di recepimento. Uno dei casi di cui si è detto in precedenza ha comunque portato, i giudici di merito prima e il Supremo Collegio poi, a esaminare la normativa nazionale applicabile alla luce del principio di effettività del diritto dell'Ue²⁷. La Corte Cass., discostandosi da quanto sancito dalla Corte giust. Ue nel caso *Cogeco* in merito alla legislazione portoghese, ha escluso che il regime italiano fosse tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di risarcimento spettante al ricorrente, benché il *dies a quo* per la decorrenza del termine prescrizionale coincidesse con l'avvio dell'istruttoria da parte dell'Agcm e non vi fosse sospensione nelle more dell'accertamento dell'autorità antitrust. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che, in circostanze come quelle del caso di specie, il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione può essere ragionevolmente anticipato al momento di avvio dell'istruttoria da parte dell'autorità garante, posto che il ricorrente riveste la qualità di concorrente e dovrebbe essere informato rispetto alle circostanze di fatto e gli assetti di mercato in cui opera. Secondo il giudice di legittimità, la durata quinquennale del termine di prescrizione, valutato unitamente alla mancata sospensione dello stesso nelle more degli accertamenti istruttori da parte dell'autorità antitrust, non contrasta con il principio di effettività, perché trattasi di un termine comunque sufficientemente lungo, combinato a una durata dell'istruttoria molto contenuta, che non rende, quindi, eccessivamente difficile il diritto a proporre un'azione di risarcimento²⁸. Va rilevato come, diversamente

dai giudici portoghesi, le corti italiane non abbiano ritenuto di operare un rinvio pregiudiziale, ma abbiano fatto ampio riferimento alla giurisprudenza Ue.

È, invece, con sentenza del 22 giugno 2022, che la Corte giust. Ue si pronuncia per la prima volta sull'interpretazione delle norme in materia di prescrizione di cui alla Direttiva 104/2014 nell'ambito di un rinvio pregiudiziale proposto da una Corte provinciale spagnola²⁹.

Anche in tale arresto, la Corte interviene preliminarmente sull'ambito di applicazione nel tempo della Direttiva, ricordando la prescritta irretroattività delle norme di natura sostanziale sancita al suo art. 22(1), tra cui, secondo i giudici lussemburghesi, deve annoverarsi l'art. 10 in tema di prescrizione, poiché, a differenza dei termini processuali, esso comporta l'estinzione dell'azione, incidendo "sull'esercizio di un diritto soggettivo di cui il soggetto interessato non può più avvalersi effettivamente in giudizio" e si riferisce, quindi, al diritto sostanziale.

Con un ragionamento alquanto complesso, la Corte ricorda come le norme Ue non possano disciplinare situazioni sorte anteriormente alla loro entrata in vigore, salvo non sia espressamente previsto diversamente, e che, quindi, una Direttiva non può trovare applicazione rispetto a situazioni giuridiche acquisite prima della scadenza del termine di recepimento, salvo gli effetti non perdurino oltre tale termine, circostanza da accertarsi secondo le norme nazionali previgenti³⁰.

²⁹ Volvo DAF Trucks, causa C267/20, ECLI: EU:C:2022:494. In senso conforme, Corte giust. Ue (Grande Sezione), *Heureka Group a.s. contro Google LLC*, C-605/21, 18 aprile 2024, ECLI:EU:C:2024:324.

³⁰ Similmente sull'ambito di applicazione nel tempo della Direttiva, Corte giust. Ue *Deutsche Bank*, ordinanza del 6 marzo 2023, cause riunite C-198/22 e 199/22, ECLI:EU:C:2023:166.

²⁷ Trib. Milano n. 4587/2014 come confermata da Cass. 8276/2019 cit.

²⁸ *Ibidem*.

Rispetto all'azione di risarcimento conseguente a un illecito antitrust prodottosi prima della scadenza del termine di recepimento della Direttiva 104/2014, la Corte ha proceduto ad accertare se tale azione permanesse anche dopo la scadenza del predetto termine. A tal fine, il giudice Ue ha verificato che, ai sensi della normativa nazionale vigente prima della Direttiva, l'azione di risarcimento non fosse prescritta alla scadenza del termine di recepimento di quest'ultima e nel caso di specie ciò non si era ancora prodotto anche al momento del suo effettivo (e tardivo) recepimento.

Seppur presenti passaggi complessi, la pronuncia in questione ha il pregio di individuare con chiarezza il momento da cui far decorrere la prescrizione, avuto riguardo ai fatti specifici in causa³¹, che viene individuato nel giorno della pubblicazione della sintesi della decisione della Comm. nella Gazzetta Ufficiale dell'UE. Tale sintesi, secondo la Corte, è suscettibile di informare sufficientemente la vittima dell'illecito degli elementi indispensabili per promuovere la propria azione per il risarcimento del danno, ossia dell'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza e di un danno, del nesso di causalità tra il danno cagionato e tale violazione e dell'identità dell'autore, considerato che detta sintesi contiene informazioni abbastanza dettagliate sul caso ed è disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione, al contrario del semplice comunicato stampa o di altre notizie che non presentino un altrettanto adeguato grado di dettaglio o non siano tradotte³².

³¹ Trattavasi di un privato che aveva acquistato tre autocarri da una società coinvolta in un cartello sanzionato dalla Comm. Ue.

³² Le pronunce della Corte giust. Ue, sia rispetto ai profili di applicazione *ratione temporis* della Direttiva, che del *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione ai sensi di quest'ultima, sono già ampiamente riprese nella recente giurisprudenza nazionale. V. *ex multis* Trib. Milano n. 4826, 8 maggio

Il quadro delineatosi dimostra l'importanza dell'intervento di armonizzazione Ue, con l'introduzione di regole chiare circa l'individuazione del *dies a quo* per il computo della prescrizione e la sancita sospensione del computo del termine di prescrizione durante gli accertamenti della autorità antitrust. Permangono ancora margini, come emerge dalle prime pronunce giurisprudenziali esaminate, per l'individuazione in concreto del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso di specie.

MARLÈNE MELPIGNANO

Bibliografia

G. Afferni, «Il risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione», in *Danno e resp.* n. 1, 2007, p. 19; G. Afferni, «Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale», in *Le nuove Leggi Civili Commentate*, n. 1, 2018, p. 171; S. Bastianon, «Tutela risarcitoria *antitrust*, nesso causale e danni "lungolatenzi"», in *Corr. giur.* n. 5, 2007, p. 648; G.A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali* Private enforcement of competition law, *Atti del III Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 15-16 aprile 2011*, Padova 2012; A. Bonafine, *La prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da illecito antitrust nel dettato dell'art. 8 d.lgs. n. 3/2017*, Pisa, 2017, p. 92; R. Caiazza, *Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e class action*:

2024, RG n. 33517/2019; Trib. Napoli n. 8411 del 13 settembre 2023, RG n. 28263/2020; Trib. Milano n. 5266 del 22 maggio 2023, RG n. 17940/2019.

una nuova era per il private enforcement in Italia?, Atti del IX Convegno *Antitrust* fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea, Treviso, 20-21 maggio 2010; M. Carpagnano, «*Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*», in *Danno e resp.* n. 1, 2007, p. 34; L. Castelli, *Risarcimento del danno antitrust e prescrizione nelle more di recepimento della Direttiva 104/2014: la Corte di giustizia si pronuncia su un caso portoghese*, in *Corriere giur.* 12/2020, p. 1453; R. Chieppa, *Il ruolo dell'Agcm nel private enforcement e i possibili ambiti di cooperazione con il giudice civile*, Atti del XIII Convegno *Antitrust* fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea, Treviso, 24-25 maggio 2018; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 481; K. Havu, «*Limitation periods in damages claims: notes on a Finnish Supreme Court precedent in the context of the European Landscape*», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, 2016, p. 401; M.R. Maugeri, «*Violazione della disciplina antitrust e la tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*», in *Nuova giurisprudenza civile*, 2008, p. 175;

G. Muscolo, «*La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*», in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2017, p. 391; B. Nascimbene – F. Rossi Dal Pozzo, «*La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività*», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 123; L.F. Pace, «*L'applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'armonizzazione negativa della Corte di giustizia e l'esperienza italiana*», in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2011, p. 483; A. Piletta Massaro, *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*, Torino 2021, p. 98; M. Tavassi, «*Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*», in *L'impatto della nuova Direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, (a cura di) F. Munari E C. Cellerino, Ariccia, 2016, p. 69; M.R. Tufarelli, «*La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, commento alla sentenza della Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475», in *Giust. civ.*, 2003, p. 2144.

IL RIPARTO DELL'ONERE DELLA PROVA AI SENSI DELL'ART. 2 REG. 1/2003 ANCHE CON RIFERIMENTO ALL'ART. 101 § 3 TFUE

Sommario: **I.** La prova dell'illecito antitrust.

Le intese *ex art.* 101 *tfue*. – I.1. La prova degli elementi costitutivi di un'intesa: l'art. 101 § 1 *TFUE*. – I.2 Restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto. Focus sulla nozione di pratica concordata. – I.3. La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 § 3 *TFUE*. – **II.** L'abuso di posizione dominante. – II.1. La bozza di Linee Guida della Commissione europea - Cenni. II.2. L'obiettivo giustificazione.

I. La prova dell'illecito *antitrust*.

Le intese *ex art.* 101 *TFUE*

L'analisi di un qualsiasi comportamento – accordo o pratica concertata – alla luce dell'art. 101 *TFUE* è necessariamente composta da due fasi in cui si deve valutare: (i) se quel dato comportamento ha per oggetto ovvero per effetto (attuale o potenziale) una restrizione della concorrenza; e, in caso di risposta positiva alla prima parte del *test*, (ii) se tale comportamento produce effetti pro-competitivi in grado di bilanciare gli effetti anticompetitivi alla luce delle condizioni previste dall'art. 101 § 3 *TFUE*¹. Solo qualora un comportamento soddisfi la prima parte della valutazione ma non la seconda sarà possibile qualificarlo come un'intesa

¹ Per una completa comprensione delle fattispecie *ex art.* 101 *TFUE* si vedano le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U.U.E. del 21 luglio 2023, C-259, pp. 1-127 e gli Orientamenti sulle restrizioni verticali G.U.U.E. 30 giugno 2022, C-248, pp. 1-85.

restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 *TFUE*². La particolarità della struttura di questa norma è che le due parti del *test* ivi previsto implicano l'assolvimento di due distinti oneri probatori ricadenti su soggetti diversi. L'articolo 2, Reg. 1/2003 prevede al riguardo che «...[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli [101/102 *TFUE*], l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo [101 § 1 *TFUE*], o dell'articolo [102 *TFUE*] incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo [101 § 3 *TFUE*] l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte...». Il principio generale in materia di onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. trova pertanto applicazione anche in relazione alla violazione dei divieti *antitrust*, italiani ed europei, con la conseguenza che spetterà all'Autorità di concorrenza (in un contesto di *public enforcement*) ovvero all'attore (in un giudizio civile, qualora si trattasse di un'azione c.d. *standalone*, ossia non preceduta da un accertamento

² L'art. 1, commi 1 e 2, Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, prevede che «...[g]li accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso [e gli] accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso (...)».

compiuto dall'Autorità di concorrenza, prevendendo di contro il D.Lgs. 3/2017, art. 7, la vincolatività del precedente accertamento dell'Autorità di concorrenza, una volta divenuto definitivo, circa la «...natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale...». (Cfr. cap. II-3, "Il private enforcement dei divieti antitrust") fornire le prove circa l'esistenza di un'intesa anticompetitiva (e quindi dimostrare il soddisfacimento della prima parte del *test ex art.101 § 1 TFUE*), mentre spetterà all'impresa sotto accusa dimostrare che l'intesa produce effetti pro-competitivi (e quindi il soddisfacimento della seconda parte del *test ex art. 101 § 3 TFUE*)³.

I.1. La prova degli elementi
costitutivi di un'intesa:
l'art. 101 § 1 TFUE

Il concetto di "intesa", da un punto di vista letterale, non appartiene al diritto europeo, essendo invece previsto dall'art. 2, comma 1, legge n. 287/1990 quale sintesi delle tre tipologie di comportamenti plurisoggettivi collusivi rilevanti per il diritto della concorrenza nazionale ed europeo. Invero, l'art. 101 TFUE (e il citato art. 2, legge n. 287/1990) prevedono che questi comportamenti possano assumere essenzialmente la forma dell'accordo, quella di pratica concordata ovvero di decisione di un'associazione di imprese, ognuna delle quali è caratterizzata da elementi costitutivi differenti oggetto dell'onere probatorio

³ Da ultima, C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Super League Company, S.L. c. Union of European Football Associations (UEFA) e Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 191; C-472/13 *Lundbeck c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:449, punto 710; Trib. UE, 29 novembre 2012, causa T-491/07, *Groupement des cartes bancaires - "CB" c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:633, punto 74.

di chi intende dimostrare una violazione dell'art. 101 TFUE.

a) *L'accordo*. – La prova circa la conclusione di un accordo esige la dimostrazione della comunanza di intenti tra le parti del medesimo, ovvero l'intenzione reciproca di restringere la concorrenza in un determinato modo attraverso la convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo determinato. La giurisprudenza delle corti europee ha ritenuto che un accordo possa ritenersi concluso quando sussiste una comune volontà sul principio stesso della restrizione della concorrenza, anche se gli elementi specifici della restrizione considerata costituiscono ancora oggetto di trattative⁴. Una volta dimostrata la partecipazione di un'impresa a contatti in relazione ai quali è stata fornita la prova della sussistenza di un accordo, ossia del fatto che almeno altre due imprese hanno raggiunto un consenso su un meccanismo collusivo determinato, la compartecipazione della prima impresa all'illecito è presunta, salvo che quest'ultima sia in grado di dimostrare in maniera obiettiva di essersi "dissociata", ossia di averne preso pubblicamente le distanze, opponendosi al piano collusivo e dichiarando agli altri partecipanti di aver preso parte agli incontri in un'ottica diversa, interrompendo qualsiasi contatto, diretto e indiretto⁵. La

⁴ C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA ed altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529, punto 47; C. giust. UE, 18 novembre 2021, causa C-306/20, *SIA "Visma Enterprise" c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2021:935, punto 94; C. giust. UE, 14 gennaio 2021, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, causa C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, punto 21; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:75, punto 256.

⁵ C. giust. UE, 1° febbraio 2024, causa C-251/22 P, *Scania AB e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:103, punto 99; C. giust. UE, 20 gennaio 2016, *Toshiba Corporation c. Commissione*, ECLI:EU:C:2016:26, punto 61; Trib. UE, 20 dicembre 2023, causa T-113/17, *Crédit agricole SA e Crédit agricole Corporate e Investment Bank c. Commissione*, ECLI:EU:T:2023:847, punto

giurisprudenza delle corti europee appare meno chiara, invece, circa la rilevanza *ex art. 101 § 1 TFUE* di quelle condotte prodromiche al raggiungimento di un vero e proprio accordo, quali ad esempio il tentativo di accordo ovvero le discussioni che inevitabilmente precedono il raggiungimento di un vero e proprio accordo, spesso accompagnate da comportamenti di per sé incompatibili con un atteggiamento collusivo (ad esempio, l'avvio di una guerra di prezzi). La Commissione ha nel tempo cercato di estendere la portata della nozione di "accordo" (essenzialmente, al fine di estendere la durata dell'illecito) fino ad includervi anche le fasi preparatorie basandosi sull'assunto che sia sufficiente la convergenza di intenti sul solo generico interesse di limitare la concorrenza reciproca per integrare un'infrazione *ex art. 101 TFUE* e la giurisprudenza di merito ha, quantomeno in qualche occasione, seguito la Commissione su questa strada⁶. Invero,

223 e causa T-106/17, *JPMorgan Chase & Co. ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2023:832, punto 279; C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:6, punto 81; Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, ECLI:EU:T:1991:75, punto 232. La Corte ritiene necessaria, al fine di confutare tale presunzione, una dissociazione pubblica dall'operato dei partecipanti all'infrazione: C. giust. UE, 16 giugno 2022, *Quanta Storage Inc. c. Commissione*, causa C-699/19 P, ECLI:EU:C:2022:483, punto 125; C. giust. UE, 28 novembre 2019, causa C-596/18 P, *LS Cable & System Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:C:2019:1025, punto 21; C. giust. UE, 12 luglio 2018, causa T-448/14, *Hitachi Metals c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:442, punto 131; C. giust. UE, 21 gennaio 2026, causa C-74/14, *Euras*, ECLI:EU:C:2016:42, punto 28; Trib. UE, 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1999:358, e causa C-49/92 P, *Commissione/Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, punto 96.

⁶ Trib. UE, 12 luglio 2018, causa T-475/14, *Prysmian SpA e Prysmian Cavi e Sistemi Srl c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:448, punto 194; C. giust. UE, 26 gennaio 2017, causa C-609/13 P, *Duravit AG e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:46, punto

la giurisprudenza della suprema corte dell'Unione europea ha sempre richiesto, al fine di dimostrare la sussistenza di un accordo, la prova della comune volontà di due o più imprese di comportarsi sul mercato in un determinato modo⁷, ovvero che vi sia una convergenza espressa o tacita su un meccanismo collusivo non generico o di principio ma determinato e specifico nei suoi tratti essenziali⁸, anche se non delineato in tutti i suoi dettagli ovvero formalizzato. Tuttavia, il generico obiettivo di restringere la concorrenza, senza che vi sia un livello minimo di condivisione almeno su un piano di massima per attuare tale restrizione sul mercato non dovrebbe essere sufficiente per dimostrare la prova di un accordo ai sensi dell'art. 101 TFUE.

b) La pratica concertata. – La *pratica concertata* è l'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può manifestarsi. Essa invero oggi rappresenta la nozione chiave nella c.d. lotta ai cartelli, rappresentando lo strumento con cui, nella larga maggioranza dei casi, la Commissione cerca di dimostrare la sussistenza di fenomeni collusivi orizzontali. La differenza tra le due fattispecie è, pertanto, non di carattere qualitativo – si tratta di due fattispecie che

135; C. giust. UE, 5 dicembre 2013, causa C-455/11 *Solvay Solexis c. Commissione*, EU:C:2013:796, punto 40; Trib. CE, 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB c. Commissione*, ECLI:EU:T:2008:254, punto 178.

⁷ C. giust. UE, 14 gennaio 2021, causa C-450/19, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, ECLI:EU:C:2021:10, punto 21; C. giust. UE, 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:350, punto 32; C. giust. UE, 15 luglio 1970, causa C-41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, ECLI:EU:C:1970:71, punto 112.

⁸ C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA ed altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529, punto 49; Trib. UE, 29 settembre 2021, causa T-344/18, *Rubycon Corp. e Rubycon Holdings Co. Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2021:637, punto 103; Trib. CE, 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer c. Commissione*, ECLI:EU:T:2000:242, punto. 173.

cercano di cogliere il medesimo fenomeno collusivo – bensì nell'intensità della prova che deve essere fornita. La pratica concertata è in buona sostanza un'altra modalità attraverso cui la collusione rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE può essere qualificata sotto il profilo giuridico. Più precisamente, nella nota definizione che la consolidata giurisprudenza ha fornito, la pratica concordata individua una forma di coordinamento tra imprese che, pur non raggiungendo il livello di un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione tra le imprese stesse e, di conseguenza, elimina o riduce la concorrenza sul mercato⁹. La distinzione risiede proprio nella necessità di comprendere nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE forme di coordinamento lesive della concorrenza aventi diverse caratteristiche. Ciò al fine di evitare che il divieto espresso dall'art. 101 TFUE possa essere aggirato mediante l'adozione di mezzi più informali rispetto ad un accordo vero e proprio. Ne consegue che l'unica differenza tra tali modalità di collusione risiede nel diverso onere probatorio che deve essere soddisfatto¹⁰. Gli elementi

costituiti da una pratica concertata *ex art.* 101 TFUE sono i seguenti: (i) l'esistenza di una concertazione tra imprese idonea, in concreto, a ridurre l'incertezza sulla loro condotta commerciale futura; (ii) l'esistenza di un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione; nonché (iii) un nesso causale tra i primi due elementi¹¹. Come vedremo, questi tre elementi si atteggiavano in maniera diversa a seconda che intervengano nell'ambito di una pratica concertata per l'effetto ovvero per l'oggetto.

c) *Le decisioni delle associazioni di imprese.* – Infine, la terza categoria di "intese" rilevanti ai sensi dell'art. 101 TFUE è rappresentata dalle decisioni delle associazioni di imprese (di cui il tipico esempio sono le associazioni di categoria). Si tratta della categoria giuridicamente più semplice e, relativamente alle altre due, di minor rilievo pratico. In relazione a questa fattispecie, la casistica che si è venuta a formare sul punto è chiara nell'indicare che nessuna particola-

⁹ Trib. UE, 2 febbraio 2022, causa T-799/17, *Scania AB ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:48, punto 267; Trib. UE, 5 ottobre 2020, causa T-249/17, *Casino, Guichard-Perrachon e Achats Marchandises Casino SAS (AMC), già EMC Distribution c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:458, punto 225 e punto 257; C. giust. UE, 22 ottobre 2015, causa C-194/14, *AC-Treubhand c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:717, punto 29; C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:343, punto 26.

¹⁰ A conferma della sostanziale equivalenza tra le due forme di collusione, la casistica della Commissione, come confermata dalla giurisprudenza, pur riconoscendo la differenza concettuale tra accordo e pratica concordata (si veda ad esempio Commissione UE, 23 aprile 1986, *Polipropilene*, IV/31.149, G.U.U.E. No. L 230/1 del 18 agosto 1986) ha sviluppato il concetto di infrazione unica e continuata e l'utilizzo della formulazione "accordo e/o pratica concordata" stante la difficoltà, nella pratica, di individuare una linea di demarcazione netta tra le due nozioni nell'ambito di comportamenti

collusivi complessi e articolati nel tempo, così da poter sanzionare forme di collusione che potrebbero racchiudere sia gli elementi di un accordo, sia di una pratica concordata (la Commissione ha adottato tale "doppia" qualificazione ad esempio nei casi *Pre-Insulated Pipe cartel*, 21 ottobre 1998, AT.35691 e *Canned vegetables*, 19 novembre 2021, AT.40127). Naturalmente, tale nozione non esime la Commissione dalla necessità di provare che ciascuna tipologia di condotta collusiva rientra nella fattispecie *ex art.* 101 TFUE (v. Trib. UE, 30 novembre 2011, causa T-208/06, *Quinn c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:701, punto 41; Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding c. Commissione*, ECLI:EU:T:2002:70, punto 191) e che, quantomeno nel momento iniziale e in quello finale, la condotta infrattiva si qualificava per essere un accordo ovvero una pratica concertata.

¹¹ C. giust. UE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Anic partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, punto 118; C. giust. 28 novembre 2019, causa C-593/18 P *ABB Ltd c. Commission E*, ECLI:EU:C:2019:1027, punti 97-101; C. giust. UE, 14 marzo 2013, causa T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:129, punti 298-300.

re formalità nella formazione della volontà dell'ente esponenziale è richiesta per la sua prova, essendo sufficiente che quest'ultima sia manifestata, ad esempio, anche mediante raccomandazioni (anche non vincolanti nei confronti dei membri o non approvate all'unanimità dagli stessi), regolamenti, codici di condotta, comunicati stampa ovvero circolari¹².

d) Gli elementi di prova. – Per quanto riguarda in generale la qualità e consistenza degli elementi probatori per corroborare l'accertamento di una violazione della concorrenza, la giurisprudenza richiede che si può procedere in questo senso, oltre che con prove dirette dei fatti rilevanti, anche con prove indirette (indiziarie), a condizione che queste ultime siano gravi, precise e concordanti tra loro¹³.

¹² A titolo esemplificativo, le recenti decisioni concernenti le regole adottate da associazioni sportive: C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011; C. giust. UE 21 dicembre 2023, causa C-124/21 *International Skating Union c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:1012; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010. Si veda anche: Trib. CE, 15 settembre 2005, causa T-325-1, *DaimlerChrysler AG c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-3319, punto 210; Trib. CE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-209, punto 75; C. giust. UE, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*, in *Racc.* 2002, p. I-1577, punto 64; Trib. CE, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-3541. Con riferimento alla possibilità che le decisioni di associazioni di imprese possano assumere anche la forma di comunicati stampa. V. la decisione del 25 febbraio 2009 adottata dall'AGCM con il provvedimento n. 19562, caso *Listino prezzi della pasta*, pubblicata sul Boll. n. 8/2009.

¹³ Trib. UE, 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:910, punto 131; Trib. UE, 15 luglio 2015, causa T-423/10, *Redaelli Tecnica c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:511, punto 178 e ss.; Trib. UE, 17 maggio 2013, cause

In considerazione della complessità delle infrazioni *antitrust* e del loro essere tipicamente articolate nel tempo, non tutti gli elementi devono necessariamente rispondere a tali criteri con riferimento ad ogni elemento dell'infrazione. È, infatti, sufficiente che il complesso degli indizi invocato, globalmente valutato, soddisfi tali requisiti¹⁴. Essi da un lato devono essere quindi considerati nel loro insieme e non atomisticamente; dall'altro, non tutte le fasi di cui inevitabilmente si compone un illecito continuato quale è una intesa in violazione dell'art. 101 TFUE richiedono la stessa intensità probatoria¹⁵.

La confessione fa piena prova dei fatti ammessi nei confronti di chi vi ha proceduto. Dichiarazioni confessorie hanno trovato ampia adozione nell'ambito dei programmi di clemenza che la Commissione ha sviluppato negli ultimi 15 anni (anche se negli ultimi anni si è assistito ad un calo nel numero di domande di immunità nel contesto di programmi di clemenza della Commissione, verosimilmente anche in

T-147/09 e T-148/09, *Trelleborg Industrie e Trelleborg/Commissione*, ECLI:EU:T:2013:259, punto 50, C. giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:6, punto 78.

¹⁴ C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 273; Trib. UE, 2 febbraio 2022, causa T-799/17, *Scania AB ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:48, punto 198; Trib. UE, 16 giugno 2015, causa T-655/11, *FSL Holdings ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:383, punto 177.

¹⁵ Trib. UE, 28 marzo 2019, causa T-433/16, *Pometon SpA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:201, punto 112; C. giust. UE, 26 settembre 2018, causa C-98/17 P, *Koninklijke Philips NV e Philips France c. Commissione*, ECLI:EU:C:2018:774, punto 59; C. giust. UE, 26 gennaio 2017, causa C-625/13 P, *Villeroy & Boch c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:52, punto 111; Trib. CE, 27 settembre 2006, cause riunite T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP e T-60/02 OP, *Dresdner Bank AG e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:271, punti 59-67.

potenziale risposta al contestuale aumento del numero di azioni di risarcimento danni in sede civile – Cfr. ad esempio OCSE, *The future of leniency programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels – Background Note*, 2023). Al riguardo, si rileva che tali dichiarazioni fanno prova anche nei confronti delle altre imprese coinvolte se viene fornito almeno un altro elemento di prova (ad esempio, documenti o altre evidenze che supportino la confessione mentre è più dubbio se possano essere sufficienti dichiarazioni confessorie concordanti di altri soggetti) che possa corroborarne il contenuto.

I.2. Restrizioni per oggetto
e restrizioni per effetto.
Focus sulla nozione di pratica
concordata

a. *Le restrizioni per oggetto e per effetto.*
– Una volta dimostrata l'esistenza di un'intesa, nelle diverse forme che questa può assumere, al fine di provare la violazione dell'art. 101 TFUE deve essere dimostrato che quella stessa intesa ha per oggetto o per effetto di restringere il gioco della concorrenza. Si tratta, come è noto, di requisiti alternativi¹⁶ e pertanto una volta dimostrato che un'intesa ha un oggetto anticoncorrenziale non sarà necessario procedere ad un'analisi dei suoi effetti¹⁷ per dimostrare

la sua esistenza¹⁸. In sede di public enforcement, una volta provato l'oggetto restrittivo, gli effetti, infatti, assumono rilevanza solo al fine di determinare la gravità della condotta e, quindi, sono idonei ad influire sulla determinazione della sanzione. La distinzione tra restrizione per l'oggetto e restrizione per l'effetto produce, pertanto, immediate conseguenze sull'onere probatorio che deve essere assolto. Per questo motivo, le Corti europee sin dalle prime applicazioni del diritto della concorrenza hanno cercato di tracciare i confini distintivi tra i due concetti, ma il tema rimane tutt'oggi oggetto di dibattito¹⁹. Con riferimento alle

ECLI:EU:C:2024:638, punto 42; C. giust. UE 21 dicembre 2023, causa C-124/21 *International Skating Union c. Commission*, ECLI:EU:C:2023:1012, punto 99; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company*, ECLI:EU:C:2023:1011 punto 159; C. giust. UE 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010, punto 86; Trib. UE, 28 giugno 2016, causa T-216/13, *Telefónica, SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:369, punto 229; Trib. UE, 28 giugno 2016, causa T-208/13, *Portugal Telecom SGPS, SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:368, punto 190; Trib. UE, 16 giugno 2015, causa T-655/11, *FSL Holdings e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:383, punto 471.

¹⁸ Naturalmente, la valutazione circa gli effetti di una intesa è rilevante ai fini della determinazione della gravità dell'infrazione nell'ambito della quantificazione dell'eventuale sanzione. Si rileva inoltre, come meglio spiegato nel prosieguo, che la valutazione degli effetti gioca anche un ruolo cruciale nell'ambito della prova contraria la quale, per giurisprudenza costante, può essere fornita nell'ambito delle pratiche concertate per l'oggetto.

¹⁹ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 43; Trib. UE, 2 febbraio 2022, causa T-799/17, *Scania AB e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2022:48, punto 309 e ss.; C. giust. UE, 2 aprile 2020, causa C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e Altri*, ECLI:EU:C:2020:265, punto 11 e punti 17 e ss.; C. giust. UE, 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2204, punto 58; C. giust. UE, 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia c. Autorité*

¹⁶ C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA ed altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529, punto 31; C. giust. UE, 18 novembre 2021, causa C-306/20, *SLA „Visma Enterprise” c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2021:935, punti 54 e 55; C. giust. UE, 20 gennaio 2016, causa C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Commissione*, ECLI:EU:C:2016:26, punto 25; C. giust. UE, 26 novembre 2015, causa C-345/14, *SLA „Maxima Latvija” c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784, punto 16.

¹⁷ Il punto è stato ripetutamente affermato dalle Corti europee. Si vedano, in ultimo: C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*,

restrizioni per oggetto, ovvero quelle condotte che *per loro natura obiettiva* restringono la concorrenza, la giurisprudenza più risalente ha spesso fatto riferimento, in maniera non sistematica, alla mera “idoneità” dell’intesa a restringere la concorrenza. L’idoneità di una intesa a determinare effetti anticoncorrenziali sarebbe quindi sufficiente per qualificarla quale restrizione per l’oggetto prescindendo da un’analisi dei suoi effetti (concreti o anche potenziali)²⁰. Trattavasi di una impostazione suscettibile di dare adito ad interpretazioni eccessivamente “estensive” delle condotte suscumbibili entro la categoria delle restrizioni per oggetto, da cui la percepita esigenza da parte delle Corti europee di precisare la necessità di interpretare in senso “restrittivo” tale nozione, sì che includa esclusivamente quelle tipologie di coordinamento che presentano in sé un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario²¹. Non esiste un elenco esaustivo di condotte suscumbibili nella categoria delle restrizioni “per oggetto” e, in ultima istanza, è determinante il ruolo delle Corti europee nel chiarire quali condotte possano rientrare in tale definizione (è stato recentemente chiarito tuttavia che l’assenza di precedenti che qua-

lificano una condotta come restrizione “per oggetto” non impedisce una simile qualificazione in futuro)²². Per restrizione per oggetto normalmente ci si riferisce alle c.d. *hard core restrictions*, ossia quelle restrizioni che, per *tabulas*, rappresentano le più gravi violazioni dell’art. 101 TFUE: queste includono sicuramente le intese di prezzo, l’allocazione della clientela, la ripartizione dei mercati e la limitazione della produzione (sotto il profilo orizzontale) oltre, come confermato più recentemente, agli accordi di c.d. “*pay for delay*”²³, nonché la fissazione dei prezzi di rivendita (RPM – anche se è stato chiarito che un accordo di RPM comporta una restrizione della concorrenza per oggetto solo se rivela un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, tenuto conto del tenore delle sue disposizioni, degli obiettivi che esso mira a raggiungere nonché dell’insieme degli elementi che caratterizzano il contesto economico e giuridico nel quale esso si inserisce²⁴) e le clausole di protezione territoriale assoluta (sotto il profilo verticale). Si noti, la categoria delle restrizioni per l’oggetto non è limitata alle sole restrizioni *hard core* anche se, all’atto pratico, queste ne riflettono i casi largamente prevalenti. Il criterio giuridico essenziale per valutare se si è in presenza di una restrizione per l’oggetto è dunque determinare se un accordo, sia esso orizzontale o verticale, presenta di per sé (ossia per sua stessa natura) un

de la concurrence e altri, ECLI:EU:C:2012:795, punto 37; Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, ECLI:EU: T:2006:265, punto 111.

²⁰ C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343, punto 31.

²¹ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrência*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 43; C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA ed altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529, punto 32; C. giust. UE, 2 aprile 2020, causa C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e Altri*, ECLI:EU:C:2020:265, punto 54; C. giust. UE, 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2204, punto 25 e punto 58.

²² C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrência*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 41; C. giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-588/16 P, *Generics (UK) Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:242, punto 79.

²³ C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 351; C. giust. UE, 25 marzo 2021, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:243, punto 101.

²⁴ C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA ed altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:529, punto 35.

grado sufficiente di dannosità per la concorrenza. A tal fine, è sempre necessario valutare: (i) il contenuto delle previsioni dell'intesa, (ii) gli obiettivi perseguiti dalle parti e (iii) il contesto economico e giuridico di cui la restrizione fa parte, il tutto nell'ambito di un'analisi c.d. "controfattuale"²⁵. Più specificatamente, è stato chiarito che occorre verificare se i termini dell'accordo/pratica concordata siano tali da portare a condizioni di concorrenza che non corrispondono alle normali condizioni del mercato²⁶. Inoltre, per quanto riguarda il contesto economico e giuridico in cui si inseriscono l'accordo/pratica concordata, è stato chiarito che l'analisi non deve essere estesa tanto da implicare in alcun modo l'esame, né tanto meno la dimostrazione, degli effetti sulla concorrenza²⁷, circostanza che priverebbe di qualsiasi valore la distinzione in parola. Inoltre, la giurisprudenza richiede che sia dato rilievo alle condizioni *reali*, alla struttura ed al funzionamento dei mercati in rilievo, sì che – ai fini dell'analisi del contesto in cui si colloca la condotta in questione – occorre verificare che nessuna circostanza partico-

lare che riguarda l'accordo, la decisione o la pratica concordata di cui trattasi sia tale da rimettere in discussione la presunzione di nocività nei confronti della concorrenza connessa alla forma di coordinamento in questione²⁸. Per poter compiere tale analisi occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'intesa²⁹. Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non è un elemento determinante a tali fini, dello stesso se ne può tuttavia tenere conto³⁰. Replicando nella sostanza, seppur con qualche differenza nell'applicazione concreta, le motivazioni alla base della suddivisione esistente nel diritto statunitense tra pratiche restrittive "*per se*" e quelle invece soggette alla c.d. "*rule of reason*" (analisi degli effetti),

²⁵ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 48.

²⁹ C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 339; C. giust. UE, 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *MasterCard Inc. ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2201, punto 161; C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, ECLI:EU:C:2006:734, punto 49; C. giust. UE, 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 GmbH & Co. OHG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:116, punti 66-69 e 116. Si noti anche che nel caso C. giust. UE, 25 marzo 2021, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:243, punto 140, il Tribunale aveva contraddetto questo consolidato orientamento escludendo che l'esame controfattuale fosse necessario nell'ambito di un'analisi basata sull'esistenza di una restrizione della concorrenza per oggetto; tuttavia ove l'analisi controfattuale fosse sufficiente a contraddire la qualificazione della violazione come "per oggetto", la posizione in discorso risulterebbe, a detta di alcuni, inappropriata. (P. Alexiadis, P. Figueroa, "*Mixed messages in the 'by Object' vs 'by Effects' Saga: the Enigma of Lundbeck*", in *Competition Policy International*, Feb 2018). Si veda G.I. Zampa, A. Di Giò, "*The conundrum of restrictions 'by object': rationale, scope, impact and a proposal*", *Italian Antitrust Review*, Vol 2, No. 3 (2015).

³⁰ Comunicazione della Commissione relativa a linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale Testo rilevante ai fini del SEE, G.U.U.E. C 21/07/2023, n. 259, p. 1-125, §§ da 22 a 29.

²⁵ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 44; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 165; C. giust. UE 21 dicembre 2023, causa C-124/21 *International Skating Union c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:1012, punto 105; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010, punto 92.

²⁶ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 45.

²⁷ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrenca*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 46; C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 243.

la *ratio* della distinzione tra pratiche restrittive per l'oggetto e pratiche restrittive per l'effetto ai sensi dell'art. 101 TFUE risiede a nostro avviso nel grado di probabilità che la pratica in questione possa effettivamente determinare effetti anticoncorrenziali. Una pratica con oggetto restrittivo, dunque, avrebbe associato un elevato grado di probabilità che la stessa possa determinare effetti restrittivi, tanto elevato che il legislatore europeo ha ritenuto sufficiente la prova – in sede di *public enforcement* – del suo oggetto per sanzionarla (in ottica di certezza giuridica e agevolazione delle risorse amministrative da impiegare per lo svolgimento delle indagini)³¹. L'esempio paradigmatico sono i cartelli di prezzo ai quali sono normal-

mente associati effetti negativi, sia in termini allocativi, sia redistributivi. Più che di mera idoneità, pertanto, l'elemento distintivo dovrebbe invero essere rintracciato nell'elevato grado di probabilità che, *in concreto*³², tenendo sempre presente il contesto economico e giuridico in rilievo, una determinata intesa produca effetti anticoncorrenziali³³. In buona sostanza, scatterà la presunzione (assoluta) di restrizione per l'oggetto tutte le volte in cui si è in presenza di un'intesa che, per la sua natura, caratteristiche specifiche e per l'ambito in cui viene posta in essere, reca di *per se* una elevata probabilità di determinare effetti restrittivi. Questo è, come detto, il caso per quelle intese orizzontali c.d. *hard core* quali i cartelli di prezzo, di allocazione dei mercati e della clientela, *etc.*, le quali, si badi bene, sono un sottoinsieme della più ampia categoria delle intese restrittive per l'oggetto. Fuori dai casi di restrizioni per l'oggetto, affinché un'intesa possa essere considerata anti-competitiva dovrà essere fornita la prova che dalla medesima siano derivati ovvero possano derivare effetti anticompetitivi³⁴. La prova dunque può riguardare non solo gli effetti attuali, e quindi già verificatesi, ma

³¹ Ciò è ben chiarito al § 21 della Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in G.U.U.E. C-101 del 27.4.2004 p. 97-118, laddove è chiarito che «...[l]e restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione...», nonché nelle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U.U.E. C 21/07/2023, n. 259, p. 1-125, laddove è chiarito che «... Talune forme di cooperazione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. In tali casi, non è necessario valutare gli effetti reali o potenziali di un comportamento sul mercato una volta stabilito il suo oggetto anticoncorrenziale...».

³² C. giust. UE, 18 novembre 2021, causa C-306/20, SIA „Visma Enterprise” c. Konkurencas pado-me, ECLI:EU:C:2021:935, punto 58; Trib. UE, 12 dicembre 2018, causa T-691/14, Servier SAS e altri c. European Commission, ECLI:EU:T:2018:922, punto 223; C. giust. UE, 14 marzo 2013, causa C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. E altri c. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160, punto 38.

³³ Una formulazione in questo senso sembra scaturire dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, T-Mobile, ECLI:EU:C:2009:343, punto 31), la quale ha indicato che l'essenza delle restrizioni per oggetto debba essere rappresentata dalla loro “idoneità in concreto” di restringere la concorrenza. La Corte di giustizia ha già ripreso la medesima formulazione in C-32/11 e da ultimo in C-306/20, cit.

³⁴ C. giust. UE, 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, MasterCard Inc. e Altri c. Commissione, ECLI:EU:C:2014:2201, punto 129.

anche gli effetti meramente potenziali³⁵ e, pertanto, l'illiceità di una intesa può invece derivare anche solo dimostrando la probabile verifica di effetti restrittivi nel caso specifico. Tuttavia, la qualificazione come restrizione della concorrenza per effetto dovrebbe essere riservata agli accordi che presentano non già una mera correlazione con un deterioramento della situazione concorrenziale di detto mercato, bensì a quelli che sono la causa di tale deterioramento. La Corte di giustizia ha chiarito che la valutazione degli effetti comporta la necessità di considerare la situazione concreta in cui un accordo si inquadra, in particolare il contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione. Ne consegue che lo scenario controfattuale, previsto a partire dalla mancanza di detto accordo, deve essere realistico e verosimile, vale a dire credibile³⁶.

³⁵ C. giust. UE, 5 dicembre 2024, causa C-606/23, *AS 'Tallinna Kaubamaja Grupp', AS 'KIA Auto' c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2024:1004, punti 32-37; C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 243; C. giust. 26 novembre 2015, causa C-345/14, *SIA «Maxima Latvija» c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784, punto 30 e ss.; C. giust. UE, 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2013:127, punto 71; C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, punto 50.

³⁶ C. giust. UE, 5 dicembre 2024, causa C-606/23, *AS 'Tallinna Kaubamaja Grupp', AS 'KIA Auto' c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2024:1004, punto 30; C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-176/19 P, *Commissione c. Servier SAS e altri*, ECLI:EU:C:2024:549, punto 100; C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) Ltd e altri c. Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52, punto 36; C. giust. 26 novem-

b. Focus sulla nozione di pratica concordata. – Con specifico riferimento alle pratiche concertate – come verrà illustrato in seguito – la distinzione tra restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto assume particolare rilevanza. Nel fornire la prova di una pratica concordata per l'oggetto, è necessario dimostrare che le imprese hanno partecipato ad una concertazione avente ad oggetto lo scambio di informazioni commercialmente sensibili e che le stesse sono rimaste attive sul mercato. Una volta fornita questa prova, la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia ritiene che sia possibile presumere che tali imprese non abbiano non potuto tenere conto della concertazione nel determinare il proprio comportamento sul mercato³⁷. La medesima giurisprudenza fa salva la possibilità di fornire la prova contraria da parte dell'impresa volta a dimostrare di non aver tenuto conto dei contatti intercorsi con i concorrenti nel determinare la propria condotta sul mercato. Si tratta, pertanto, tecnicamente di una presunzione semplice (*iuris tantum*) e la cui funzione è semplicemente di invertire l'onere probatorio. Più specificatamente, nel considerare se uno scambio di informazioni possa costituire *di per sé* (ossia non essendo parte di un più ampio accordo collusivo) una restrizione della concorrenza "per oggetto", la Corte di giustizia ha recentemente chiarito che l'analisi deve verificare se uno scambio di informazioni ha caratteristiche tali da assimilarsi a forme di coordinazione che

bre 2015, causa C-345/14, *SIA «Maxima Latvija» c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784, punto 27; C. giust. UE, 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, ECLI:EU:C:1991:91, punto 21.

³⁷ C. giust. UE, 1° febbraio 2024, causa C-251/22 P, *Scania AB e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:103, punto 100; Trib. UE, 24 settembre 2019, causa T-105/17, *HSBC Holdings plc e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:675, punto 67; C. giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*, cit. punti 51-53.

creano condizioni che non corrispondono alle normali dinamiche concorrenziali avendo riguardo al suo contenuto e alla natura del prodotto/servizio in questione e della struttura/funzionamento del mercato in rilievo. In particolare, potrà costituire una restrizione “per oggetto” qualora il contenuto riguardi informazioni tali che, nel contesto in cui avviene tale scambio, non possono che indurre i partecipanti (operatori economicamente razionali) a seguire tacitamente una stessa linea di condotta circa uno dei parametri in base ai quali si stabilisce la concorrenza sul mercato, essendo sufficiente che lo scambio rimuova l'incertezza rispetto alla condotta futura dei propri concorrenti e/o le condizioni/funzionamento del mercato (il che generalmente avviene quando l'informazione è confidenziale e strategica nel contesto di riferimento)³⁸. La casistica della Commissione europea e la successiva giurisprudenza delle Corti europee hanno sino ad ora applicato tale presunzione come fosse una presunzione (di fatto) assoluta, non ritenendo sostanzialmente mai soddisfatta la dimostrazione della prova contraria, attraverso la richiesta di una *probatio diabólica*. Ciò che dovrebbe essere richiesto all'impresa che vuole ribaltare la presunzione è la dimostrazione che i contatti intercorsi con i concorrenti (*i.e.* la concertazione) non hanno in alcun modo ridotto l'incertezza sulla condotta futura dei propri concorrenti e/o le condizioni/funzionamento del mercato, dunque non hanno influito sul suo comportamento sul mercato. In altre parole, per superare la presunzione *iuris tantum*, dovrebbe essere sufficiente prendere in considerazione il comportamento sul mercato delle imprese coinvolte e valutare se questo sia compa-

tibile con la concertazione nello specifico contesto di riferimento. Qualora l'impresa riesca a dimostrare che la concertazione non ha influito sul suo comportamento in quanto il comportamento è oggettivamente incompatibile ovvero trova la sua oggettiva spiegazione in altre ragioni, la presunzione semplice dovrebbe ritenersi confutata³⁹. Diversa è invece la prova richiesta in relazione alle pratiche concordate per l'effetto. Invero, si ricorre a tale fattispecie proprio laddove non sia possibile fornire la prova della concertazione (ovvero possano essere al più provati contatti ma non che nell'ambito degli stessi vi siano stati comportamenti collusivi quali lo scambio di informazioni sensibili) ma, diversamente dall'ipotesi precedente, sia possibile osservare comportamenti anomali sul mercato da parte di imprese che risultino *prima facie* difficilmente compatibili con una condotta concorrenziale in quanto paralleli o apparentemente coordinati. La giurisprudenza UE prevede che qualora non sia possibile fornire la prova di contatti «...[i]l *parallelismo di comportamenti* [possa] essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile...»⁴⁰. Tuttavia, una volta provata l'esistenza di contatti, i comportamenti paralleli e/o coordinati osservati sul

³⁹ La giurisprudenza non ha ritenuto che tale *standard* fosse sufficiente: Trib. UE, 14 marzo 2013, causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:130, punto 543; Trib. CE, 16 giugno 2011, causa T-195/06, *Solvay Solexis c. Commissione*, cit., punti 117-118; Trib. UE, 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB plc c. Commissione*, ECLI:EU:T:2008:254, punto 189.

⁴⁰ Trib. UE, 5 ottobre 2020, causa T-249/17, *Casino, Guichard-Perrachon e Achats Marchandises Casino SAS (AMC), già EMC Distribution c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:458, punto 228; C. giust. UE, 22 novembre 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:738, punto 74; Trib. UE, 8 luglio 2008, causa T-53/03, *BPB plc c. Commissione*, ECLI:EU:T:2008:254, punto 143.

³⁸ C. giust. UE, 29 luglio 2024, causa C-298/22 *Banco BPN/BIC Portugues SA c. Autoridade de la Concorrença*, ECLI:EU:C:2024:638, punto 62; C. giust. UE, causa C-883/19 P, *HSBC Holdings plc e Altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:11, punto 116.

mercato si considerano, anche qui con una presunzione semplice, causalmente imputabili alla collusione. In tale evenienza, spetterà alle imprese fornire la prova contraria, come detto sempre ammessa, al fine di dimostrare che tali comportamenti sul mercato hanno una diversa origine ovvero siano spiegabili altrimenti (ad esempio, per dinamiche oligopolistiche derivanti dalla struttura concentrata del mercato rilevante)⁴¹.

I.3. La prova degli effetti pro-competitivi: l'art. 101 §3 TFUE

L'accertamento circa l'esistenza di un'intesa restrittiva non si conclude necessariamente con la dimostrazione della sussistenza di un oggetto ovvero di effetti anticompetitivi ma può richiedere altresì la valutazione degli eventuali effetti pro-competitivi generati dall'intesa stessa alla luce dell'art. 101 § 3 TFUE⁴². L'art. 101 § 1 TFUE è, infatti, inapplicabile qualora le condizioni previste dal terzo paragrafo dello stesso articolo siano soddisfatte, ossia siano tali da almeno compensare gli effetti restrittivi associati all'intesa ai sensi del primo comma del medesimo articolo⁴³. Dal punto di vista

della struttura della norma, ciò vale sia per le intese restrittive per l'oggetto, sia per le intese restrittive per l'effetto. Se entrambe le tipologie di intese possono, in astratto, dar luogo a guadagni di efficienza ex art. 101 § 3 TFUE, l'applicazione di tale eccezione appare tuttavia più complessa in relazione a restrizioni per l'oggetto⁴⁴. Come chiarito in precedenza, poiché nell'ambito di queste sono ricomprese le intese che, per loro natura e caratteristiche specifiche, si presume sia maggiormente probabile che producano effetti anticompetitivi, è evidente che la dimostrazione che questi effetti anticoncorrenziali sono più che compensati dai guadagni di efficienza che l'intesa può generare risulta più "ardua". Se da un punto di vista economico, l'analisi degli effetti positivi e negativi di una intesa non può essere disgiunta in due momenti differenti, entrambi "collassandosi" nell'ambito della medesima valutazione⁴⁵, dal punto di vista giuri-

Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA), ECLI:EU:C:2023:1011, punti 192, 196 e 233; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010, punti 121 e da 129 a 131; C. giust. UE, 7 febbraio 2013, causa C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 35; C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, ECLI:EU:C:1966:41, punto 575.

⁴⁴ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 194; Trib. CE, 15 luglio 1993, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-00595, punto 85 e C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit.

⁴⁵ Una separazione netta delle due fasi appare artificiosa, e potrebbe costituire un limite nell'applicazione dell'art. 101 TFUE. A favore dell'indivisibilità del primo e terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE: C. giust. UE, 14 dicembre 1977, causa 59/77, *Établissements A. De Bloos SPRL c. société en commandite par actions Bouyer*, in *Racc.* 1977, p. 2359, punto 11; C. giust. UE,

⁴¹ C. giust. UE, 16 luglio 2015, causa C-172/14, *ING Pensii, Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA c. Consiliul Concurenței*, ECLI:EU:C:2015:484, punto 30; Trib. UE, 14 marzo 2013, causa T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:129, punto 304; Trib. UE, 14 marzo 2013, causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG c. Commissione*, punto 68.

⁴² Per una completa disamina dell'art. 101.3 TFUE, e della giurisprudenza ad esso relativa, nonché del ruolo che l'analisi economica svolge nell'analisi delle efficienze si veda la Comunicazione della Commissione relativa a Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U. del 21 luglio 2023, C-259, p.425 e ss.

⁴³ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c.*

dico, l'art. 101 TFUE contempla due momenti distinti: da un lato, l'analisi degli aspetti anti-competitivi (inefficienza allocativa); dall'altro, l'analisi degli effetti pro-competitivi (efficienza produttiva)⁴⁶. Tale distinzione produce immediate conseguenze giuridiche nella diversa ripartizione del relativo onere probatorio. Tuttavia, una sintesi tra effetti anticompetitivi e pro-competitivi connessi ad un'intesa è comunque inevitabile, essendo necessario fare un vero e proprio bilanciamento che tenga conto delle implicazioni complessive che discenderebbero dall'intesa, positive e negative. Questa valutazione sembra avvicinarsi a quanto richiesto dalla giurisprudenza la quale, sin dalle sue prime applicazioni, ha sottolineato la necessità di analizzare un'intesa nell'ambito del suo contesto di riferimento⁴⁷, e quindi di effettuare un'analisi di tipo economico (v. *supra*)⁴⁸. La distinzione tra i due paragrafi

dell'art. 101 TFUE risulta, quindi, all'atto pratico più sfumata di quanto si potrebbe pensare. Con riferimento all'onere della prova, incombe all'impresa che chiede l'applicazione dell'art. 101 § 3 TFUE l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte (v. l'art. 2, Reg. 1/2003 citato *supra*)⁴⁹. L'impresa che intende avvalersi dell'art. 101 § 3 TFUE deve quindi dimostrare, con argomenti ed elementi di prova convincenti, che tutte le quattro condizioni previste da tale disposizione sono cumulativamente soddisfatte⁵⁰. Così come

giust. UE, 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. I-5641, punti 31-35; C. giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia c. Commissione*, in *Racc.* 1986, p. 353; C. giust. UE, 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1982, p. 3381; C. giust. UE, 8 giugno 1982, causa 258/78, *Nungesser e Eisele c. Commissione*, in *Racc.* 1982, p. 2015; C. giust. UE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société technique minière c. Commissione*, cit.

6 aprile 1962, causa 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitendbogerd c. la società di diritto tedesco Robert Bosch GmbH*, in *Racc.* 1963, p. 89.

⁴⁶ Trib. CE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-2459 punto 74.

⁴⁷ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010, punto 92; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 165; C. giust. UE, 12 gennaio 2023, causa C-883/19 P, *HSBC Holdings plc ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:11, punto 107; C. giust. UE, 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.* 1991, p. I-935, punto 23.

⁴⁸ Trib. UE, 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard*, pubblicata in Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 80; Trib. CE, 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:116, punto 66; Trib. UE, 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, ECLI:EU:T:2001:215, punto 76; C.

⁴⁹ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 191; Trib. UE, 18 ottobre 2023, causa T-74/21, *Teva Pharmaceutical Industries Ltd e Cephalon Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2023:651, punto 265; C. giust. UE, 7 febbraio 2013, causa C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 32.

⁵⁰ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-680/21, *UL e SA Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, ECLI:EU:C:2023:1010, punto 120; Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *EuroCommerce* e COMP/38.580 - *Commercial cards*, in G.U.U.E. C-264, 6 novembre, 2009, p. 8, punti 680-690; Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-168/2001, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-2969, p. 57, punto 235 (confermata sul punto da C. giust. UE, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, 6 ottobre 2009, in *Racc.* 2009, p. I-9291). La Corte ha annullato una decisione con cui la Commissione stabiliva che un accordo rispettasse i requisiti dell'articolo 101 § 3, poiché la Commissione non aveva dimostrato che le restrizioni fossero indispensabili (Trib. UE, 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, in *Racc.* 1996 p. II-649).

già ricordato, l'autorità che intende contestare tali argomenti ed elementi di prova deve fornire una spiegazione o giustificazione a fondamento del loro rigetto, in mancanza della quale si deve ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto e che, quindi, le condizioni previste dall'art. 101 § 3 TFUE trovino applicazione⁵¹. Si tratta di condizioni cumulative, due di carattere positivo e due negativo. Il terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE richiede, in particolare, che l'intesa (i) contribuisca a migliorare la produzione e distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico (efficienze produttive/distributive); (ii) riservi una parte dei benefici ottenuti ai consumatori (c.d. *passing-on*); (iii) non imponga delle restrizioni non strettamente necessarie/indispensabili per raggiungere tali obiettivi (proporzionalità/indispensabilità); e (iv) non dia alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione (non eliminazione della concorrenza). Si tratta, quindi, di una valutazione delle efficienze che un'intesa restrittiva può essere idonea a generare e la probabilità che le stesse si materializzino, del fatto che sia necessario che una parte equa di queste vada a diretto beneficio dei clienti nonché, infine, che il carattere restrittivo di tale intesa sia strettamente necessario per l'ottenimento delle efficienze e che permanga un sufficiente grado di confronto concorrenziale. Con riferimento alla prima condizione, la giurisprudenza ha chiarito che possono essere presi in considerazione solo i benefici oggettivi derivanti dall'intesa e che

deve essere poi valutata l'importanza economica degli incrementi di efficienza così prodotti⁵². Sostanzialmente, l'impresa che volesse sostenere che la prima condizione prevista dall'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta dovrebbe dimostrare che si tratta di un incremento di efficienza obiettivo e che esiste un legame causale diretto sufficiente tra l'accordo restrittivo e gli incrementi di efficienza⁵³. Inoltre, deve fornire

⁵² Lo storico caso C. giust. UE, 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, cit. dove si legge che «...[l']esistenza di un miglioramento della produzione e della distribuzione dei prodotti di cui trattasi, prescritta per la concessione dell'esenzione dev'essere valutata alla luce dell'articolo 85. In primo luogo, il miglioramento non può consistere nei vantaggi che i contraenti traggono dall'accordo per quanto riguarda la loro attività di produzione o di distribuzione, vantaggi che sarebbero incontestabili e che farebbero apparire l'accordo come indispensabile in ogni suo elemento al miglioramento in tal modo inteso. Un siffatto metodo soggettivo, che fa dipendere il contenuto della nozione di miglioramento dalle particolarità dei rapporti contrattuali di cui trattasi, non corrisponde agli scopi dell'articolo 85. In secondo luogo, il fatto stesso che il Trattato prescriva che la limitazione della concorrenza dev'essere "indispensabile" al miglioramento, indica chiaramente che quest'ultimo dev'essere rilevante. Il miglioramento deve in specie consistere in un rilevante vantaggio obiettivo, atto a compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza (...)».

⁵³ Dec. Comm. UE, 8 maggio 2001, casi IV/36.957/F3 *Glaxo Wellcome*, IV/36.997/F3 *Aseprofar e Fedifar*, IV/37.121/F3 *Spain Pharma*, IV/37.138/F3, G.U.U.E. L 302, 2001, p. 1-043, punto 169. V. anche Trib. UE, 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard Inc. e altri contro Commissione*, ECLI:EU:T:2012:260, punto 226 (confermato da C. giust. 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *MasterCard Inc. e altri contro Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2201, punto 205). Tale incremento di efficienza deve presentare vantaggi oggettivi sensibili, tali da compensare gli inconvenienti che derivano dall'accordo sul piano della concorrenza (causa C-382/12 P *MasterCard*, cit., punto 234). È stato confermato dalle Corti UE che l'onere che incombe sull'impresa è di fornire argomenti convincenti e prove valide degli incrementi di efficienza, si veda a tal proposito: C. giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione (C-501/06 P) e Commissione c. GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-513/06 P) e European Association of Euro*

⁵¹ C. giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-588/16 P, *Generics (UK) Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:242, punto 110; Trib. UE, 8 settembre 2016, causa T-472/13, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:449, punto 711; C. giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cit., punto 83.

prove che confermino tali incrementi cosicché questi possano essere verificati. Con particolare riferimento allo *standard* probatorio da soddisfare, per dimostrare che la prima condizione dell'art. 101 § 3 TFUE è soddisfatta occorre effettuare «...un'analisi dettagliata, ampia e convincente basata, sia nelle ipotesi che nelle deduzioni, su dati empirici e fatti concreti...»⁵⁴. Per quanto riguarda la seconda condizione, l'impresa deve dimostrare che almeno una congrua parte dei benefici ottenuti grazie all'intesa siano traslati ai consumatori o, quanto meno, che siano trasferiti benefici tali da compensare gli effetti negativi dell'accordo restrittivo. L'analisi da svolgere in tale contesto è di tipo economico, essendo necessario tenere presenti le caratteristiche e la struttura del mercato; la natura e l'entità degli incrementi di efficienza; l'elasticità della domanda e l'impatto della restrizione della concorrenza. La giurisprudenza ha sottolineato che i consumatori ottengono una congrua parte delle efficienze generate dall'intesa solo qualora la concorrenza eserciti una pressione sufficiente ad assicurare che i risparmi di costo siano traslati sui consumatori stessi e tali vantaggi economici non rappresentino semplicemente un beneficio a vantaggio

delle parti dell'accordo⁵⁵. La terza condizione richiede, invece, che l'impresa dimostri che grazie all'accordo o alla restrizione si realizzano maggiori incrementi di efficienza di quelli che si avrebbero in loro assenza, ossia che la restrizione sia indispensabile⁵⁶. L'ultima condizione implica la dimostrazione che l'intesa non sia in grado di eliminare la concorrenza, valutazione che richiede l'analisi delle diverse fonti di approvvigionamento presenti sul mercato per i clienti finali, il livello di pressione concorrenziale che queste esercitano sulle parti dell'intesa e dell'influenza dell'accordo su tali pressioni concorrenziali⁵⁷. L'analisi economica e,

⁵⁵ C. giust. UE, 27 giugno 2024, causa C-198/19 P, *Teva UK Ltd ed altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:551, punto 129; C. giust. UE, 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffmann-La Roche Ltd e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2018:25, punto 97; si veda anche, più risalente, C. giust. UE, 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, in *Racc.* 1977, p. 1875, punti 46-48.

⁵⁶ C. giust. UE, 19 settembre 2024, causa C-264/23, *Booking.com BV, Booking.com (Deutschland) GmbH c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, ECLI:EU:C:2024:764, punti 65 e 66; C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 197; C. giust. UE, 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *Hoffmann-La Roche Ltd e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2018:25, punti 97-98; Trib. UE, 8 settembre 2016, causa T-472/13, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:449, punto 709. Le limitazioni della concorrenza devono essere "indispensabili" (C. giust. UE, 28 febbraio 2013, causa C-1/12, *OTOC*, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 103).

⁵⁷ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punti 198-199; Trib. UE, 8 settembre 2016, causa T-472/13, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:449, punto 709; C. giust. UE, 30 ottobre 1978, causa 209/78, *Van Landewyck c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 3125, punto 187-189.

Pharmaceutical Companies (EAEPIC) c. Commissione (C-515/06 P) e *Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Commissione* (C-519/06 P), ECLI:EU:C:2009:610, punto 82. La Commissione ha adottato in alcuni casi un approccio più ampio, riconoscendo, per esempio, i "benefici ambientali collettivi" che sarebbero derivati da un accordo tra produttori di elettrodomestici quali sufficienti all'applicazione dell'art. 101 § 3 (Decisioni della Commissione del 24 gennaio 2000, 2000/475/CE, *CECED*, § 55-57). Cfr. Decisione della Commissione del 16 ottobre 2003, 2004/208/EC, *ARA e ARGEV*, § 268-271, confermata dalla Corte (Trib. UE, 22 marzo 2011, causa T-419/03, *Alstom Recycling Austria c. Commissione*, in *Racc.* 2011, p. II-975).

⁵⁴ Dec. Comm. UE, 19 giugno 2013, caso AT.39226 – *Lundbeck*, punto 1218; Dec. Comm. UE, 19 dicembre 2007, caso COMP/34.579 – *Mastercard*, COMP/36.518 – *EuroCommerce* e COMP/38.580 – *Commercial cards*, cit., punto 690.

quindi, le evidenze a carattere economico svolgono, quindi, un ruolo essenziale nel dimostrare che le quattro condizioni cumulative previste dall'art. 101 § 3 TFUE sono soddisfatte⁵⁸.

II. L'abuso di posizione dominante

Come più compiutamente spiegato in altra parte del presente lavoro, la prova di un abuso di posizione dominante implica, quale condizione preliminare necessaria, la dimostrazione circa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad una impresa⁵⁹

⁵⁸ Commissione Europea, Linee Guida sull'applicazione dell'articolo 101, § 3 (già 81, § 3), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, (2004/C 101/08), § 5, laddove si legge che la metodologia seguita dalla Commissione nell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, "si basa su di un approccio economico, già introdotto e sviluppato nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie". Si veda anche, per completezza, Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, G.U.C.E. C132 del 12 maggio 1999, p. 1, punto 57 «...Sarebbe quanto meno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un "principio di ragionevolezza" [...] rischierebbe infine di sviare l'articolo 85, paragrafo 3 dal suo stesso oggetto, che è quello di fornire un quadro giuridico alla valutazione economica delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione delle regole di concorrenza in base a considerazioni politiche».

⁵⁹ C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:52 punto 127; C. giust. UE, 24 ottobre 2024, causa C-240/22 P, *Intel c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:915, punto 28; C. giust. UE, 10 settembre 2024, *Google Android*, ECLI:EU:C:2024:726, punto 265; C. giust. UE; C. giust. UE, 10 settembre 2024, *Google Shopping*, ECLI:EU:C:2024:726; Trib. UE, 28 giugno 2016, causa T-208/13, *Portugal Telecom c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:368, punto 175; Trib. CE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia c. Commission*, ECLI:EU:T:1998:183, punto 139. Per il concetto di posizione dominante, C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22,

nonché che tale impresa ha abusato di tale particolare posizione sul mercato, adottando una condotta volta ad escludere un concorrente⁶⁰ ovvero a sfruttare la propria posizione⁶¹.

punto 65. L'art. 102 TFUE si applica alle imprese in posizione dominante, a prescindere dal ruolo svolto sul mercato, venditore o acquirente: Trib. CE, 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:343, punto 101.

⁶⁰ C. giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:52; C. giust. UE, 24 ottobre 2024, causa C-240/22 P, *Intel c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:915, punto 28; C. giust. UE, 10 settembre 2024, *Google Shopping*, ECLI:EU:C:2024:726; Trib. UE, 14 settembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541; C. giust. UE 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Lietuvos geležinkiai AB c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:12; Trib. UE, 18 settembre 2024, causa T-671/19, *Qualcomm c. Commissione*, ECLI:EU:T:2024:626; C. giust. UE, 12 maggio 2022, *Servizio elettrico nazionale*, causa C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379; C. giust. UE, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt operations*, ECLI:EU:C:2023:33; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83; Trib. UE, 9 settembre 2010, causa T-155/06, *Tomra Systems ASA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:370; C. giust. UE, 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Télécom c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:214; Trib. CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289; C. giust. UE, 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*, ECLI:EU:T:2003:343; Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin c. Commissione (Michelin II)*, ECLI:EU:T:2003:250; C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA c. Commissione*, ECLI:EU:C:2000:132; C. giust. UE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569; C. giust. UE, 14 novembre 1996, causa C-333/94, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:436; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo chemie BV c. Commissione*, ECLI:EU:C:1986:256; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin c. Commissione (Michelin I)*, ECLI:EU:C:1983:313; C. giust. UE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman - La Roche*, ECLI:EU:C:1978:108.

⁶¹ C. giust. UE, 14 settembre 2017, causa C-177/16 *AKKA Laa*, ECLI:EU:C:2017:689; C. giust. UE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, cit.; C. giust. UE, 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors*, in *Racc.* 1975, p. 1367.

II.1. La bozza di Linee Guida della Commissione europea. Cenni

Nell'intento di fornire una maggiore prevedibilità e trasparenza nella sua attività di *enforcement* relativa agli abusi c.d. escludenti, la Commissione europea ha recentemente sottoposto a consultazione pubblica una bozza di linee guida sugli abusi di posizione dominante per condotte escludenti (**"Linee Guida"**) con cui la Commissione ha inteso chiarire la propria posizione circa la ripartizione dell'onere della prova relativo, ossia quali elementi (e per quali condotte) devono essere dimostrati dall'impresa indagata ovvero dalla Commissione, alla luce della casistica sviluppatasi negli ultimi anni⁶². Le Linee Guida ribadiscono il quadro di riferimento per applicare l'art. 102 TFUE, ossia che per accertare un abuso escludente è necessario dimostrare che una condotta (i) si discosta dalla "concorrenza basata sul merito"; (ii) è capace di produrre effetti escludenti e (iii) non è oggettivamente giustificabile. La Commissione deve provare i primi due mentre sta all'impresa oggetto di indagine giustificare la sua condotta. Sotto il primo profilo, la bozza di Linee Guida cerca di chiarire il concetto di "concorrenza basata sul merito", pur con declinazioni generiche passibili di diverse interpretazioni che sperabilmente verranno ulteriormente chiarite nel testo finale, quali i "...comportamenti che appartengono all'ambito di una normale concorrenza basata sui risultati degli operatori economici..." ovvero "...le situazioni di concorrenza da cui i consumatori traggono profitto mediante prezzi meno

elevati, una qualità migliore e una scelta più ampia di beni e servizi nuovi o più efficienti...". Di contro, ma con analogo livello di ambiguità, i "...comportamenti privi di interesse economico [...] ad eccezione di quello di restringere la concorrenza..." sono considerati non basati sulla concorrenza sul merito. Inoltre, si indicano quali fattori rilevanti per verificare se una condotta si allontana dalla concorrenza basata sul merito, ad esempio, (i) l'eventualità che l'impresa dominante impedisca ai consumatori di esercitare una scelta in base ai meriti dei prodotti, compresa la qualità; (ii) l'eventualità che l'impresa dominante violi altre norme settoriali; (iii) l'eventualità che l'impresa dominante modifichi il proprio comportamento in un modo "anormale o irragionevole", ad esempio mettendo fine in modo ingiustificato a un rapporto d'affari esistente o (iv) l'eventualità che un ipotetico concorrente altrettanto efficiente non sarebbe in grado di adottare il medesimo comportamento, perché basato sull'utilizzo di risorse o di mezzi propri solo dell'operatore dominante (§ 55 e ss.). Sotto il secondo profilo (ossia la capacità di produrre effetti escludenti), le Linee Guida introducono tre categorie di condotte, ciascuna caratterizzata da un diverso onere probatorio: (i) la prima categoria include le condotte per cui la Commissione deve dimostrare che hanno "la capacità di produrre effetti escludenti". Sebbene tali effetti debbano essere più che ipotetici (ma non necessariamente attuali, tangibili), le Linee Guida fissano una soglia probatoria relativamente bassa per la Commissione, che esplicita una lista di fattori che, al contrario, la Commissione non è tenuta a dimostrare (impostazione che, a dire il vero, non sembra emergere inequivocabilmente dalla giurisprudenza delle Corti europee), tra cui la capacità di escludere concorrenti almeno "altrettanto efficienti", l'esistenza di un intento di escludere, ovvero la sussistenza di un

⁶² COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, disponibile su 2024 article 102 guidelines - European Commission (europa.eu).

pregiudizio per i consumatori. Di contro, i fattori ritenuti pertinenti per valutare la capacità escludente di un comportamento includono la posizione dell'operatore dominante sul mercato anche in relazione ai propri concorrenti, le condizioni del mercato, la portata della condotta oggetto di indagine e l'esistenza di prove circa una strategia escludente (con riferimento alla quale i documenti interni delle società oggetto di indagine svolgeranno con ogni probabilità un ruolo centrale), oltre a eventuali considerazioni basate sull'evoluzione dei mercati rilevanti. In tale contesto, l'importanza del test del c.d. "operatore altrettanto efficiente" sembrerebbe venire meno e essere confinata a limitate tipologie di condotte; (ii) la seconda categoria include alcune condotte (ad esempio accordi di esclusiva, sconti di esclusiva, prezzi predatori) che – se fattualmente provate – possono essere presunte come di per sé capaci di produrre effetti escludenti. Si tratta di una presunzione semplice e, pertanto, l'impresa indagata potrà presentare elementi per confutare tale presunzione (ad esempio, un distanziamento fattuale dagli assunti/fatti che hanno dato origine alla presunzione ovvero prove sulla mera teoricità dei presunti effetti escludenti). La Commissione sarà tenuta ad esaminare tali prove; (iii) la terza categoria include le "restrizioni manifeste", ritenute (evocando la familiare qualificazione di restrizione "per oggetto" ai sensi dell'art. 101 TFUE) "idone[e], per loro stessa natura, a restringere la concorrenza" e rispetto a cui si ritiene che l'impresa sarà in grado di superare la presunzione di sussistenza di effetti escludenti solo eccezionalmente. Ad esempio, tali ipotesi includono lo smantellamento di una parte di infrastruttura utilizzata da un concorrente o il pagamento corrisposto ai clienti per annullare o ritardare il lancio di un prodotto che incorpora un *input* di un concorrente.

II.2. L'obiettivo giustificazione

Diversamente da quanto avviene per le intese, l'art. 102 TFUE non contempla lo svolgimento di un'analisi sugli incrementi di efficienza eventualmente generati dal comportamento ritenuto abusivo. Nell'art. 102 TFUE non vi è, infatti, una eccezione equivalente a quella prevista dall'art. 101 § 3 TFUE. La differenza nel dato testuale dei due articoli ha portato, almeno inizialmente, a dare una lettura ed un'interpretazione più formalistica dell'art. 102 TFUE, volta ad escludere la possibilità di prendere in considerazione eventuali giustificazioni per un comportamento ritenuto abusivo. Tuttavia, soffermandosi unicamente sul dato testuale dell'art. 102 TFUE, ed assecondandone così un'interpretazione restrittiva e formalistica, si perverrebbe alla conclusione che ogni condotta con effetti escludenti e/o di sfruttamento di una impresa dominante, per sua natura, costituirebbe una restrizione della concorrenza, non lasciando spazio per una comparazione tra effetti anticompetitivi e competitivi che possano legittimare l'adozione di quel dato comportamento sul mercato⁶³. Sulla base di tale interpretazione si avallerebbe, tra l'altro, una rilevante discrepanza sostanziale tra l'art. 101 TFUE (ai sensi del quale è possibile giustificare una pratica in considerazione delle efficienze da questa generate) e l'art. 102 TFUE (il quale apparentemente non tiene conto di eventuali incrementi di efficienza generati dalla pratica restrittiva) la quale apparirebbe difficilmente riconciliabile con quanto stabilito

⁶³ C. giust. UE, 28 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2015:651, punto 41; concl. Wahl, 6 aprile 2017, causa C-177/16, *Biedriba "Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība" Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:286, punto 134; Concl. Jacobs, 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) c. Glaxosmithkline AEVE*, ECLI:EU:C:2004:673, punto 72.

dalla giurisprudenza la quale, sulla base di una interpretazione teleologica, ha rilevato che gli art. 101 e 102 TFUE, sebbene su piani diversi, perseguono lo stesso interesse pubblico, ovvero a mantenere un'effettiva concorrenza sul mercato⁶⁴. Per cercare di surrogare questo vuoto normativo, la giurisprudenza UE, nel contesto di un approccio sostanzialistico alla valutazione delle condotte unilaterali e riconoscendo il sempre maggiore ruolo che l'analisi economica gioca, ha via via sviluppato sempre di più il concetto di obiettiva giustificazione. Ciò, anche al fine di permettere ad un'impresa in posizione dominante di avvalersi effettivamente del diritto di tutelare legittimamente i propri interessi commerciali⁶⁵, senza necessariamente essere limitata nella sua condotta dalla "speciale responsabilità" che grava su ogni soggetto dotato di potere di mercato dominante.

Il concetto di obiettiva giustificazione per la condotta dell'impresa dominante è basato sul principio di proporzionalità ed opera come una eccezione ad una condotta ritenuta, *prima facie*, abusiva. In tale categoria, la giurisprudenza si è soffermata, in particolare, sulla c.d. "*meeting competition defence*" ovvero l'argomento in base al quale l'impresa dominante deve poter far fronte alla concorrenza, con azioni difensive (anche se recentemente è stato ribadito dalla Corte

di giustizia che non sussiste un "diritto assoluto" di un'impresa in posizione dominante di allineare i propri prezzi a quelli di concorrenti, in particolare quando ciò risulterebbe nell'applicazione di prezzi predatori⁶⁶), purché ciò non si rifletta in condotte volte ad intraprendere azioni nei confronti dei concorrenti non basate sulla concorrenza "*on the merits*"⁶⁷. L'onere di dedurre argomenti ed elementi di prova a supporto di un'eventuale giustificazione obiettiva spetta, specularmente rispetto a quanto avviene alla luce dell'art. 101 § 3, all'impresa dominante interessata sulla base di un insieme cogente e coerente di prove⁶⁸. Analogamente, spetta poi a chi afferma la sussistenza della violazione dell'art. 102 TFUE dimostrare che gli

⁶⁶ Trib. UE, 18 settembre 2024, causa T-671/19, *Qualcomm c. Commissione*, ECLI:EU:T:2024:626, punti 598-599.

⁶⁷ C. giust. 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands*, cit., punto 189; C. giust. 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Télécom v Commission*, cit., punto 46; C. giust. 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics UK & Others*, cit., punti 149-151; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. punto 75; C. giust. UE, 16 marzo 2000, causa C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge*, cit., punto 119; Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*, ECLI:EU:T:1999:24, punto 190; C. giust. UE, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, cit., punto 156.

⁶⁸ Si vedano in proposito gli "*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*", (2009/C 45/02), paragrafo 31; si veda anche: Trib. UE, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC, già Google Inc. e Alphabet, Inc. c. Commissione* (Google Shopping), EU:T:2021:763, punto 577 (confermato sul punto da C. giust. UE, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google (Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, punto 224); Trib. UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:266, punto 686 (cfr. anche i punti 688, 689 e 693, indicanti che l'asserzione relativa alla giustificazione oggettiva non è credibile in considerazione della mancanza di qualsiasi documento interno a sostegno della presunta giustificazione e dell'incoerenza del comportamento di AstraZeneca nei diversi Stati membri).

⁶⁴ C. giust. UE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22, punto 25. Conclusioni dell'A.G. Fennelly in C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA c. Commissione*, cit., punto 22; Trib. UE 10 luglio 1990, T-51/89, C-333/94, *Tetra Pak International SA c. Commissione*, cit.

⁶⁵ C. giust. 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands*, cit., punto 189; C. giust. 2 aprile 2009, causa C-202/07, *France Télécom v Commission*, cit., punto 46; C. giust. 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics UK & Others*, cit., punti 149-151; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. punto 75; C. giust. UE, 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia EE ed altri c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakēftikon Proionton*, ECLI:EU:C:2008:504, punto 50.

argomenti e gli elementi di prova invocati da tale impresa non possono essere accolti e che quindi la giustificazione presentata deve essere respinta⁶⁹. L'apertura verso la possibilità di sollevare argomenti difensivi di questo genere anche per un abuso di posizione dominante si è riflessa nel graduale e progressivo riconoscimento della necessità di prendere in considerazione tutti gli effetti, attuali o potenziali, generati da una condotta ritenuta abusiva. Se inizialmente la giurisprudenza aveva negato la possibilità di considerare difese di natura economica per giustificare una condotta abusiva⁷⁰, successivamente tale orientamento è stato mitigato e superato con il riconoscimento che gli effetti negativi (restrittivi) possono essere bilanciati da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio dei consumatori, fermo restando che la pratica sotto scrutinio non deve eccedere quanto necessario per conseguirli⁷¹. Sembra quindi

possibile argomentare che la valutazione dei guadagni di efficienza sia entrata, mediante il concetto di "obiettiva giustificazione", a far parte degli elementi da valutare nell'ambito di un'analisi completa dell'art. 102 TFUE, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 101 § 3 TFUE. Ciò sembra trovare conferma nella recente bozza di Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, in cui è stato espressamente indicato che, per essere oggettivamente giustificata, una condotta deve essere oggettivamente necessaria (necessità che può derivare da legittime considerazioni commerciali ovvero da giustificazioni tecniche come il mantenimento o il miglioramento delle prestazioni del proprio prodotto) ovvero produrre efficienze che controbilancino gli effetti negativi del suo comportamento sulla concorrenza o persino prevalgano su questi ultimi. Tale difesa non sarà accolta se gli effetti escludenti non hanno alcuna relazione con i presunti vantaggi per i consumatori o se tali effetti vanno al di là di quanto necessario per conseguire tali vantaggi.

GIAN LUCA ZAMPA – CECILIA CARLI*

⁶⁹ Trib. UE, 14 settembre 2022, causa T-604/18, *Google LLC e Alphabet, Inc. c. Commissione* (Google Android), ECLI:EU:T:2022:541, punto 601; Trib. UE, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC, già Google Inc. e Alphabet, Inc. c. Commissione* ("Google Shopping"), ECLI:EU:T:2021:763, punto 554 (confermato sul punto da C. giust. UE, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google (Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726); C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651, punto 49; Trib. UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. C. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, punti 688 e 1144.

⁷⁰ Trib. CE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom c. Commissione*, cit., punto 217; Trib. CE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da 212/98 a 214/98, *Atlantic Container c. Commissione*, cit., punto 1112; C. giust. UE, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, cit., punto 85.

⁷¹ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *European Superleague Company, SL c. Fédération internationale de football association (FIFA) e Union of European Football Associations (UEFA)*, ECLI:EU:C:2023:1011, punto 204; Trib. UE, 14 settembre 2022, causa T-604/18, *Google LLC e Alphabet, Inc. c. Commissione* (Google Android), ECLI:EU:T:2022:541, punti 602, 876 e, da 889 a 891; C. giust. UE, 12 maggio 2022, causa

C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri*, ECLI:EU:C:2022:379, punti da 84 a 86; Trib. UE, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC, già Google Inc. e Alphabet, Inc. c. Commissione* (Google Shopping), ECLI:EU:T:2021:763, punto 188 (confermato sul punto da C. giust. UE, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google (Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726); C. giust. UE, 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e altri*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punto 166; C. giust. UE, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172, punto 42; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:83, punto 76.

* Si ringrazia l'Avv. Irene Indino per il lavoro di ricerca svolto per aggiornare questa voce.

Bibliografia

- Aitken, Mitchell, «*Efficiency defences under Art. 81 EC: is the hurdle getting higher?*», in *Comp. L.J.*, 2009, VIII (1), pp. 55-71; Bellis, Kasten, «*Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?*», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) Etro e Kokkoris, Oxford, 2010, pp. 129-138; Cani, Fernandez, «*Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The Intel Judgment*», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, Vol 10, No. 7; Castillo de la Torre, Fernando e Gippini Fournier, Eric, «*Burden and Standard of Proof*» in «*Evidence, proof and judicial review in EU competition law*», 2017, Chapter 2: pp. 25-86; Di Giovanni Bezzi, Raffaele, «*Anticompetitive Effects and Allocation of the Burden of Proof in Article 102 Cases: Lessons from the Google Shopping Case*», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, No.2; Etro, Kokkoris, «*Toward an economic approach to art. 102 TFUE*», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) Etro e Kokkoris, Oxford, 2010, pp. 1-36; Kalintiri, Andriani, «*Evidence Standards in EU Competition Enforcement: The EU Approach*», in *Hart Studies in Competition Law*, 2019, p. 32-71; Kalintiri, Andriani, «*The Allocation of the Legal Burden of Proof in Article 101 TFEU Cases: A 'Clear' Rule with Not-So-Clear Implications*», 2015, p. 232-256; Mahtani, «*Thinking outside the object box: and EU and UK perspective*», *Eur. Comp. J.*, VIII (1), aprile 2012, pp. 1-39; Ritter, Cyril, «*Presumptions in EU competition law*», in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, 6, p. 189-212; Van Bael, Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pp. 76-109; Zampa, «*Efficiency under the EU Merger Regulation*», in *E.B.O.R.*, IV, 2003, pp. 573-622; Waelbroeck, «*The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper*», in *Competition Law and the enforcement of art. 102*, (a cura di) Etro e Kokkoris, Oxford, 2010, pp. 115-128. Zampa, Di Giò, *The conundrum of restrictions "by object": rationale, scope, impact and a proposal*, *Italian Antitrust Review*, 3/2015, pp. 13-44.

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEL PROCESSO ANTITRUST

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Le fonti eurounitarie e nazionali. **III.** Cenni ai metodi economici di quantificazione del danno. **IV.** Cenni ai tipi di prova dell'ammontare del danno. – **V.** La prova economica. **VI.** La consulenza tecnica d'ufficio. – **VI.1.a.** La selezione degli esperti. – **VI.1.b.** La gestione della prova tecnica da parte del giudice e il ruolo degli esperti. – **VI.** La valutazione della prova e il suo *standard*. – **VII.** L'assistenza delle Autorità Nazionali di Concorrenza al giudice nella fase di quantificazione del danno. – **VIII.** Cenni all'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione e dell'AGCM. – **IX.** Conclusioni: quale modello di giudice *antitrust*?

I. Introduzione

La voce esamina alcune questioni relative alla fase di quantificazione del danno nel processo *antitrust*, a livello europeo e nazionale.

Sia le norme di diritto sostanziale sia quelle di diritto processuale che riguardano la fase della raccolta delle prove, cioè l'istruttoria, esulano da questa disamina.

Sono, invece, oggetto di esame i tipi di prova più utilizzati nella prassi processuale e, in particolare, i modelli economici utilizzati nella prova tecnico-economica, nonché le norme sulla consulenza tecnica applicate ai casi *antitrust*.

Speciale attenzione è prestata alle regole sulla valutazione della prova raccolta da parte del giudice nella fase di *decision making*, nonché allo *standard* di prova dei

fatti richiesto per la condanna al risarcimento del danno e per la liquidazione del suo ammontare.

È analizzata anche, nel contesto probatorio, la fattispecie dell'assistenza della Autorità Garante della Concorrenza alle Corti.

Infine, la voce si conclude con una proposta di modello di giurisdizione e di giudice, in grado di garantire l'effettività sia del *public* che del *private enforcement*.

II. Le fonti eurounitarie e nazionali

Ai fini del risarcimento del danno, un soggetto danneggiato da una violazione del diritto della concorrenza ha l'onere di dimostrare non solo di aver subito un danno, ma anche l'entità dello stesso.

L'attività di quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza, come affermato dalla "Direttiva Danni"¹ richiede la valutazione di un gran numero di elementi fattuali ed esige l'applicazione di modelli econometrici complessi². Inoltre nelle azioni

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 ("Direttiva 2014/104/UE").

² Considerando 45 della Direttiva 2014/104/UE: "Un soggetto danneggiato che abbia dimostrato di aver subito un danno a seguito di una violazione del diritto della concorrenza deve, oltre a ciò, dimostrare l'entità del danno ai fini dell'ottenimento del risarcimento. 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

per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza gli elementi di prova utili a comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno, nonché del suo ammontare sono spesso nella sfera di disponibilità della controparte o dei terzi e non in quella della parte attrice³. Gli alti costi dell'analisi tecnica e la asimmetria informativa delle parti che caratterizzano la prova dell'ammontare del danno costituiscono, pertanto, un ostacolo per chi propone una domanda di condanna al risarcimento.

cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento." Ciò deriva dal fatto che quantificare il danno significa valutare quale sarebbe l'andamento del mercato in assenza della violazione, ricostruendo uno scenario ipotetico privo degli effetti dell'infrazione (c.d. "scenario controfattuale"), che per definizione è soggetto a limiti considerevoli per quanto riguarda il livello di certezza e precisione.

³ Considerando 14 della Direttiva 2014/104/UE: "Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE.". Si veda anche art. 4 della Direttiva 2014/104/UE: "A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale".

Al fine di garantire che né l'onere della prova né il suo grado di rilevanza, richiesti per la quantificazione del danno, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento, il legislatore europeo ha dettato regole specifiche⁴:

1. l'attribuzione al giudice del potere di liquidazione equitativa del *quantum* del danno, quando ne è accertato l'an, ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili;⁵

2. su richiesta del giudice, l'assistenza dell'Autorità Garante della Concorrenza nella quantificazione del danno⁶.

Il legislatore italiano ha recepito tali norme nel decreto legislativo di attuazione⁷ della Direttiva 2014/104/UE.

Se la seconda è stata recepita quasi testualmente, come sarà trattato in seguito, sulla prima si registra una lacuna di implementazione.

La Relazione illustrativa del Decreto 3/2017 ha, tuttavia, spiegato che il legislatore italiano ha recepito tale disposizione attraverso il richiamo all'art. 1226 c.c., norma con la quale viene attribuito al giudice il potere di liquidare equitativamente il danno, qualora lo stesso non possa essere provato nel suo preciso ammontare.

⁴ Art. 17 della Direttiva 2014/104/UE.

⁵ Art. 17, comma I, della Direttiva 2014/104/UE; Art. 14, comma I, del Decreto legislativo n. 3 del 2017.

⁶ Art. 17, comma III, della Direttiva 2014/104/UE; Art. 14, comma III, del Decreto legislativo n. 3 del 2017.

⁷ Decreto legislativo n. 3 del 2017 ("Decreto 3/2017") che ha attuato la Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. G.U. Serie Generale n.15 del 19 gennaio 2017.

La liquidazione in via equitativa rappresenta, indubbiamente, un alleggerimento dell'onere della prova dell'ammontare del danno del soggetto danneggiato.

Il legislatore nazionale ha inteso collocare la determinazione del danno *antitrust* all'interno del paradigma tradizionale della responsabilità extracontrattuale, riproducendo quanto già previsto dall'art. 2056 c.c. e richiamando le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

Sia la Direttiva 2014/104/UE, sia il Decreto 3/2017, in ossequio al principio della funzione compensativa del danno, escludono qualsiasi forma di sovracompenrazione, a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura⁸.

La scelta di escludere meccanismi di sovracompenrazione si pone nel solco della tradizione della responsabilità civile continentale. Obiettivo del risarcimento del danno *antitrust*, in sede privatistica, rimane infatti quello di ripristinare la situazione in cui si sarebbe trovato il danneggiato qualora la violazione delle regole della concorrenza non fosse stata commessa, rimanendo distante da ogni forma di risarcimento "punitivo" o "multiplo", volto a moltiplicare il *quantum* risarcitorio, al fine di disincentivare la condotta illecita del danneggiante.

⁸ Art. 3, comma III, della Direttiva 2014/104/UE; Art. 1, comma II, del Decreto 3/2017. Come affermato dalla stessa Relazione illustrativa dello schema di Decreto attuativo (pag. 17), l'art. 14 deve essere considerato in combinato disposto con gli artt. 1 e 10 del Decreto stesso, che coerentemente con gli artt. 3 e 12 della Direttiva, affermano il principio del diritto del danneggiato al pieno risarcimento, senza possibilità di far luogo a sovracompenrazioni. La Direttiva non contiene un esplicito riferimento alla natura compensativa del danno, tuttavia, ciò è desumibile dall'espressa esclusione della forma di risarcimento sovra-compensativo.

III. Cenni ai metodi economici di quantificazione del danno

Al fine di fornire un valido supporto ai giudici nazionali nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno, nei casi di intese restrittive della concorrenza e in quelli di abuso di posizione dominante sul mercato, la Commissione UE ha elaborato la Guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE⁹ ("Guida pratica").

Si tratta di un documento informativo e non vincolante, che offre una panoramica delle varie forme di danno tipicamente causate dalle pratiche anti-concorrenziali e fornisce informazioni sui metodi e sulle tecniche disponibili ai fini della quantificazione del danno.

Secondo la Guida pratica è possibile distinguere due categorie principali di effetti dannosi relativi alle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE:

1. aumento dei prezzi pagati dai clienti delle imprese autrici delle infrazioni;
2. esclusione delle imprese concorrenti da un mercato o riduzione della rispettiva quota di mercato.

Al fine di quantificare tali effetti dannosi è necessario definire cosa sarebbe ipoteticamente successo in assenza dell'infrazione, ricostruendo il c.d. "scenario controfattuale", attraverso i metodi tecnico-economici riconosciuti dalla letteratura economica e giuridica.

Vale qui riportare brevemente un elenco dei metodi considerati dalla Guida pratica, da considerarsi come non esaustivo.

⁹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. GUUE C-167 del 13.06.2013.

a) Metodi comparativi: confrontano lo scenario di infrazione con uno scenario di non infrazione (c.d. controfattuale), definito sulla base di un momento precedente e/o successivo all'infrazione¹⁰ o su un mercato geografico diverso oppure ancora su un mercato del prodotto diverso.

La scelta di tali metodi è spesso condizionata non solo dal settore merceologico considerato, ma soprattutto dalla disponibilità dei dati utilizzabili.

Una volta scelto il metodo comparativo esistono diverse tecniche economiche idonee a definire lo scenario controfattuale, che differiscono principalmente in termini di accuratezza, precisione e dati richiesti¹¹.

b) Metodi di simulazione: si basano su modelli economici di comportamento del mercato, formulati dalla dottrina economica. In particolare, essi considerano: (i) la simulazione dell'andamento del mercato sulla base delle caratteristiche dello stesso nonché del potenziale comportamento dei produttori e dei clienti e (ii) la stima di un possibile scenario di non infrazione in base ai costi di produzione e a un margine di profitto ragionevole.

c) Metodi basati sui costi: stimano l'impiego di una misura dei costi unitari di produzione e l'aggiunta di un ricarico per gli utili che sarebbero stati conseguiti

nello scenario controfattuale. La stima di un prezzo unitario di non infrazione viene confrontata con il prezzo unitario effettivamente imposto dalle imprese autrici dell'infrazione, determinando il sovrapprezzo.

d) Metodi basati sull'analisi finanziaria: utilizzano i risultati finanziari dell'attore o del convenuto come punto di partenza per valutare se l'attore abbia subito danni e misurarne l'eventuale entità.

La scelta del metodo più adeguato viene fatta sulla base di un bilanciamento tra accuratezza e praticità dello stesso. La soluzione di tale *trade off* dipende, necessariamente, dalle caratteristiche del caso specifico e in particolare dai dati disponibili.

Come già detto, esistono due principali categorie di effetti dannosi derivanti da infrazioni *antitrust*: vi sono quelle violazioni che portano in via diretta ad un aumento dei prezzi (cartelli o abusi di sfruttamento) e quelle che mirano in primo luogo all'esclusione dei rivali (abusi di posizione dominante come *margin squeeze* o prezzi predatori etc.).

Da queste due categorie discende la tipologia di variabili economiche da stimare (principalmente, ad esempio, prezzi, quantità, margini); in alcuni casi, sarà possibile individuare metodologie che siano allo stesso tempo pratiche e accurate.

Ad esempio, nell'ambito della stima del danno, in generale, approcci comparativi basati sull'utilizzo di *benchmark* adeguatamente scelti (di natura temporale o geografica) potranno risultare particolarmente utili.

L'utilizzo di cosiddetti modelli strutturali – ossia modelli in cui lo scenario controfattuale viene definito attraverso la teoria economica applicata – potrebbero invece risultare preferibili solo in casi eccezionali.

Passando poi al livello di robustezza statistica che si intende perseguire, qui dovrà acquisire rilevanza il concetto di

¹⁰ Sono tre, in linea di principio, i criteri di riferimento che possono essere utilizzati per il confronto temporale: 1) *before-during*: confronto tra i periodi pre-infrazione e durante l'infrazione; 2) *during-after*: confronto tra i periodi durante l'infrazione e post-infrazione; 3) *before-during-after*: confronto tra i periodi pre-infrazione, durante e post-infrazione.

¹¹ Possono essere considerate le tecniche semplici, volte a confrontare direttamente i dati controfattuali con quelli osservati durante l'infrazione (interpolazione lineare o estrapolazione lineare). Oltre a queste vi è l'analisi di regressione, una tecnica statistica che pone in rapporto diverse variabili economiche, calcolando in che misura una variabile (ad es. il prezzo) è influenzata dall'infrazione e/o da altre variabili non alterate dall'infrazione.

intervallo di confidenza, ovvero dovrà essere scelto il livello di probabilità desiderato in base al quale il valore stimato ricadrà in un determinato intervallo di valori.

Si dovrà, comunque, sempre tenere conto anche della robustezza per così dire economica di una determinata soluzione: è, infatti, possibile ottenere evidenze molto significative statisticamente, specialmente se si lavora con campioni di dati di grandi dimensioni, ma non anche significative economicamente.

In altri termini occorre sempre tenere conto delle circostanze concrete del caso. Ogni metodologia si basa in effetti su presupposti diversi e necessita di dati diversi.

In base alle scelte che saranno effettuate in termini, tra l'altro, di *trade off* tra accuratezza e praticità del metodo o di intervallo di confidenza prescelto, sarà possibile fornire un orientamento adatto al caso concreto, non esistendo un approccio migliore in assoluto¹².

¹² Molti studi sono stati preparati su questi temi. Si veda ad esempio lo studio pubblicato nel 2009 e coordinato da Oxera, *Quantifying anti-trust damages – Towards non-binding guidance for courts*, disponibile alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf. Sempre sul sito della Commissione Europea sono pubblicati una serie di studi elaborati nell'ambito di due *workshop* organizzati nel febbraio 2011 e nel gennaio 2010 dalla Direzione Generale per la Concorrenza per l'elaborazione della citata Guida Pratica. Cfr. A. Lofaro, *Quantifying harm from exclusionary practices*, L. Coppi, *Harm from increased prices*, H. Friederiszick, *Comments on the EU draft Guidance Paper – Quantification of harm*, R. Stillman – *Quantifying damages in exclusionary conduct cases – lessons from the US*, J. C. Beyer – *Are Global Cartels More Effective Than “National” Cartels?*, Z. Biro – *Some observations on damages to competitors arising from unlawful exclusionary practices*, P. Buccirossi – *Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases*, J. Delgado, E. Perez Asenjao, *Quantification of damages from competition infringements in Spain*, Hans W. Friederiszick, Lars-Hendrik Röller – *Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements – the German experience in cartel cases*, C. Fumagalli, J. Padilla, M. Polo – *Damages for exclusionary practices*, P. Hofer – *Interface between econometric conventions*

IV. Cenni ai tipi di prova dell' ammontare del danno

Il legislatore europeo, ha chiarito che nell'ambito del processo *antitrust* il concetto di prova comprende tutti i tipi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale adito, in particolare i documenti e tutto ciò che contiene informazioni utili, indipendentemente dal supporto sul quale sono registrate¹³.

Le evidenze utilizzate dai giudici per quantificare il danno possono comprendere le prove dirette, come ad esempio documenti prodotti da un'impresa autrice dell'infrazione relativi agli aumenti di prezzo pattuiti e alla loro attuazione, oppure i documenti attestanti lo sviluppo della sua posizione sul mercato¹⁴.

Sul punto, occorre evidenziare che anche ai fini della quantificazione del danno, oltretutto della sua esistenza, il giudice, su istanza motivata della parte processuale, può ordinare alle parti o a un terzo l'esibizione di

and burden/standard of proof, M. Ivaldi – *Empirical evaluation of impacts of antitrust practices*, F. Jenny, *A French perspective on the quantification of antitrust harm*, I. Lianos, *Observations of Ioannis Lianos*, Maite Martinez-Granado, Georges Siotis – *Sabotaging entry: an estimation of damages in the directory enquiry service market*, L. Prosperetti – *Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national Courts' experience*, D.L. Rubinfeld, Justin McCrary, *Measuring Benchmark Damages in Antitrust Litigation*, D.L. Rubinfeld, *Antitrust Damages*, M.P. Schinkel – *Introductory remarks on Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements*, M.P. Schinkel, M.A. Han, J. Tuinstra – *The Overcharge as a Measure for Antitrust Damages*, U. Schwalbe – *Welfare Effects of Partial Cartels. Some results from the theoretical literature*, T. Van Dijk – F. Verboven – *A practical guide to computing damages in private cartel enforcement*. Tutti questi contributi sono disponibili alla pagina web http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economist_workshop.html.

¹³ L'art. 2, paragrafo 13, della Direttiva 2014/104/UE.

¹⁴ Cfr. paragrafo 14, della Guida pratica.

prove ritenute rilevanti, che rientrino nella disponibilità di quest'ultima¹⁵.

Ancorché l'istituto della *discovery*, che attiene alla fase istruttoria di raccolta delle prove, esuli da questa trattazione, è rilevante per la valutazione della prova dell'ammontare del danno, l'effetto della inottemperanza del relativo ordine.

Nel settore della proprietà industriale, in attuazione della Direttiva 2014/104/UE *enforcement*, l'articolo 121, comma 4 del codice della proprietà intellettuale prevede che dalle risposte delle parti e dal rifiuto di ottemperare gli ordini di divulgazione, la Corte possa trarre argomenti di prova, ribadendo la regola generale dell'articolo 116 c.p.c. sulla rilevanza del comportamento processuale. Analogamente, l'articolo 6, comma 6, del Decreto 3/2017 ha previsto espressamente che se la parte di un procedimento per il risarcimento del danno *antitrust* rifiuta, senza giustificato motivo, di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, distruggendo prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria, oltre a ritenere provato il fatto¹⁶.

¹⁵ Art. 5, comma I, della Direttiva 2014/104/UE; Art. 3, comma I, del Decreto 3/2017.

¹⁶ L'articolo 8 della Direttiva 2014/104/UE prevede che i giudici nazionali possono applicare sanzioni alle parti, ai terzi e ai loro rappresentanti legali in caso di mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale o in caso di distruzione di prove rilevanti. Inoltre, ai sensi del secondo paragrafo dello stesso articolo, le sanzioni di cui dispongono i giudici nazionali comprendono, per quanto riguarda il comportamento di una parte nel procedimento relativo a un'azione per il risarcimento del danno, la possibilità di trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese.

V. La prova economica

Gran parte dei fatti rilevanti nei processi di concorrenza sono fatti economici; si tratta di fatti il cui accertamento richiede l'ausilio di competenze specialistiche soprattutto di tipo economico-contabile.

La gestione della prova economica nel processo *antitrust* pone al giudice una serie di questioni specifiche.

V.1. La consulenza tecnica d'ufficio

L'intensità di fatti economici e di valutazioni tecniche complesse che caratterizzano la quantificazione del danno *antitrust* giustifica il ricorso nel nostro ordinamento nazionale alla consulenza tecnica.

Tale strumento, pur non rientrando in senso stretto nella categoria dei mezzi di prova, afferisce alla valutazione probatoria, in quanto il giudice può trarre dalla stessa elementi determinanti ai fini della decisione della controversia.

La giurisprudenza italiana consolidata distingue l'attività del consulente in due categorie. La prima riguarda la c.d. consulenza deducibile, attraverso cui l'esperto nominato dal giudice compie una valutazione tecnica solo delle prove già raccolte nella fase istruttoria.

La seconda riguarda la c.d. consulenza percipiente¹⁷, attraverso cui l'esperto ha la

¹⁷ Cass. civ., Sez. III, ord. del 8 febbraio 2019, n. 3717: "La giurisprudenza di legittimità è consolidata nel riconoscere la cosiddetta "consulenza percipiente". Quando i fatti da accertare necessitano di specifiche conoscenze tecniche [...], per la innegabile natura tecnico-specialistica delle conoscenze necessarie, il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati (consulenza deducibile), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulenza percipiente); in tale ultimo caso la consulenza costituisce essa stessa fonte oggettiva di prova ed è necessaria e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (tra le tante, Cass. civ. Sez. III, sent. del 26 febbraio

facoltà di acquisire ulteriori elementi oltre a quelli già raccolti, al fine di informarsi sulle cause e sugli effetti che hanno prodotto il danno.

In tal caso, quindi, la consulenza tecnica assurge a fonte oggettiva di prova, in quanto l'attività riguarda non più solo la valutazione dell'oggetto della prova, bensì diventa la fonte dell'accertamento dei fatti, attraverso una cognizione tecnica in grado di individuare e raccogliere elementi di prova, idonei poi a quantificare il danno.

Tuttavia, la consulenza tecnica non può esonerare le parti dall'onere di allegazione e prova dei fatti posti a fondamento delle relative domande o eccezioni, o quantomeno dalla dimostrazione di aver esperito ogni tentativo possibile di assolverlo. Un'indagine "esplorativa" intorno ad elementi o fatti non allegati né provati, infatti, rende inammissibile la richiesta dell'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio¹⁸.

È possibile prescindere dall'attività di allegazione delle parti, solo nel caso in cui il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e

nell'osservanza del contraddittorio, acquisisca documenti e informazioni al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti o informazioni diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio¹⁹.

V.1.a. La selezione degli esperti

Un primo gruppo di questioni concerne la selezione degli esperti. Nel nostro sistema la questione della loro qualificazione è risolta dagli artt. 61 ss. c.p.c. e 13-18 disp. att. c.p.c. che riguardano la designazione del consulente e la tenuta dell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio.

L'applicazione di queste regole crea non poche difficoltà quando si tratta di nominare un esperto in materia *antitrust*. La specialità della materia potrebbe infatti richiedere la nomina di un gruppo di esperti, ai sensi degli artt. 61 e 191, comma 2 c.p.c., oppure la nomina di un esperto esterno, ovvero non iscritto all'albo dei consulenti.

I punti critici nella selezione degli esperti economici sono individuabili nella loro qualificazione e nell'indipendenza. Si tratta di aspetti collegati tra loro più di quanto possa apparire.

Circa il primo punto la Corte deve essere in grado di optare per dei soggetti effettivamente capaci di agire come "traduttori" del sapere economico. In punto di indipendenza poi, giacché nella prassi si registra una certa scarsità di consulenti dotati delle necessarie competenze, si dovrà prestare particolare attenzione al fine di scongiurare il rischio di interferenze tra il ruolo di consulenti di parte e quello dei consulenti di ufficio.

2013, n. 4792)". Conf. Cass. civ., Sez. III, sent. del 13 marzo 2009, n. 6155.

¹⁸ Cass. civ., S.S.U.U., sent. del 1 febbraio 2022, n. 3086: *"In materia di consulenza tecnica d'ufficio il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio"*. Cass. civ., Sez. I, ord. del 21 febbraio 2024, n. 4593: *"L'ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio civile può essere negata quando i documenti depositati dalle parti risultano insufficientemente solidi per richiedere tale consulenza ed essa apparirebbe meramente esplorativa se ammessa"*.

¹⁹ Cass. SS.UU., 1 febbraio 2022, n. 3086.

Occorre rilevare, inoltre, che il *private enforcement*, soprattutto nei casi di *follow-on* relativi ai cartelli, genera un filone unitario di cause di risarcimento fondate su una decisione amministrativa che accerta un medesimo illecito. In questi casi, è importante la nomina di un gruppo omogeneo di consulenti d'ufficio, al fine di evitare risultati tra loro eccessivamente discordanti sul *quantum* del danno e conseguenti contrasti di giurisprudenza e incertezze sul mercato²⁰.

V.1.b. La gestione della prova tecnica da parte del giudice e il ruolo degli esperti

Un secondo gruppo di questioni è quello della direzione dell'esperto nella gestione del caso antitrust.

Pur attenendo queste alla fase di raccolta della prova, alcuni cenni a proposito sono rilevanti per la stretta correlazione tra la soluzione data e il suo impatto sulla valutazione della prova raccolta. Infatti, oltre alle regole dettate dagli artt. 194 c.p.c. e ss., il giudice dovrebbe tener fermo un duplice principio.

La prima regola è quella della direzione della udienza e del processo da parte del giudice: questi è l'unico vero *manager* del caso e l'esperto deve operare come mero ausiliario tecnico, senza deleghe alla gestione o alla decisione²¹.

²⁰ Sul punto, si osserva che le sezioni specializzate in materia d'impresa delle Corti italiane si trovano ad affrontare un ingente numero di cause di *private enforcement* relative ad azioni *follow-on* corrispondenti ai filoni dei casi "Trucks" (Commissione UE - AT-39824), "Cemento" (AGCM - I793) e "Cartone ondulato" (AGCM - I805).

²¹ Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio, come è noto, è stato peraltro molto esteso dalla giurisprudenza nostrana. Si fa riferimento alla nota sentenza n. 9522 del 1996 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la quale è stato sostenuto che «il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti

Il secondo principio che deve regolare la gestione della consulenza è il principio del contraddittorio tra le parti, non soltanto come diritto di difesa tecnica, ma anche come identificazione del conflitto tra le posizioni contrapposte sui profili tecnici del caso.

Quindi, la discussione delle questioni tecniche deve essere garantita non soltanto nel corso delle indagini del consulente, con o senza giudice, come prescritto dall'articolo 194 c. 2 c.p.c., ma anche nel corso delle udienze, coinvolgendo così l'esperto nominato dall'ufficio e quelli nominati dalle parti nel *case management*.

In particolare dovrebbe risultare utile al giudice l'approccio di stampo sincretico, che non privilegia un modello, comparativo e simulatorio, rispetto a un altro.

In questo senso la modifica dell'articolo 195 c.p.c. ad opera dell'articolo 46 della legge n. 69/2009 – che prescrive che una relazione provvisoria sia trasmessa dal consulente alle parti che debbono formulare su questa osservazioni, di cui il consulente deve tener conto nella relazione definitiva – appare recepire appieno detti principi.

(consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova ed ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte deduca quantomeno il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento». Si veda per un'applicazione di questi principi relativamente a una controversia in ambito antitrust la sentenza della Corte di Cassazione n. 20695 del 10 settembre 2013.

VI. La valutazione della prova e il suo *standard*

Un altro gruppo di questioni, quelle forse di più difficile soluzione, e di rilevanza centrale per questa trattazione, si pone in relazione alla valutazione della prova economica in caso di conflitto di conclusioni tra gli esperti. Si tratta di problematiche che dalla fase istruttoria si riverberano su quella decisoria.

Nella giurisprudenza italiana è consolidato il principio della discrezionalità del giudice nella valutazione della consulenza, in applicazione del principio secondo cui il giudice è “*peritus peritorum*”²².

Questo orientamento, si traduce in una assenza di criteri sulla valutazione della consulenza da parte del giudice.

Al riguardo la Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno e la Guida pratica possono essere di ausilio. Si tratta, d'altronde, di questioni di difficile risoluzione da parte del giudice, abituato a maneggiare un *set* di regole piuttosto che scegliere tra diversi modelli econometrici.

L'applicazione delle citate linee guida dovrebbe dunque aiutare a innalzare lo *standard* della prova richiesta, sino alla dimostrazione, mediante il ricorso ai metodi comparativi e simulatori, della esistenza delle singole voci di danno.

L'obiettivo dovrebbe dunque essere quello di limitare il ricorso delle Corti alla

liquidazione equitativa, che è tuttavia molto diffusa nella prassi¹⁴ nonché espressamente recepita nell'ordinamento italiano per le controversie in materia antitrust dall'articolo 14, paragrafo 1, del D.lgs. n. 3/2017.

Tale articolo prevede espressamente che il risarcimento del danno si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile. In particolare, l'articolo 1226 concernente la valutazione equitativa del danno dispone che se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa.

D'altronde anche la citata Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno menziona questo aspetto, demandando però alle norme nazionali la definizione della misura e delle modalità secondo cui i giudici hanno la facoltà di quantificare il danno subito ricorrendo a considerazioni equitative²³.

²³ V. Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno, *sup. cit.* La liquidazione equitativa del danno era prevista anche dalla norma speciale dell'articolo 125 del d.lgs. n. 30/2005 c.p.i. per i casi *antitrust* interferenti con la proprietà industriale e intellettuale, ed è comunque diffusa nella prassi delle corti nella liquidazione del danno sia da contraffazione sia da illecito anticoncorrenziale o da concorrenza sleale. Ad esempio, nelle numerose azioni *follow-on* che hanno fatto seguito al noto caso RC Auto) i giudici di pace allora competenti hanno liquidato i danni su base equitativa, secondo il parametro del sovrapprezzo praticato per effetto del cartello assicurativo ai consumatori, incidentalmente indicato dallo stesso provvedimento della Autorità Garante nel 20%. In tali casi il ricorso alla liquidazione equitativa invece che a una consulenza tecnica poteva giustificarsi unicamente con l'esigenza di semplificazione dell'accertamento dell'ammontare del danno in un contenzioso di massa. Infatti, nessun effetto, neanche di prova privilegiata, poteva annettersi alla statuizione sul punto contenuta nel provvedimento dell'Autorità Garante, in cui la menzione dell'effetto *anticompetitivo* del cartello era stata effettuata, secondo le competenze della Autorità stessa, unicamente ai fini di ricostruire la fattispecie dell'illecito, e certamente non allo scopo di fornire elementi per la liquidazione del danno, esulante dai compiti di *public enforcement*.

²² Cfr. da ultimo Corte di Cassazione, sezioni unite civili, Ordinanza 14 marzo 2019, n. 7354 secondo cui in base al principio *judex peritus peritorum* il giudice di merito può disattendere le argomentazioni tecniche del consulente tecnico d'ufficio sia nei casi in cui risultino in se stesse contraddittorie, sia qualora ritenga di applicare in sostituzione argomentazioni diverse desunte da personali cognizioni tecniche. In entrambi i casi, l'unico onere incontrato dal giudice è quello di un'adeguata motivazione, esente da vizi logici ed errori di diritto (cfr. Cass. n. 30733 del 21/12/2017; Cass. n. 17757 del 07/08/2014).

Resta comunque la convinzione che la liquidazione secondo equità integri un livello veramente minimo di *standard* probatorio e che essa sia particolarmente inidonea alla quantificazione del danno in materia *antitrust*, proprio per la difficoltà di identificare i parametri di riferimento della equità.

VII. L'assistenza delle Autorità Nazionali di Concorrenza al giudice nella fase di quantificazione del danno

L'articolo 17, comma 3, della Direttiva ha codificato le regole sull'assistenza da parte delle Autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza ("ANC") nella determinazione dell'ammontare del danno da parte del giudice. Le citate disposizioni sono state puntualmente trasposte in Italia nell'articolo 14 del Decreto 3/2017.

Lo scopo principale della norma è dunque quello di garantire un innalzamento dello *standard* probatorio in sede di liquidazione del danno, attraverso un particolare meccanismo di cooperazione tra ANC e Corti²⁴.

Questo meccanismo è ben distinto da quello del consulente tecnico d'ufficio, che infatti non potrà richiedere l'assistenza dell'Autorità.

La norma dell'art. 17 è caratterizzata da ampia discrezionalità da ambo i lati, sia dal lato del giudice che ha assoluta discrezionalità

nel richiedere l'assistenza dell'Autorità, sia dal lato dell'Autorità che può decidere se prestare o meno assistenza al giudice, e la misura in cui prestarla. Ciò in funzione delle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Possibili criticità potrebbero insorgere ad esempio laddove la richiesta di cooperazione sia richiesta nei seguenti casi: *i*) quando l'Autorità ha archiviato un caso in ragione della sua priorità d'intervento; *ii*) quando il procedimento *antitrust* è in fase pre-istruttoria o ancora in corso; *iii*) nel caso del procedimento concluso senza accertamento dell'infrazione, ma con accettazione di impegni (art. 14-ter, legge n. 287/90); *iv*) quando il procedimento si è concluso senza accertamento dell'infrazione per insufficienza degli elementi disponibili ai sensi dell'articolo 5 del Regolamento 1/2003; *v*) nel caso in cui la richiesta pervenga in relazione ad una decisione dell'Autorità che è stata annullata o sospesa in primo grado, ancorché appellata.

Invero, queste situazioni potrebbero diventare anche altrettanti parametri per l'esercizio della discrezionalità dell'Autorità. In effetti, nell'ipotesi in cui l'Autorità deliberi di non intervenire, si pone pur sempre la questione della motivazione del diniego, il cui dovere discende dalla stessa natura discrezionale dell'attività. Al riguardo, non appare comunque necessario fissare apposite linee guida.

Nel caso, invece, in cui l'Autorità deliberi di intervenire, si pongono altrettante questioni: il grado di precisione della richiesta del giudice; la discrezionalità nella determinazione dell'ambito dell'intervento; la delimitazione dell'ambito e della modalità di partecipazione al processo, che potrebbe essere all'udienza, come *amicus curiae*²⁵,

²⁴ L'art. 17, comma III, della Direttiva 104/2014/UE e l'art. 14, comma III, del Decreto 3/2017 hanno disposto che gli Stati membri provvedono affinché, nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno, un'Autorità nazionale garante della concorrenza possa, su richiesta di un giudice nazionale, prestare a questo assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno qualora l'autorità nazionale garante della concorrenza consideri appropriata tale assistenza. Sul punto anche, G. Muscolo, "Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove", Concorrenza e mercato, 2014.

²⁵ Un recente intervento *amicus curiae* della Commissione europea presso i Tribunali nazionali si è registrato per esempio nella controversia che traeva

oppure con osservazioni orali o con osservazioni scritte; la necessità di instaurazione del contraddittorio tecnico con le parti e i loro consulenti; il coordinamento col ruolo del consulente, che dovrebbe essere compito del giudice, unico interlocutore dell'Autorità.

Quanto alle questioni strettamente connesse alla quantificazione del danno, occorre comunque sempre costruire anche in questa sede uno scenario contro-fattuale che è necessariamente frutto di una stima, la migliore possibile allo stato degli atti.

origine da una richiesta di condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza del "cartello dei Tir" accertato con decisione della Commissione europea del 19 luglio 2016, Caso AT.39824, GU C 108, 6.4.2017, pp. 6-8.

In questo caso il Tribunale, valorizzando il parere reso dalla Commissione UE interrogata *amicus curiae*, disattendeva le richieste attoree, ritenendole non provate (cfr. sentenza del Tribunale di Napoli - Sezione Spec. Impresa - 22 maggio 2023 n. 5266). Relativamente di recente, si sono invece registrati alcuni interventi *amicus curiae* dell'AGCM in relazione ad alcune controversie innanzi al Tribunale di Roma che traevano origine dalle richieste di condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'abuso di posizione dominante di Telecom Italia accertato con provvedimento n. 24339 del 9 maggio 2013 (caso A428 in Bollettino AGCM 20/2013). In particolare, l'Autorità aveva concluso che, mediante l'opposizione ai concorrenti di un numero molto elevato di rifiuti alle richieste di attivazione dei servizi all'ingrosso di accesso alla rete, Telecom Italia avesse ostacolato l'accesso dei medesimi concorrenti all'infrastruttura di telefonia fissa, anche alla luce dei profili discriminatori nell'organizzazione dei processi di attivazione dei servizi all'ingrosso tra tali concorrenti e le divisioni commerciali della stessa Telecom Italia.

VIII. Cenni all'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione e dell'AGCM

Un particolare aspetto del dibattito sulla quantificazione del danno nei processi di concorrenza è quello correlato all'altro meccanismo di cooperazione tra le Corti nazionali da un lato e la Commissione e le ANC dall'altro, che costituisce uno dei punti nodali di raccordo tra il *private* e il *public enforcement* del diritto *antitrust*²⁶.

L'articolo 9, comma 1 della Direttiva 2014/104/UE al primo paragrafo prescrive, infatti, da un lato che le Corti siano vincolate dalle decisioni definitive con cui una ANC ha accertato una violazione *antitrust* e, dall'altro lato, possano

²⁶ Secondo il precedente orientamento giurisprudenziale, "gli accertamenti compiuti dall'Autorità garante godono di una efficacia probatoria rafforzata nei giudizi civili ordinari, instaurati ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali; in tal caso i provvedimenti assunti dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato e le decisioni del giudice amministrativo, che eventualmente abbiano confermato o riformato quei provvedimenti, costituiscono prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso". (Cass. Sez. I, sent. n. 23655 del 31 agosto 2021; Conf. Cass., Sez. 1, sent. n. 18176 del 5 luglio 2019). Occorre rilevare, tuttavia, che il valore di prova privilegiata di un provvedimento *antitrust* rimane limitato alla natura della condotta sanzionata, senza estendersi agli eventuali effetti della stessa e quindi alla quantificazione dell'eventuale danno. Onere, questo, che rimane in capo al danneggiato in sede di *private enforcement*. La citata disposizione normativa persegue l'obiettivo del legislatore comunitario di applicare efficacemente il diritto della concorrenza attraverso la funzione sinergica del *public enforcement* e del *private enforcement*. Sinergia, che risulta in completa armonia con il principio di tutela giurisdizionale e con i principi costituzionali del nostro ordinamento. In tal senso, si veda *Judicial Review of Competition Cases - Binding Effects of the Decisions of the National Competition Authorities for Courts and Judicial Review in the European Union: an Italian Perspective*, G. Muscolo, *Concurrences*, 2022, p. 239.

conferire l'efficacia di prova *prima facie* quando un'analoga decisione definitiva venga emessa da una ANC di un altro Stati membri dell'UE²⁷.

Nell'attuare la norma europea, l'articolo 7 del Decreto 3/2017 ha dunque stabilito che ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva dell'AGCM²⁸.

²⁷ Art. 9 della Direttiva 104/2014/UE: 1. 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; 2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti. 3. Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE.

²⁸ L'art. 7 del D.lgs. n. 3/2017 recita: "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno [...]". Prima del recepimento della Direttiva, a livello nazionale restava invece il fatto che, secondo i consolidati principi della Suprema Corte, in materia anti-

Il medesimo articolo ha stabilito che la decisione definitiva con cui l'autorità accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove²⁹.

Un precedente dell'articolo 7 si rinviene nell'articolo 16 del Regolamento 1/2003 che prevede che i giudici nazionali quando si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 TCE (ora articoli 101 e 102 del TFUE) che sono già oggetto di una decisione della Commissione non possono prendere decisioni in contrasto con la decisione adottata. Oltre a ciò, questi devono anche evitare

trust gli atti del procedimento, in esito al quale l'AGCM aveva accertato la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, venivano considerati costituire esclusivamente una prova privilegiata (quando non una presunzione) dell'anti-concorrenzialità della condotta e del danno patito dal singolo consumatore/utente. Cfr. Cass, sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305. A ben vedere la novità normativa potrebbe comunque consentire anche un maggiore ricorso all'utilizzo dell'accertamento tecnico preventivo previsto dall'articolo 696 bis del c.p.c. (introdotto dalla Legge n. 80 del 2005). L'articolo 696 bis c.p.c. prevede infatti che possa chiedersi una consulenza tecnica, anche al di fuori dei presupposti di urgenza previsti dal 696 c.p.c., finalizzata all'accertamento e alla relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. L'obiettivo della norma è infatti quello di favorire una definizione stragiudiziale delle controversie il cui reale oggetto del contendere non è costituito dall'accertamento dell'esistenza del diritto, bensì dall'esatta determinazione del danno (come, a questo punto, dovrebbero presumersi essere le azioni risarcitorie che fanno seguito all'accertamento di un cartello).

²⁹ Ciò salvo aggiungere che tali disposizioni lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tra gli Stati membri dell'Unione europea, solo in Germania è previsto che la decisione di qualsiasi ANC di altro Stato membro sia vincolante per il giudice (si veda la sezione 33.4 del GWB).

decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati.

A tal fine, le giurisdizioni nazionali hanno la facoltà di sospendere i procedimenti da esse avviati.

La norma dell'articolo 7 del Decreto 3/2017 fa, quindi, sistema con quella dell'articolo 16 del Regolamento 1/2003, rafforzando però le garanzie del giusto processo³⁰.

Se, infatti, si prevede la vincolatività dell'accertamento compiuto da parte delle ANC, ciò vale solo nel caso in cui questo sia divenuto definitivo, nel senso che non può o non può più essere impugnato con i mezzi ordinari³¹.

³⁰ Vedi, se vuoi: G. Muscolo, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in Nuovo Diritto Civile Anno III – 2018 n. 2, pp. 293 e ss. Si sottolinea che i procedimenti antitrust che si chiudono con la presentazione di impegni da parte delle imprese interessate non contengono alcun accertamento dell'illecito. Perciò esse non dovrebbero vincolare il successivo giudizio per il risarcimento del danno. Pur tuttavia, la sentenza della CGUE nella Causa C-547/16, *Gasorba/Repsol*, sentenza del 23 novembre 2017, ECLI:EU:C:2017:891, sembra aver riconosciuto alle decisioni con impegni una qualche valenza probatoria ai fini dell'accertamento dell'illecito concorrenziale. Per un'analisi comparata, è utile rilevare che anche negli Stati Uniti non viene riconosciuto alcun valore probatorio ai cd. *consent decrees* del *Department of Justice* e ai *consent order* della *Federal Trade Commission*, ossia i provvedimenti di diritto statunitense corrispondenti alle decisioni con impegni. In tal senso, si veda *DOJ's consent decrees and the FTC's consent orders have no evidentiary value in private lawsuits for damages*, in OECD, *Commitment Decisions In Antitrust Cases – Note by the United States*, 15-17 June 2016, p. 7. Si veda anche G. Muscolo, *Binding Effects of the Decisions of the National Competition Authorities for Courts and Judicial Review in the European Union: an Italian Perspective in Judicial Review of Competition Cases*, *Concurrences*, pp. 240-250 e G. Muscolo, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali in Nuovo Diritto Civile*, DIKE, 2018, p. 273.

³¹ Anche in questo caso il tema è dunque legato alla questione se il controllo giurisdizionale delle decisioni delle ANC elimini o meno il rischio di tutela giurisdizionale per l'impresa coinvolta e di

Al riguardo va in particolare evidenziato che le valutazioni effettuate dall'Autorità relativamente agli effetti prodotti sul mercato, in particolare dalle intese anticoncorrenziali, con l'applicazione della *theory of harm* e di un *effect based approach*³², in conformità a quanto disposto dalla giurisprudenza europea, sono relative esclusivamente alla sussistenza dell'illecito accertato in sede amministrativa e non vincolano il giudice nell'accertamento della sussistenza e dell'ammontare del danno lamentato in sede di *private - enforcement*, in rapporto al quale possono costituire al più elementi di prova.

IX. Conclusioni: quale modello di giudice antitrust?

Quanto esposto suscita alcune riflessioni: la prima è che il ruolo del giudice della concorrenza è in larga parte quello di giudice del caso, *finder of the fact*, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria.

violare il suo diritto di difesa e del giusto processo come espresso nell'articolo 48 c. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nell'articolo 6 della CEDU. Quest'ultima è una delle questioni più dibattute in Italia ed è stata oggetto di una pronuncia della CEDU nel caso *Menarini Diagnostics S.r.l c. Italia* (N. 43509/08), dove la Corte europea conclude che il provvedimento assunto dall'AGCM nei confronti della Menarini è stato oggetto di un adeguato controllo da parte di "*organes judiciaires de pleine jurisdiction*", con ciò dovendosi escludere la violazione dell'articolo 6 §1 CEDU.

³² Sul rilievo da attribuire all'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza nella valutazione ai sensi dell'articolo 102 si veda in particolare quanto stabilito dalla Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione) Causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. contro Commissione europea*, sentenza del 6 settembre 2017, ECLI:EU:C:2017:632.

La seconda riflessione è che nei processi di concorrenza accanto al ruolo del giudice si pone quello dell'economista.

La terza riflessione attiene a rapporto tra giudice ed economista nel processo *antitrust*: in primo luogo la asimmetria di informazione è certamente meno rilevante tra Autorità e giudici specializzati da un lato ed esperti economisti dall'altro, di quanto non lo sia tra questi ultimi e giudici generalisti.

In secondo luogo, anche tra giudice specializzato ed economista forense, la suddivisione dei ruoli è stata ben descritta come attribuzione al giudice di un *gatekeeping role* e al consulente del compito di traduttore per la Corte di un sapere diverso da quello giuridico³³.

La conclusione è che solo un modello di giudice della concorrenza europeo, di elevata professionalità, di rigorosa specializzazione, di spiccata capacità di cooperazione con gli altri attori dell'*enforcement antitrust* e di *networking* con i colleghi di diversi Paesi è in grado di stare al centro del sistema così ricostruito.

Ed è in questo contesto che, nel corso degli anni, l'Italia ha assistito a una graduale evoluzione legislativa in tema di competenza giurisdizionale per le controversie in materia *antitrust*³⁴.

³³ Cfr. I. Lianos, *Observations of Ioannis Lianos*.

³⁴ Inizialmente, lo si ricorda, la competenza a decidere sulle azioni di nullità, di risarcimento del danno e sull'emissione di provvedimenti d'urgenza in materia *antitrust* era attribuita, sulla base di quanto disposto dalla L. 10 ottobre 1990 n. 287, in grado unico di giudizio alle Corti d'Appello competenti per territorio. Successivamente, l'articolo 134 del Codice della Proprietà Industriale ha esteso la competenza in materia di illeciti *antitrust*, in violazione sia delle norme nazionali che europee, alle sezioni specializzate in materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale poi convertite in Tribunali per le Imprese dal D.L. 24 gennaio 2012. Infine, da ultimo, il citato d.lgs. n. 3 del 2017 ha concentrato ulteriormente le competenze in materia di *antitrust* nelle sole tre Corti d'Appello di Milano, Roma e Napoli.

Tuttavia, molta strada resta ancora da fare sotto i profili della effettiva specializzazione dei giudici *antitrust* italiani e della efficace cooperazione dei medesimi con le Autorità di Concorrenza: ma la compensazione delle vittime di danno *antitrust* passa necessariamente per questa strada³⁵.

GABRIELLA MUSCOLO –
PAOLO CAPRILE – JACOPO M. ORSI*

Bibliografia

G. Muscolo, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in *Nuovo Diritto Civile*, Anno III – 2018 n. 2, pp. 293 e ss.; G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, in *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 6-8 aprile 2017, a cura di G.A. Benacchio e M. Carpanzano, Trento 2018. G. Bruzzone, A. Saija, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiornamento al margine?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017; P. Comoglio, *Note ad una prima lettura del D. Lgs 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e proc. civile*, 3/2017; S. Lopopolo, *Il recepimento italiano della direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017; G. Muscolo, *La prova nelle*

³⁵ A questo proposito il limite decennale alla permanenza dei giudici *antitrust* presso le sezioni specializzate in materia d'impresa (ai sensi dell'art. 45 del D.lgs. n. 160/2006, per come modificato dalla L. n. 111/2007), compromette gravemente la specializzazione dei giudici stessi.

* Le opinioni espresse in questa voce sono personali degli autori e per Paolo Caprile non impegnano l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

azioni di risarcimento dei danni antitrust, in *Analisi Giuridica dell'Economia* 2/2017, pp. 291 e ss. P. Manzini, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017; L. Miccoli, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del D. Lgs. 3/2017*, in *Jus civile*, 4/2017; I. Taccani, *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi civili per il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza*, in *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, (a cura di) F. Munari – C. Cellerino, Aracne, 2016; M. Santise, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016; M. Casoria, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2015; C. Fratea, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione Europea: profili europei, internazional privatistici e interni*, Napoli, 2015; G. Ioannides, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Giornale amministrativo*, 2/2015; S. Marino, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contratto impresa, Europa*, 1/2014; D. Ruggiero, *The effect on private enforcement of the Commission's and national competition authorities decisions: an Italian perspective*, in *Eu competition law: between public and private enforcement*, (a cura di) B. Cosortese, 2014; R. Chiappa, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, 3 marzo 2014; P. Iannuccelli, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. UE*, 4/2012; P. Caprile, *La messa in opera delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali*, in *Discipli-*

na della concorrenza nella UE, a cura di A. Frignani e S. Bariatti, Padova, 2012, pp. 679-708; L. Vasques, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, 8/2012; C. Tesauro, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2011; P. Sabbatini, *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2010; G. Muscolo, *Public e private enforcement (Alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)*, in C. Rabitti Bedogni – P. Barucci, *Vent'anni di antitrust*, Torino, 2010; L. Prosperetti – E. Pani – I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009; M. Taruffo, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; L. Castelli, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 1198, 1219; G. Muscolo, *Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82 nelle controversie tra privati*, in G. Bruzzone, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, 2008; A. Komninos, *EC private antitrust enforcement. Decentralized application of EC competition law by national courts*, Oxford-Portland, 2008; G. Muscolo, *Il "volto non comune" della verità processuale*, in *Aa.Vv.*, *Processo e verità*, (a cura di) A. Mariani Marini, Pisa, 2005; M. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; M. Taruffo, *Sui confini*, *Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002; A. Gavil, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post Daubert/Kumho Era: Case Studies from Antitrust*, 57 *Wash & Lee L. Rev.*, 831, 2000; A. Gavil, *Making Economics more useful in Competition cases: procedural rules governing experts opinions*, in *Fordham Corporate L.I. Rev.*; Graham *The expert fitness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping of Daubert, Kumho and Proposed Amended Rule*

702 of the Federal Rules of Evidence, in 54 U. Miami Law Rev, 2000, pp. 217 ss.; A. Gavil, *After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line between Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation*, 65, *Antitrust L.J.* 663, 1997; E. Protetti – M. T. Protetti, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994; C.M. Barone, *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, EGT, VIII, Roma, 1988; M. Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *DI civ.*, IV, Torino, 1988, G. Muscolo, “La liquidazione del danno: alcune questioni in tema di prova”, in E.A. Raffaelli (a cura di), “*Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra diritto*

nazionale e diritto dell’Unione europea”, Atti del X Convegno di Treviso (17-18 maggio 2012), Bruxelles-Milano, 2013, G. Muscolo, *Binding Effects of the Decisions of the National Competition Authorities for Courts and Judicial Review in the European Union: an Italian Perspective in Judicial Review of Competition Cases*, Concurrences, 2022; E. Camilleri, “Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno” 2018; G. Muscolo, *L’effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali in Nuovo Diritto Civile*, 2018; A. Catricalà, C. E. Cazzato, F. Fimmanò (a cura di), “*Diritto Antitrust*” Milano, 2021.

IL RUOLO DELL'ANALISI ECONOMICA NELLA VALUTAZIONE DEGLI EFFETTI DI CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI E NELLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO ANTITRUST

Sommario: **I.** Danno risarcibile e soggetti danneggiati nelle fattispecie *antitrust*. – **II.** La definizione dello scenario “controfattuale” e il ruolo dell’analisi economica. – **III.** Breve rassegna dei metodi più comunemente utilizzati per l’analisi degli effetti di condotte anticoncorrenziali. – **IV.** Dagli “effetti” della condotta alla determinazione del danno. – **V.** Criteri di orientamento per la valutazione delle evidenze acquisite. – **VI.** Le Opzioni per il Giudice.

I. Danno risarcibile e soggetti danneggiati nelle fattispecie antitrust

Dell’illecito *antitrust* si dice correntemente che sia un illecito plurioffensivo.

Le conseguenze pregiudizievoli della condotta anticoncorrenziale, in effetti, sono suscettibili di proiettarsi nella sfera patrimoniale di una pluralità di soggetti, situati a diversi livelli della catena produttiva e distributiva, collegati o meno da rapporti contrattuali con l’autore della violazione, e di sostanziarsi in danni di diversa natura a carico di uno o più operatori, nonché dei consumatori finali¹.

L’art. 1, d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, riafferma il principio, sancito da una consolidata giurisprudenza europea e recepito dalla Direttiva 2014/104/UE (di seguito, anche “la Direttiva”), secondo il quale il diritto al risarcimento è riconosciuto a “*chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del*

diritto della concorrenza”. Più nel dettaglio, la Direttiva precisa che tale diritto deve essere riconosciuto a “*chiunque, compresi consumatori, imprese o autorità pubbliche*”² e a prescindere dal fatto che la violazione del diritto della concorrenza sia stata oggetto di un previo accertamento da parte di un’autorità garante della concorrenza³.

Secondo l’art. 3, par. 2 della Direttiva, il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza deve porre la persona che tale danno abbia subito “*nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa*”. Ne consegue che il pieno risarcimento deve comprendere le componenti tradizionali del danno emergente e del lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi.

Il legislatore europeo ha così operato una scelta di campo a favore di una concezione compensativa della responsabilità, con esclusione di qualsiasi forma di “*sovra-compensazione [...] sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura*”⁴.

² Cfr. Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, considerando n. 3. Per il riconoscimento ad un ente pubblico della legittimazione attiva all’azione di danni, cfr. CGUE, 12 dicembre 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069.

³ Cfr. Direttiva 2014/104/UE, considerando n. 13.

⁴ Cfr. Direttiva 2014/104/UE, art. 3, par. 3. Sulla funzione meramente compensativa dell’azione di risarcimento del danno disciplinata dalla Direttiva,

¹ Cfr. Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207.

Il danno da violazione del diritto della concorrenza può prodursi, come detto, ad un qualsiasi livello della catena di approvvigionamento, tanto a valle che a monte rispetto alla collocazione dell'autore della violazione, senza che sia necessario, ai fini della risarcibilità, che l'attore abbia intrattenuto un rapporto contrattuale con l'autore della violazione⁵.

v. Barcellona, «Funzione compensativa della responsabilità (e private enforcement della disciplina antitrust)», in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 72; Camilleri, «Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno», in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 155; Vincze, «La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile», in *Riv. dir. proc.* 2015, 1153. Critica la scelta operata dal legislatore europeo Libertini, «La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari», in *Conc. merc.* 2014, 271, secondo il quale si tratterebbe di una ripetizione di regole classiche «pensate per un mondo fatto di individui proprietari e per un'economia statica»; lo stesso A. ha più recentemente sostenuto l'inadeguatezza dei criteri tradizionali fatti propri dalla direttiva, anche in ragione del fatto che gli stessi non considerano «le peculiarità e le difficoltà che nascono in sede di liquidazione del danno subito da un'attività d'impresa»: Libertini, «Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e Privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust», in *Accademia. Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, 2024, 57. In senso analogo cfr. Genovese, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, 215. Perplesità rispetto alla tesi secondo la quale «la funzione compensativa di un'azione di risarcimento danni per violazione del diritto della concorrenza rimane "subordinata" alla sua funzione deterrente» sono espresse da Saija, «La distinzione tra public e private enforcement nel diritto antitrust: un valore da preservare», in Benacchio e Carpagnano (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019.

⁵ Cfr. Direttiva 2014/104/UE, considerando n. 13. Sul punto, v. De Cristofaro, «Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale,

Lottica da cui muove il legislatore della Direttiva è essenzialmente quella della pratica di sfruttamento, vale a dire quella della violazione del diritto della concorrenza che abbia riguardato «*le condizioni e il prezzo a cui i beni o i servizi sono venduti*», determinando «*un sovrapprezzo e [...] altri danni, per i clienti degli autori della violazione*»⁶.

In tale contesto il danno emergente viene individuato, essenzialmente, nella differenza tra il prezzo che è stato effettivamente pagato (ovvero ottenuto, nel caso dei fornitori) e quello che sarebbe stato praticato in assenza della violazione. Il sovrapprezzo pagato dai clienti diretti ed indiretti dell'autore della violazione può inoltre comportare una contrazione dei volumi e tradursi in un danno risarcibile nella forma del lucro cessante.

La finalità perseguita dalla Direttiva è quella di garantire la più ampia effettività del diritto al pieno risarcimento, puntando nello specifico a neutralizzare la tradizionale asimmetria informativa tra autore della violazione del diritto della concorrenza e soggetti danneggiati, più volte indicata tra le ragioni della scarsa diffusione ed incisività del *private enforcement* in ambito europeo⁷. A tal fine sono stati previsti alcuni istituti volti a ridurre o alleggerire

di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale», in *Int'l Lis*, 2015, 123.

⁶ Cfr. Direttiva 2014/104/UE, considerando n. 43, ove è considerata anche la corrispondente fattispecie che produce effetti a monte della violazione.

⁷ Sul punto si veda Libertini, «Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e Privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust», cit., 46. Cfr. De Cristofaro, «Il private enforcement antitrust», cit.; Comoglio, «Note a una prima lettura del d. lgs. n. 3 del 217. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991: quest'ultimo, in particolare, valuta positivamente la scelta operata dal legislatore nazionale il quale, in sede di recepimento, ha esteso la nuova disciplina processuale anche alle azioni collettive (art. 1, d. lgs. n. 3/2017), pur non rientrando tale previsione tra quelle contenute nella Direttiva.

gli oneri probatori a carico di chi lamenta un danno da violazione del diritto della concorrenza, ovvero ad introdurre misure funzionali ad agevolarne l'assolvimento. L'accoglimento della pretesa risarcitoria presuppone infatti, secondo i principi generali, che sia fornita la prova dell'*an*, e del *quantum* del pregiudizio patrimoniale, oltre che del nesso di causalità tra lo stesso e la condotta illecita, ma l'assolvimento di tali oneri si rivela, nella maggior parte dei casi, estremamente difficoltoso, atteso che le fonti di prova si trovano normalmente presso lo stesso autore della violazione⁸. Sotto tale profilo, sono particolarmente significative ed innovative, rispetto all'assetto normativo nazionale, le disposizioni volte ad ottenere l'esibizione di fonti di prova che si trovano nella disponibilità del convenuto o di terzi, nonché il relativo apparato sanzionatorio.

Nella stessa ottica, rileva poi la disposizione di cui all'art. 17, par. 2, della Direttiva, con la quale è stata introdotta una presunzione relativa di dannosità dei cartelli, nonché la particolare attenzione che il legislatore europeo ha dedicato al fenomeno della traslazione del danno antitrust (c.d. *passing on*), considerato quale possibile oggetto di “una prassi commerciale” consistente nel “trasferire gli aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento”⁹. Il *passing on* è considerato sia dal punto di vista dell'autore della violazione (c.d. *passing on* difensivo), che dal punto di vista del soggetto danneggiato (c.d. *passing on* offensivo). Sotto

il primo profilo, la Direttiva si limita a stabilire che l'autore della violazione chiamato a risarcire il danno asseritamente subito dall'attore, deve poter eccepire – con onere della prova a suo carico – che quest'ultimo ha trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza¹⁰. Per converso, il *passing on* offensivo è preso in considerazione con specifico riferimento alle difficoltà che gli acquirenti indiretti potrebbero incontrare, in ragione della loro “distanza dall'infrazione”¹¹, nel fornire la prova degli elementi rilevanti ai fini del risarcimento del danno da sovrapprezzo. La Direttiva, infatti, ha introdotto una presunzione di trasferimento del sovrapprezzo a favore dell'attore acquirente indiretto, ove questi dimostri che: “a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano”¹².

Pertanto, lo stesso legislatore europeo mostra di essere consapevole che, pur in presenza dei numerosi strumenti variamente agevolativi rispetto alla ripartizione e all'adempimento degli oneri probatori introdotti dalla Direttiva, “l'applicazione di modelli economici complessi” è inevitabilmente destinata a mantenere un ruolo centrale nelle attività processuali relative

⁸ Cfr. Vincre, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit.

⁹ Cfr. Direttiva 2014/104/UE, Considerando n. 41; art. 14. Sul *passing on* v. anche il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165 definitivo, pag. 8. In dottrina, v. Villa, «L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza», in *Corriere giur.* 2017, 441; Carpagnano, «Le regole (proposte) sul *passing-on* e azione degli acquirenti indiretti», in *Conc. merc.* 2014, 273.

¹⁰ Così Direttiva 2014/104/UE, art. 13 (*Eccezione del trasferimento*), recepito dall'art. 11 del d. lgs. n. 3/2017.

¹¹ Cfr. Libro Bianco, *loc. ult. cit.*

¹² Cfr. l'art. 14 della Direttiva (*Acquirenti indiretti*), recepito dall'art. 12 del d. lgs. n. 3/2017. Sulla qualificazione della presunzione di cui trattasi in termini di “presunzione impropria”, cfr. DE CRISTOFARO, «Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del *private antitrust enforcement*», in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 2, 523.

alla prova del danno. L'apporto dell'analisi economica rimarrà pertanto insostituibile per individuare e definire l'area del pregiudizio giuridicamente rilevante, non soltanto quando quest'ultimo si presenti nelle forme del danno da sovrapprezzo anticompetitivo, ma anche nei casi in cui si tratterà di assolvere agli oneri probatori in punto di danni – e di relativo nesso causale – derivanti da pratiche escludenti.

Come noto, queste ultime possono realizzarsi attraverso manovre sui prezzi (prezzi predatori, sconti fidelizzanti, *margin squeeze*, *price squeeze*) o per mezzo di condotte di natura diversa, quali accordi di esclusiva, ostacoli all'accesso a *essential facilities*, rifiuti a contrarre, *etc.* producendo effetti negativi sull'*output* dei concorrenti, che possono concretizzarsi tanto in una riduzione, quanto in un mancato incremento atteso delle quantità.

Posto che il pregiudizio di natura patrimoniale, in entrambi i casi, dovrà essere valutato in termini di differenza tra flussi di cassa attesi e flussi effettivi, il corretto inquadramento del nesso causale, da effettuarsi sulla base delle evidenze economiche, svolgerà anche in questo caso un ruolo decisivo al fine di circoscrivere l'area del danno risarcibile, espungendo in particolare gli eventuali mancati guadagni lamentati dalla parte che siano eziologicamente riconducibili a circostanze diverse dall'illecito *antitrust*.

II. La definizione dello scenario “controfattuale” e il ruolo dell'analisi economica

Il problema principale nella determinazione del danno da illecito *antitrust* consiste nel fatto che gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza non sono (direttamente) osservabili. Il solo scenario osservabile è quello nel quale

avviene (o che incorpora) la condotta. In altri termini, si può osservare soltanto ciò che è accaduto, ma non come sarebbe stata la realtà se tutto fosse rimasto identico, ma senza che la condotta “incriminata” avesse avuto luogo.

L'approccio più comunemente utilizzato per colmare questo *gap informativo* è quello di costruire uno scenario “controfattuale”, con il quale comparare la realtà che incorpora gli effetti della condotta. Ad esempio, nel caso di un cartello o di un abuso di sfruttamento economico, lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima del prezzo che tenga conto di tutti i fattori che incidono sul prezzo stesso ad eccezione del cartello (o dell'abuso). Comparando il prezzo effettivo con quello dello scenario controfattuale si può ottenere una stima del cosiddetto sovrapprezzo da cartello (*cartel overcharge*), ovvero quanto hanno speso in più gli acquirenti del bene (sia imprese che consumatori finali) per via del cartello tra le imprese produttrici di quel determinato bene. Nel caso di un abuso escludente (prezzi predatori, *refusal to deal*, *tying & bundling* e altri), lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima dei costi sostenuti e/o delle vendite che l'impresa esclusa avrebbe realizzato in assenza dell'abuso da parte dell'impresa dominante. Alla stessa stregua, comparando le vendite (costi) stimate dello scenario controfattuale con quelle effettivamente realizzate (con i costi effettivamente sostenuti) dall'impresa, è possibile ottenere una stima delle vendite non realizzate per via dell'esclusione.

La costruzione dello scenario controfattuale rappresenta dunque il momento centrale di qualsiasi esercizio volto a misurare l'effetto di un cambiamento del regime concorrenziale o, più in generale, di qualsiasi intervento di *policy*. Se, da una parte, il problema della ricerca del tassello mancante per la determinazione del danno è teoricamente ben definito,

dall'altra, come debba essere effettivamente costruito lo scenario controfattuale è più controverso. Ciò perché, come vedremo nella sezione successiva, esistono una pluralità di metodi utili a tale fine, molto diversi da loro, che si basano su ipotesi più o meno restrittive, che richiedono una quantità di dati e informazioni più o meno significativa e, soprattutto, che se applicati allo stesso problema possono dare risultati anche molto diversi tra loro. La sezione che segue tratterà, sebbene in maniera non esaustiva, le metodologie più comunemente utilizzate per la determinazione del danno. Si tratta, implicitamente, di approcci alternativi che mirano allo stesso obiettivo, ovvero alla costruzione dello scenario controfattuale.

III. Breve rassegna dei metod più comunemente utilizzati per l'analisi degli effetti di condotte anticoncorrenziali

Esiste un'ampia gamma di metodi e modelli per l'analisi degli effetti delle condotte anticoncorrenziali, con ciò intendendo sia le pratiche di sfruttamento che quelle escludenti. Tali metodi possono essere classificati in modi diversi, ma in realtà mirano tutti alla costruzione dello scenario controfattuale a ciò che viene osservato e che, per definizione, incorpora la condotta delle imprese. D'ora in avanti, si farà, pertanto, riferimento indistintamente alle condotte anticoncorrenziali essendo i metodi e i modelli non differenziati per fattispecie e utilizzabili sia per quantificare il sovrapprezzo dovuto alla pratica di sfruttamento sia le mancate vendite connesse alla condotta escludente. Inoltre, sempre per finalità espositive, alcuni metodi verranno descritti prendendo come riferimento il sovrapprezzo causato da un ipotetico cartello; ovviamente, per quanto detto sopra, nulla vieta di applicare le medesime tecniche per

la quantificazione delle vendite che non si sono realizzate per via dell'esclusione dal mercato.

I metodi più comunemente utilizzati possono essere raggruppati nelle seguenti tre categorie: *i)* metodi che si basano su comparatori (o "*yardstick*"); *ii)* metodi di natura finanziaria e *iii)* metodi basati su modelli economici che descrivono il comportamento delle imprese.

i) I metodi basati su comparatori (*comparator*) utilizzano dati non influenzati dalla condotta della quale si vogliono misurare gli effetti al fine di pervenire alla costruzione di uno scenario "controfattuale" (da comparare a quello fattuale che, per definizione, incorpora anche gli effetti della condotta). Tali dati possono riferirsi ad "altri mercati", a periodi temporali diversi da quelli nei quali si realizza l'*infringement*, oppure a mercati diversi sullo stesso arco temporale nel quale si verifica la condotta. La scelta di quale approccio utilizzare dipende essenzialmente dalla qualità e dalla quantità dei dati e delle informazioni disponibili. Esempi di "altri" mercati possono essere sia mercati nazionali dello stesso bene ma in aree geografiche diverse da quelle in cui si è realizzata la condotta, sia mercati esteri dello stesso bene. Perché i dati provenienti da altri mercati possano essere validamente utilizzati per la costruzione dello scenario controfattuale è necessario che in essi non operino le imprese che hanno posto in essere la condotta restrittiva né che in tali mercati siano presenti condotte simili poste in essere da imprese diverse. Ad esempio, se si volessero misurare gli effetti di un presunto cartello tra imprese attive solo in alcune province italiane, il prezzo dello scenario controfattuale potrà essere stimato calcolando una media (semplice o ponderata in maniera adeguata) dei prezzi del medesimo bene nelle rimanenti regioni d'Italia (o in mercati esteri non troppo "dissimili" dall'Italia). Qualora

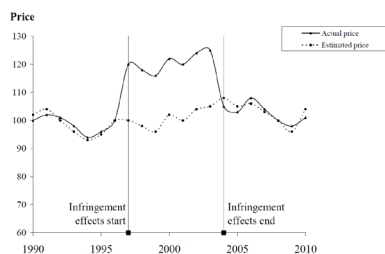
la numerosità degli “altri mercati” sia particolarmente elevata è opportuno costruire modelli empirici controfattuali che tengano conto anche di possibili differenze tra mercati (che incidono sul prezzo di equilibrio e quindi sugli effetti della condotta). Ad esempio, i “diversi” mercati potrebbero differenziarsi per via del numero di imprese in essi presenti. Dato che la struttura di mercato (numero di imprese) è una variabile concorrenziale che impatta sul prezzo finale, se nei mercati usati come comparatori il numero di imprese è diverso da quello nel mercato in cui avviene l'*infringement*, comparando i dati di prezzo dell'uno con quelli degli altri non si avrebbe una stima soltanto dell'effetto del cartello (la sola cosa che qui interessa) ma una stima degli effetti del cartello che incorpora anche le differenze di prezzo dovute a *differenze nella struttura del mercato*. L'utilizzo di modelli empirici opportunamente costruiti consente appunto di pervenire alla stima del prezzo nello scenario controfattuale “neutralizzando” tutte le differenze di prezzo tra mercati ad eccezione del cartello (che, si ricorda, è l'unico determinante del prezzo di cui si vogliono misurare gli effetti).

L'altra grande famiglia di metodi basati su comparatori è quella che utilizza dati provenienti dallo stesso mercato in cui avviene l'*infringement* ma in un diverso momento temporale (generalmente prima, durante e/o dopo). Tali metodi si distinguono in due grandi categorie, quelli, più semplici, “a linea retta” e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, l'assunto di fondo è che lo scenario controfattuale alla condotta possa essere desunto da dati ed informazioni precedenti, successivi o coevi all'attuazione della condotta. I metodi “a linea retta” sono dei metodi molto apprezzati soprattutto per la loro semplicità; tuttavia, come vedremo, il grado di imprecisione di questi metodi

può essere notevole. I principali metodi a linea retta sono tre: “*Before*”, “*After*” e “*Before/After*”. Il metodo “*Before*” assume semplicemente che il prezzo nello scenario controfattuale sia quello immediatamente precedente l'inizio della condotta. “*After*” assume, invece, che il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza della condotta è quello immediatamente successivo alla fine della stessa. Il metodo “*Before/After*” assume, infine, che i prezzi che sarebbe prevalsi in assenza del cartello sono quelli che si trovano lungo una retta che congiunge il prezzo immediatamente prima dell'inizio della condotta “*Before*” con quello immediatamente dopo “*After*”. Il vantaggio principale del metodo “*Before*”, che, come ricordato si basa su dati pre-cartello, è quello di fornire un controfattuale non contaminato dagli effetti del cartello; può essere tuttavia difficile accertare il momento nel quale il cartello inizia a produrre effetti. Lo svantaggio principale del metodo “*After*” è che il cartello può continuare a produrre effetti anche dopo la fine “ufficiale” dello stesso; ciò comporta che il controfattuale sia in qualche modo “inquinato” dagli effetti del cartello. Anche in questo caso, la disponibilità di dati di buona qualità può consentire lo svolgimento di esercizi di natura econometrica, che consentono di stimare il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza del cartello in maniera più attendibile di quanto (non) facciano i metodi a linea retta. La figura che segue illustra precisamente questo. La linea continua mostra lo scenario fattuale, ovvero l'andamento del prezzo del bene oggetto del cartello prima, durante e dopo il cartello stesso; la linea tratteggiata, che rappresenta lo scenario controfattuale, è quello che si può ottenere mediante l'utilizzo di metodi econometrici. La superiorità di tali metodi rispetto ai metodi a linea retta deriva essenzialmente dal fatto che i primi sono in grado di fornire una stima del prezzo nello scenario controfattuale che tiene conto

anche del cambiamento intervenuto in altri fattori (che rilevano per il prezzo) ma indipendenti dal cartello. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato il cartello è cambiato anche il prezzo degli *input* del bene (per ragioni indipendenti dal cartello) utilizzando opportunamente i metodi econometrici sarà possibile produrre un controfattuale che tenga anche conto della variazione del prezzo dell'*input* intervenuta contemporaneamente al cartello, evitando, quindi, di imputare tutta la variazione di prezzo al cartello, sovra o sottostimandone gli effetti.

Esempio di applicazione dei metodi basati su serie storiche



Fonte: Figura riprodotta da Practical Guide (2013)¹³

Laddove fossero disponibili, per gli anni nei quali ha operato il cartello, sia dati per il mercato nel quale avviene l'*infringement* sia dati per altri mercati dello stesso bene, si può adottare una tecnica, ancora più sofisticata, definita in gergo *difference-in-difference*. Tale tecnica consente di isolare abbastanza bene gli effetti del cartello sul prezzo da altri fattori come costi, domanda, fattori istituzionali che pure impattano sul prezzo ma non hanno niente a che vedere con il cartello. Supponiamo, ad esempio, che nel periodo del cartello il prezzo del bene sia aumentato

del 20% e che il prezzo del principale *input* per produrre tale bene sia aumentato del 40%. Se l'incremento di prezzo del bene (20%) fosse interamente attribuito al cartello, con ogni probabilità gli effetti del cartello verrebbero sovrastimati perché non si terrebbe conto del fatto che anche i costi per le imprese sono aumentati. La porzione di aumento del prezzo dovuto al solo aumento dei costi può tuttavia essere misurata sulla base dell'incremento del prezzo medio sugli 'altri mercati', che per definizione non sono influenzati dal cartello. Sempre continuando con il nostro esempio, supponiamo che sullo stesso periodo di tempo del cartello il prezzo in tali mercati sia mediamente aumentato del 7%. L'effetto del cartello può essere quindi stimato sottraendo l'aumento dei prezzi dovuto al solo aumento dei costi (7%) all'aumento del prezzo di mercato del bene oggetto del cartello (20%), producendo, nel nostro esempio, una stima dell'effetto del cartello sul prezzo del bene pari al 13%. L'ipotesi alla base della metodologia *difference-in-difference* è che sia il mercato dove avviene il cartello sia gli altri mercati rispondano tendenzialmente allo stesso modo ad (eventuali) *shock* sul prezzo intervenuti durante il periodo del cartello e che, pertanto, l'unica differenza tra i due *set* di mercati sia la presenza del cartello in uno ma non negli altri. Il metodo appena descritto può essere applicato anche qualora non fosse possibile disporre di dati sui prezzi dello stesso bene negli 'altri' mercati (e sul medesimo arco temporale), ma soltanto di dati relativi ad un bene merceologicamente affine (ad es. pane e pasta), che, in qualche modo possa essere interessato dagli stessi *shock* del bene oggetto del cartello. In altre parole, se per ipotesi il cartello interessasse il mercato della pasta secca, la crescita, sullo stesso periodo, del prezzo medio del pane può essere utilizzata per depurare l'aumento di

¹³ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione, del 13 giugno 2013.

prezzo della pasta dall'aumento di costo intervenuto sullo stesso periodo. Anche in questo caso è possibile utilizzare tecniche di natura econometrica per svolgere esercizi più sofisticati e/o stimare l'effetto di interesse tenendo conto di altri fattori che impattano sul prezzo dei beni.

ii) I metodi di natura finanziaria comprendono un insieme di strumenti che vengono applicati per quantificare alcuni indicatori di natura finanziaria nello scenario controfattuale. La differenza principale rispetto ai metodi descritti in precedenza è più da ritrovarsi nell'ambito di applicazione dei metodi (applicati ad indicatori di natura finanziaria) che non nelle tecniche stesse. Un esempio tipico di applicazione dei metodi finanziari consiste nel determinare (direttamente) la redditività di impresa che ritiene di essere stata danneggiata dalla condotta di una o più imprese nello scenario "controfattuale" e compararla con quella effettivamente osservata al fine di quantificare il danno subito per via della condotta. La redditività dell'impresa (esclusa) potrebbe, ad esempio, essere stimata facendo riferimento al proprio costo del capitale, ovvero al tasso di profitto *minimo* che un'impresa dovrebbe realizzare in mercati competitivi per remunerare i propri portatori di capitale (sia di rischio che di debito). Laddove il tasso di profitto realizzato fosse inferiore al costo del capitale e si dimostrasse che ciò è una conseguenza della condotta (escludente) di un'impresa, la differenza tra i due tassi di rendimento potrebbe essere imputata all'abuso¹⁴. Alternativamente, la profittabilità nello scenario "controfattuale" potrebbe essere misurata sulla base dei profitti effettivamente realizzati da altre

imprese che operano all'interno della medesima industria e/o di imprese che operano in settori comparabili in termini di rischio dell'investimento e della struttura di mercato e/o sulla base dei profitti realizzati dall'impresa esclusa prima dell'inizio e/o dopo la fine della condotta. Anche i metodi di *bottom-up costing* sono generalmente ricompresi tra i metodi di natura finanziaria. Questi ultimi forniscono una stima del prezzo che si sarebbe osservato in assenza del cartello in base a criteri di natura contabile, costruendo il prezzo nello scenario controfattuale mediante applicazione di un *mark-up* al costo unitario di bene. Il costo unitario è quello delle imprese appartenenti al cartello; il *mark-up* viene generalmente stimato mediante tecniche di analisi finanziaria applicate in mercati comparabili ma competitivi.

iii) Infine, i metodi basati su modelli economici assumono che gli esiti di mercato (prezzi e quantità) possano essere considerati come equilibri di modelli nei quali, data la funzione di domanda di ciascuna impresa, le imprese competono tra loro per massimizzare i rispettivi profitti. L'interazione tra imprese può avvenire in modi diversi: in alcuni casi le imprese competono definendo in maniera strategica il prezzo del proprio prodotto; in altri le imprese decidono la quantità prodotta lasciando che sia il mercato a definire il prezzo. I beni prodotti dalle imprese possono essere differenziati (ciascuna impresa produce un bene che è sufficientemente differenziato – o almeno percepito come tale – da quello prodotto da un'altra) o omogenei (tutte le imprese producono lo stesso identico bene). I costi delle imprese possono essere simmetrici (uguali per tutte le imprese) o meno. L'applicazione di tali metodi per la stima degli effetti di una determinata condotta presuppone: 1) la scelta di una forma di interazione tra imprese; e 2) la stima dei

¹⁴ È importante notare come, utilizzando come parametro di redditività il costo di capitale dell'impresa, si tenda a produrre una sottostima del danno derivante dalla condotta. Il danno stimato in questo modo sarebbe quindi da considerarsi un *lower bound*.

parametri della funzione di domanda e/o della funzione di costo di ciascuna impresa. Combinando 1) e 2) è possibile ottenere un equilibrio di mercato (prezzi, quantità e profitti per ciascuna impresa) nello scenario “controfattuale”, da comparare con quello fattuale (che incorpora anche gli effetti della condotta). Ovviamente, dato che assunzioni diverse relativamente a 1) e 2) daranno inevitabilmente luogo a equilibri di mercato diversi, e quindi a stime diverse degli effetti del cartello, è essenziale che tali assunzioni vengano effettuate nella maniera più coerente possibile con quanto avviene nella realtà e, possibilmente, con l'aiuto di specialisti del settore in grado di indirizzare tali scelte.

IV. Dagli “effetti” della condotta alla determinazione del danno

Oltre alla stima degli effetti della condotta sulla variabile rilevante (prezzo nei casi di cartello e/o abuso di sfruttamento, vendite nei casi di abusi escludenti), la quantificazione dei danni da condotte anticoncorrenziali richiede elementi ulteriori. Nei casi di cartello, la determinazione dei danni subiti dalle imprese acquirenti il bene oggetto del cartello richiede anche una stima del *pass-on*, ovvero, della parte di danno da “sovrapprezzo” che l'acquirente del bene oggetto del cartello riesce a trasferire a valle¹⁵. Ad esempio, nel caso di un ipotetico cartello tra produttori di cemento, tutte le imprese che acquistano il cemento sono costrette a pagare un prezzo più elevato di quello che avrebbero corrisposto in assenza della condotta. Quanto tali imprese siano effettivamente penalizzate dal cartello (che ha incrementato il prezzo di un loro *input*),

dipende dalla misura in cui esse riusciranno a riversare l'aumento di prezzo a valle. Ciò posto, effettuare una stima credibile del *pass-on* richiede l'applicazione di tecniche piuttosto complesse, la cui trattazione esula dallo scopo del presente contributo¹⁶. In linea generale, si può affermare come vi sia una differenza tra il caso in cui le imprese a valle comprano tutte dal cartello e il caso in cui soltanto alcune di esse comprano dalle imprese colluse. Nel primo caso, secondo un risultato ben noto nella teoria economica, il *pass-on* è compreso tra il 50%, come avverrebbe se l'impresa acquirente fosse un monopolista con una domanda lineare (a valle)¹⁷, e il 100% se il mercato a valle delle imprese coinvolte nel cartello è concorrenziale. In altre parole, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è al massimo pari al 50% di quanto pagato in eccesso sui propri acquisti (se l'acquirente è monopolista)¹⁸ mentre, se il *pass-on* è il 100%, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è pari a zero (in quanto l'aumento di prezzo

¹⁶ Per una trattazione esaustiva sulle modalità di stima del trasferimento del sovrapprezzo ed i relativi principi economici, si veda la Comunicazione della Commissione (2019/C 267/07) “Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto”.

¹⁷ Se la funzione di domanda del prodotto dell'impresa monopolista è concava, ovvero all'aumentare del prezzo l'inclinazione della funzione di domanda diminuisce (e l'elasticità della domanda aumenta), il *pass-on* è inferiore al 50%. Diversamente, se la funzione di domanda del prodotto dell'impresa monopolista è convessa, ovvero all'aumentare del prezzo l'inclinazione della funzione di domanda aumenta (e l'elasticità della domanda diminuisce), il *pass-on* è superiore al 50% e può anche superare il 100%. Sul punto si veda anche Communication from the Commission (2018).

¹⁸ Formalmente, l'eccesso di spesa per via del cartello può essere espresso moltiplicando il sovrapprezzo da cartello per la quantità acquistata del fattore produttivo.

¹⁵ Ovviamente, non c'è necessità di considerare il *pass-on* quando gli acquirenti del prodotto oggetto del cartello sono i consumatori finali.

viene riversato completamente a valle). Nel secondo caso (soltanto alcune delle imprese nel mercato a valle acquistano l'*input* al prezzo del cartello), il *pass-on* per queste imprese sarebbe prossimo allo zero, in quanto, operando in tale mercato anche imprese non soggette all'aumento dei costi (per via del cartello a monte), le imprese che acquistano a prezzi di cartello difficilmente riuscirebbero a trasferire a valle l'aumento dei costi. In linea di principio, stimare empiricamente il *pass-on* effettivo in un caso specifico non è impossibile. Ciò richiede l'applicazione di tecniche econometriche a dati (affidabili) sui prezzi di acquisto dei fattori produttivi, sui prezzi finali e sui volumi effettivamente venduti, i quali possono essere di non facile reperimento¹⁹. Le evidenze di tipo quantitativo sul *pass-on* possono essere utilmente complementate da documentazione interna alle imprese sulla politica di prezzo, sull'incidenza dei costi sui prezzi, sulle clausole contrattuali che regolano i prezzi alla clientela, sulla strategia dell'impresa ed altri fattori qualitativi comunque considerati rilevanti.

La considerazione del *pass-on* effettivo non esaurisce la determinazione del danno per le imprese che acquistano un bene oggetto di cartello. In altre parole, quand'anche le imprese acquirenti di tale bene fossero in grado di riversare completamente a valle l'aumento di costo, esse sarebbero comunque danneggiate in quanto, essendo la curva di domanda di un'impresa negativamente inclinata, ciascuna impresa venderà comunque meno unità del suo prodotto, realizzando profitti inferiori (danno da volume). In linea generale, la quantificazione del "danno da volume" richiede una stima dell'elasticità della domanda dell'impresa (per stimare la riduzione delle vendite

causate da un aumento del prezzo per via dell'aumento del costo marginale di produzione) e del margine di profitto che l'impresa avrebbe realizzato su tali vendite²⁰. Qualora tali informazioni non siano disponibili, il danno da volume può essere quantificato a partire da alcune ipotesi sul prezzo di riferimento adottato nel cartello (monopolistico o meno) e sulla tipologia di mercato oligopolistico nello scenario "controfattuale".

La quantificazione del danno per l'impresa esclusa richiede, oltre alle vendite che non hanno avuto luogo per via del comportamento dell'*incumbent*, una stima dei costi sostenuti e/o dei profitti che l'impresa non ha realizzato (per via dell'esclusione). Spesso la perdita di profitto per l'impresa che ha subito l'abuso viene stimata applicando i margini di profitto realizzati dall'impresa alle vendite non realizzate per via dell'esclusione. Il problema principale nella prova di queste tipologie di danno non è di tipo concettuale, ma sta nelle difficoltà per l'impresa che ne chiede il risarcimento di quantificarlo in maniera adeguata, di provare il nesso causale tra danno lamentato e condotta abusiva, nonché di separare l'effetto della condotta escludente da altri fattori che potrebbero aver concorso alla riduzione delle vendite (incompetenza del *management*, mancanza di risorse, ciclo economico avverso e altri fattori).

²⁰ L'elasticità della domanda di un'impresa indica la riduzione percentuale della quantità vendute a seguito dell'aumento del prezzo da parte della stessa impresa. Il margine di profitto che rileva per quantificare il danno da volume è dato dal prezzo al netto dei costi evitati per via della mancata produzione, non considerando quindi eventuali costi fissi nel margine di profitto.

¹⁹ Sul punto si rinvia a Communication from the Commission (2018).

V. Criteri di orientamento per la valutazione delle evidenze acquisite

Come mostrato nelle sezioni precedenti, esistono molteplici metodi comunemente utilizzati per la determinazione del danno causato da un illecito concorrenziale. In linea generale, nessun metodo è assolutamente superiore ad un altro, ma possiede determinate caratteristiche che lo rendono più o meno adatto per essere applicato ad un caso specifico. Nell'ambito della presente sezione verranno, pertanto, forniti alcuni criteri di orientamento per valutare le evidenze acquisite in materia di determinazione del danno in sede giudiziale o in altro contesto.

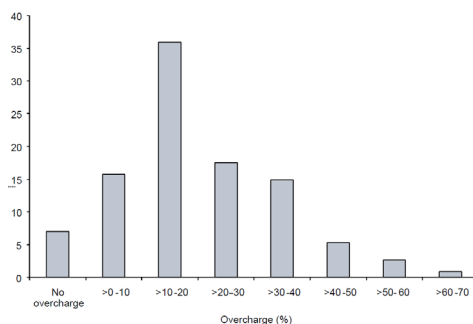
La premessa di fondo alla trattazione che segue è che in nessun caso la valutazione dei danni in un caso specifico dovrebbe essere effettuata sulla base di informazioni storiche sugli effetti dei cartelli in quanto c'è un rischio molto concreto che gli effetti del cartello possono essere sovra o sottostimati. La figura che segue mostra, infatti, come, considerando un numero piuttosto elevato di cartelli avvenuti in passato, il sovrapprezzo da cartello sia variato in un intervallo piuttosto ampio, compreso tra 0 (il cartello non ha prodotto alcun aumento di prezzo) e il 70% (il cartello ha aumentato i prezzi del 233%). In altre parole, dato che in base ai dati storici il sovrapprezzo da cartello, la cosiddetta *cartel overcharge*, varia da 0 al 70%, considerarne la media (pari al 15-20%) può comportare che vengano attribuiti effetti significativi ad un cartello che, di fatto, non ne ha avuto alcuno; diversamente, nel caso di effetti 'reali' pari al 70%, potrebbe accadere che gli effetti reali del cartello siano anche più del triplo di quelli stimati²¹.

²¹ Il sovrapprezzo da cartello è definito, infatti, dalla seguente formula:

$$\frac{P_{\text{ezzo}_{\text{cartello}}} - P_{\text{ezzo}_{\text{contrefattuale}}}}{P_{\text{ezzo}_{\text{cartello}}}}$$

Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno antitrust

Distribuzione del sovrapprezzo da cartello in studi empirici di cartelli avvenuti nel passato



Fonte: Figura riprodotta da Practical Guide (2013)

I metodi basati su comparatori sono certamente in grado di fornire elementi utili alla valutazione del danno da illecito *antitrust*. Tuttavia, affinché tali metodi riescano effettivamente ad isolare l'effetto del cartello (o di altra condotta) da altri fattori devono essere soddisfatte alcune condizioni. In primo luogo, i mercati utilizzati alla base delle comparazioni devono "assomigliare" quanto più possibile al mercato nel quale avviene l'illecito in tutti i principali aspetti che incidono sulla formazione del prezzo.

Ad esempio, se i mercati utilizzati come comparatori presentano un maggiore grado di concentrazione di quello nel quale ha luogo il cartello, il prezzo medio del bene in tali mercati potrebbe addirittura superare quello del bene oggetto del cartello, mostrando un impatto *negativo* del cartello sul prezzo! Ciò non è ovviamente una limitazione intrinseca del metodo, ma una conseguenza del fatto che esso è stato applicato a mercati eterogenei dal punto di vista del grado di concentrazione.

Un esempio ulteriore nel mercato del credito bancario appare particolarmente calzante. È noto come il credito (bancario e non) nelle regioni del Sud Italia sia più costoso che nel Nord Italia per diverse ragioni, ma soprattutto perché, a parità di condizioni, la rischiosità degli

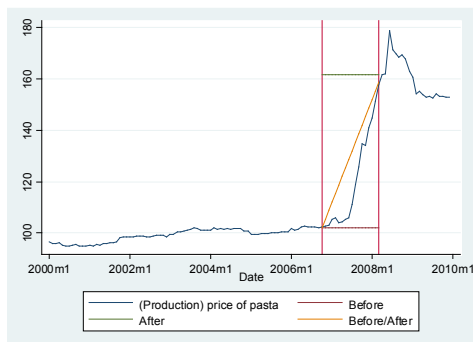
investimenti nel Sud supera quella nel Nord. Una eventuale comparazione dei tassi d'interesse Nord-Sud dovrà, pertanto, tenere inevitabilmente conto di queste differenze per evitare che la stima degli effetti di una condotta sia distorta verso l'alto (se il cartello avvenisse nelle regioni del Sud e le regioni del Nord fossero utilizzate come comparatori) o verso il basso (se il cartello avvenisse nelle regioni del Nord e le regioni del Sud fossero utilizzate come comparatori). La disponibilità di dati su altre variabili (concentrazione, costi, quantità prodotte, *etc.*) che incidono sulla determinazione del prezzo può consentire l'utilizzo di metodi econometrici, che, per loro natura sono in grado di tenere presenti le differenze osservabili tra mercati, aumentando quindi notevolmente la precisione di questi esercizi. Occorre, tuttavia, rilevare, come anche tale approccio non sia completamente risolutivo in quanto esiste sempre una componente di eterogeneità non osservabile (in gergo *unobserved heterogeneity*), che può inficiare la bontà dell'esercizio. In questo senso, perché tale esercizio non presenti le limitazioni appena descritte è importante che venga effettuato comparando i dati di prezzo (e, se possibile, delle proprie determinanti) del mercato dove avviene il cartello con quelli di altri mercati (comparatori) su più periodi di tempo. Il metodo *difference-in-difference* rappresenta una delle alternative più promettenti per lo scopo prefigurato.

Come mostrato in precedenza, i metodi basati su serie storiche possono essere distinti in due grandi categorie, quelli, più semplici, "a linea retta" e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, si assume che lo scenario della condotta in violazione delle norme sulla concorrenza possa essere desunto da dati ed informazioni immediatamente precedenti o successivi all'espletamento della condotta. Esiste, tuttavia, un'importante differenza nella performance delle due categorie di metodi in relazione alla determinazione

dello scenario "controfattuale" in quanto, a differenza dei metodi econometrici, i metodi "a linea retta" non riescono per loro natura a "produrre" uno scenario controfattuale che tenga anche conto dei cambiamenti intervenuti a causa di altri fattori, esogeni alla condotta delle imprese. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato un cartello si registra anche un cambiamento significativo del prezzo dei fattori produttivi utilizzati dall'impresa e/o della quantità prodotta, il prezzo di vendita dell'impresa varierà anche per tali ragioni, che i metodi 'a linea retta' non riescono a catturare. Ciò fa sì che qualsiasi differenza tra il prezzo osservato (frutto della condotta e del cambiamento dei costi e/o della quantità prodotta dall'impresa) e quello dello scenario controfattuale sarà imputata alla condotta delle imprese, ancora una volta sovrastimando o sottostimando gli effetti della condotta. In particolare, gli effetti della condotta verranno sovrastimati se nel periodo del cartello i costi delle imprese saranno aumentati per ragioni esogene e sottostimati nel caso inverso. La figura seguente mostra appunto le criticità appena descritte facendo riferimento ad un caso concreto di cartello, che nella figura è individuato dalle due rette verticali, dove, durante il periodo in cui ha funzionato il cartello è intervenuto un aumento significativo dei costi delle imprese che partecipavano al cartello. Come si può vedere, l'applicazione dei metodi a linea retta "*After*" (linea orizzontale in alto che collega le rette verticali che individuano il cartello) e "*Before/After*" (linea obliqua che collega le rette verticali che individuano il cartello) produce una stima negativa degli effetti del cartello in quanto le stime di prezzo prodotte da questi due metodi sono inferiori ai prezzi di cartello (il cartello ha ridotto il prezzo!). Il metodo "*Before*" (linea orizzontale in basso che collega le rette verticali che individuano

il cartello), invece, produce una stima del prezzo che sarebbe prevalso nel mercato se non ci fosse stato il cartello che non tiene conto dell'aumento dei costi (di natura esogena) per le imprese e, pertanto, produce una sovrastima dell'effetto del cartello.

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi a linea retta



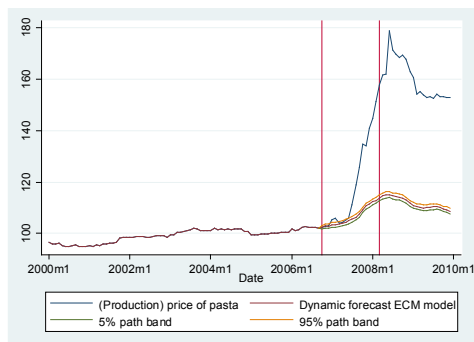
Fonte: Figura riprodotta da Notaro (2014)

Le considerazioni appena svolte portano quindi a sconsigliare l'applicazione di tali metodi quando si registrano importanti variazioni nei costi e nelle quantità prodotte delle imprese nel periodo in cui la condotta vietata avrebbe esplicato i suoi effetti. In altre parole, per poter essere prese in considerazione, le evidenze prodotte sugli effetti di una determinata condotta ottenute applicando tali metodi dovrebbero essere accompagnate da altrettante evidenze sul fatto che i costi e le quantità prodotte non sono variati in maniera significativa nel periodo in cui la condotta avrebbe avuto attuazione²².

²² Con riferimento alle quantità prodotte si osserva come, per definizione, il comportamento coordinato di una o più imprese tenda a ridurre le quantità prodotte, comportando un aumento dei costi unitari di produzione per via delle economie di scala che verrebbero perse. Si suggerisce, pertanto, di tenere conto dell'andamento delle quantità prodotte nei settori caratterizzati da economie di scala.

Da questo punto di vista, le evidenze ottenute sulla base dei metodi econometrici applicati alle serie temporali non presentano le (vistose) limitazioni appena discusse. In particolare, essi, se ben costruiti, sono in grado di produrre scenari controfattuali che tengano conto del fatto che la condotta delle imprese non è l'unica cosa che può essere cambiata prima e dopo l'illecito concorrenziale, come, ad esempio, i costi e le quantità prodotte dalle imprese. La figura che segue illustra alcune elaborazioni ottenute sulla scorta di metodi di natura econometrica applicati alle serie temporali per lo stesso caso considerato nella figura precedente, nel quale si verificava anche un aumento dei costi di produzione nel periodo del cartello. La figura, mostra, infatti come il prezzo dello scenario controfattuale aumenta (per via dell'aumento dei costi) durante il periodo nel quale il cartello ha operato, ma non fino a raggiungere il prezzo di cartello. La differenza tra il prezzo che si è realizzato nel mercato (frutto sia della concertazione tra imprese sia dell'aumento dei costi) con quello dello scenario controfattuale (frutto dell'aumento dei costi ma non della concertazione) può dare un'idea di quanto ha inciso il cartello sul prezzo di mercato.

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi econometrici



Fonte: Figura riprodotta da Notaro (2014)

È, tuttavia, importante che i metodi econometrici vengano applicati in maniera corretta altrimenti anch'essi potrebbero dare delle indicazioni fuorvianti. In particolare, è essenziale che i modelli utilizzati siano ben specificati, stimati in maniera corretta e tengano adeguatamente conto delle caratteristiche dei dati alla base della stima.

Una limitazione importante dei metodi econometrici applicati alle serie temporali è che essi non sono in grado di identificare gli effetti del cartello quando l'economia è attraversata da shock contemporanei (in genere macroeconomici) che impattano su tutte le imprese²³. Ad esempio, nella nota decisione del CAT relativamente al mercato dei camion ('Trucks'), uno degli aspetti più sfidanti per ottenere una stima convincente della *cartel overcharge* è stato il fatto che nel periodo in cui ha operato il cartello l'economia mondiale è stata attraversata da una crisi finanziaria mondiale (2008-2011)²⁴. È certamente possibile inserire degli idonei controlli nel modello per tenere conto di tali fattori, ma ciò si rifletterà inevitabilmente sulla stima dell'*overcharge*.

Tale limitazione può essere superata utilizzando i metodi *difference-in-difference*. Essi costruiscono lo scenario controfattuale sulla base di quanto accaduto nel periodo in cui ha avuto luogo il cartello in mercati che, in qualche modo, si comportano come quello nel quale ha avuto luogo la condotta contestata. In particolare, l'effetto di un'ipotetica concertazione tra le imprese

X, Y e Z avente ad oggetto il prezzo di un bene nella regione (A), potrebbe essere misurato prendendo come riferimento l'evoluzione del prezzo dello stesso prodotto in un'altra regione (B), dove le imprese X, Y e Z non operano. In altre parole, l'andamento del prezzo nella regione B dovrebbe già incorporare l'impatto di tutte le altre forze che determinano il prezzo del bene ad eccezione della condotta, in maniera tale da permettere di isolare "quanta parte" del prezzo è imputabile alla sola condotta delle imprese. Nonostante tale metodo sia attraente, implementarlo in maniera corretta è meno immediato di quanto possa sembrare. La difficoltà che si presenta più comunemente è la mancanza di comparatori appropriati e, di conseguenza, la scelta, o la necessità, di considerare comparatori che si prestano meno al caso in questione. Ad esempio, se la condotta riguarda il bene (A), come comparatore potrebbe essere utilizzato un bene (B), merceologicamente vicino ad (A), commercializzato nello stesso ambito geografico di (A) da imprese che non hanno partecipato alla concen-trazione (eg. pane e pasta). Oppure, alternativamente, se la condotta contestata riguardasse imprese attive su tutto il territorio nazionale, si potrebbe utilizzare come comparatore il prezzo dello stesso bene (A) ma commercializzato (da imprese diverse) in uno o più paesi esteri. Non è, tuttavia, difficile immaginare, in entrambi i casi, fattori che potrebbero inficiarne l'utilizzo come comparatori nel nostro esempio. È, infatti, piuttosto probabile che il prezzo di (B), merceologicamente attiguo ad (A), oppure, il prezzo di (A) in paesi esteri siano soggetti a forze diverse da quelle che impattano su (A) nel territorio nazionale oltre alla condotta contestata, come, ad esempio, differenza negli *shock* di domanda e offerta (nel primo caso) o cambiamenti nell'assetto istituzionale (nel secondo caso). Le considerazioni appena

²³ Ad esempio, quando la domanda di un prodotto aumenta, in ipotesi a causa di una ripresa dell'economia, ci si aspetterebbe che anche i prezzi e i margini aumentino in condizioni di normale concorrenza. I fornitori non sono costretti a spingere così tanto per realizzare nuove vendite e si preoccupano meno di perdere vendite per riempire i programmi di produzione, perché presto ne arriveranno altre a sostituirle. Il contrario avviene quando la domanda diminuisce, come nel caso di una recessione industriale.

²⁴ Decisione del Competition Appeal Tribunal (CAT) del 7 Febbraio 2023.

svolte non devono portare a considerare come inaffidabile e quindi, non prendere in considerazione qualsiasi evidenza prodotta sulla base di metodologie *difference-in-difference*, ma, si prefiggono, piuttosto, di fornire al lettore alcuni elementi per poter valutare il grado di 'bontà' delle evidenze acquisite. A tale riguardo, sarebbe opportuno che le evidenze sugli effetti della condotta presentate sulla base di tali metodologie fossero accompagnate da altre evidenze che giustificano le scelte dei *comparator* effettuate. Ciò potrebbe semplicemente essere effettuato presentando alcune evidenze che mostrino come, in un periodo diverso da quello nel quale si è realizzata la condotta, l'andamento del prezzo oggetto della condotta sia stato piuttosto simile a quello del bene utilizzato come *comparator*. È bene tener presente come il *test* appena suggerito sia una condizione necessaria ma non sufficiente perché le evidenze presentate siano considerate attendibili in quanto, almeno in teoria, è sempre possibile che oltre alla condotta, vi siano altri *shock* contemporanei, che impattano nel tempo sul bene oggetto della condotta non concorrenziale in maniera diversa da come impattano sui *comparator*.

Le limitazioni principali dei metodi di natura finanziaria sono sostanzialmente di due tipi. Per quanto riguarda l'analisi della profittabilità nello scenario controfattuale, è essenziale che le imprese utilizzate come *comparator* siano effettivamente comparabili alle imprese danneggiate dalla condotta. Ciò potrebbe essere opportunamente valutato comparando la *performance* dell'impresa danneggiata con quella dei propri *comparator* in un arco temporale diverso da quello in cui si è realizzata la condotta. Per quanto riguarda i metodi di *bottom-up costing*, è essenziale che i costi di produzione utilizzati alla base dell'esercizio, ovvero quelli delle imprese appartenenti al cartello, siano opportunamente efficientati, in quanto alle condotte collusive è generalmente

associato anche un certo grado di inefficienza produttiva.

La criticità principale dei metodi basati su modelli economici risiede nella circostanza che la loro implementazione richiede che venga effettuato un numero più o meno elevato di ipotesi semplificatrici, che può essere confermato o meno nella realtà. Esempi di tali ipotesi sono la natura della competizione tra imprese, la struttura dei rispettivi costi, la forma della domanda di ciascuna impresa, la quantità di informazioni che ciascuna impresa ha dei propri concorrenti, nonché altre ipotesi. Con ciò non si vuol dire che tali metodi siano di fatto inapplicabili, ma più semplicemente che qualsiasi evidenza presentata sulla base di tali tecniche debba quantomeno essere accompagnata da documentazione che mostri come le ipotesi effettuate consentano in qualche modo di replicare la realtà di mercato osservata. Ad esempio, nel caso di un cartello, l'applicazione dei modelli proposti dovrebbe produrre una stima del prezzo (medio) di mercato in un periodo nel quale il cartello non ha operato non troppo diverso da quello effettivamente osservato (nello stesso periodo).

Quanto detto finora riguarda gli effetti di condotte anticoncorrenziali, a prescindere dalla fattispecie. Sono però necessarie due precisazioni, una per la quantificazione del danno nel caso di pratica abusiva di sfruttamento e l'altra nel caso di condotta escludente. Nel primo caso, ai fini della quantificazione del danno per l'impresa che acquista a prezzi sovraconcorrenziali, oltre a quantificare l'aumento di prezzo dovuto dalla pratica abusiva, è necessario vagliare attentamente le evidenze prodotte su quanta parte del sovrapprezzo l'impresa è riuscita a trasferire a valle (*pass-on*). In questo caso, in linea teorica ci si aspetterebbe un livello del *pass on* piuttosto elevato in quanto l'aumento di prezzo riguarda verosimilmente tutte le imprese presenti sul mercato

downstream e quindi è improbabile che ci siano imprese, non soggette all'aumento di prezzo, in grado di condizionare le imprese che acquistano dall'impresa in posizione dominante²⁵. Ciò non esclude tuttavia che le imprese clienti dell'impresa in posizione dominante possano subire un danno da volume, dovuto al ribaltamento a valle del sovrapprezzo.

Nel secondo caso, la quantificazione degli effetti delle condotte escludenti sulle *performance* delle imprese escluse (mancate vendite, mancati profitti e altri elementi), richiede anche la prova del nesso di causalità tra condotta e deterioramento della *performance*. Ciò comporta che l'impatto della condotta sulla *performance* debba essere separabile da altri fattori che concorrono alla performance dell'impresa stessa, come, ad esempio, inefficienze di varia natura, capacità del *management*, mutamenti del contesto di mercato e altri fattori. Dato che i metodi proposti possono cogliere alcuni di questi aspetti ma non tutti, è necessario acquisire elementi ulteriori per testare la veridicità dei *claim* presentati e la misura in cui essi siano in grado di influenzare gli effetti attribuiti alla condotta.

VI. Le opzioni per il giudice

Il giudice spesso viene a trovarsi in una situazione nella quale deve vagliare una grande quantità di evidenze economiche e/o econometriche, prodotte dai consulenti d'ufficio e/o di parte, che mostrano stime degli effetti della condotta molto diverse. Ad esempio, in un caso di cartello, con ogni probabilità i consulenti dell'attore produrranno delle stime che mostrano una *cartel overcharge* positiva (il cartello ha

aumentato i prezzi) mentre i consulenti del convenuto proveranno a dimostrare che la *cartel overcharge* è stata pari a zero (il cartello non ha aumentato i prezzi) o che c'è stato il *pass-on* completo dell'aumento di prezzo (e quindi l'attore non è stato danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale). È quindi oggettivamente difficile per il giudice districarsi tra le varie evidenze presentate, che spesso contengono elaborazioni molto complesse. Ciò soprattutto, come spesso accade, nei casi in non esiste un criterio scientifico o comunemente accettato che porta a prediligere alcune stime rispetto ad altre. Ciò non significa, tuttavia, che l'analisi economica sia priva di utilità. Essa potrebbe utilmente supportare la decisione di controversie in materia di private enforcement fornendo una lettura delle circostanze specifiche della fattispecie oggetto di causa attraverso l'applicazione di principi economici consolidati e analisi quantitative specifiche per apprezzare gli effetti della fattispecie in esame²⁶.

Non sorprende quindi che la determinazione dell'an e del quantum in sede civile possa avvenire sulla base di criteri

²⁶ A tale riguardo, le parole del CAT appaiono piuttosto eloquenti "Despite the enormous amount of work that went into the expert process on this case, and the vast quantities of data analysed, there are numerous serious gaps and unresolved issues in the analyses which taken together makes it difficult to distil the experts' work on Overcharge into a simple definitive figure. Nor is it feasible to specify an "ideal" regression equation, based on the various work of the experts, that could be relied upon to yield the correct answer to the Overcharge question which would navigate successfully between the rival claims and conflicting conclusions reached by the experts. There are too many imperfections in the evidence, and insoluble practical problems, to allow any such approach. That is not to say, however, that the regression analyses carried out by the experts, and the subsequent debates between them in their written and oral evidence, was futile. The process did yield useful insights on the reasons for the experts' different conclusions and enabled us to reach a better-informed view on the critical question of the Overcharge." [enfasi aggiunta]

²⁵ Come indicato in precedenza, in caso di pass-on pari al 100% il danno da sovrapprezzo è pari a zero.

estremamente diversi, alcuni più condivisibili di altri. In quanto segue si cercherà di dare conto di tale diversità di approccio prendendo come riferimento le principali sentenze in ambito europeo relative ad azioni di risarcimento dei danni prodotti dal caso comunitario Trucks²⁷. Si tratta quindi di azioni di private enforcement follow on che insistono sullo stesso caso, il che già di per sé rimuove un grado di eterogeneità non trascurabile (cartelli diversi, in mercati diversi e che riguardano beni diversi).

Nel Regno Unito, l'orientamento del CAT è stato quello di analizzare in profondità le evidenze economiche prodotte dalle parti per poi decidere una cartel overcharge pari al 5% applicando il cd. “*broad axe*”, principio che consente di effettuare una stima piuttosto che un calcolo preciso dei danni quando quest'ultimo è impossibile o impraticabile. In pratica ciò significa che il giudice, una volta accertato, in base ad un bilanciamento delle probabilità, che il cartello ha dato luogo a *overcharge*, decide il quantum in via equitativa, ovvero mediando tra le stime che ritiene maggiormente plausibili. È importante notare come tale approccio venga applicato a stime dell'*overcharge* che il giudice ritiene comunque plausibili, il che dovrebbe attenuare il rischio di distorsioni derivanti dalla presentazione di valori stimati ‘estremi’ (che, ad esempio, potrebbero ripercuotersi sulla stima di un “valore medio”).

In Germania, la Corte di giustizia federale ha annullato una decisione della corte d'appello che aveva respinto una richiesta di risarcimento nella quale il ricorrente aveva calcolato i suoi danni con riferimento

allo studio di Oxera (2009)²⁸, senza però presentare una perizia economica specifica per il caso²⁹. La corte d'appello aveva dichiarato di essere convinta dell'esistenza di danni, ma aveva anche respinto il caso sostenendo che il riferimento a Oxera (2009) non era sufficiente a comprovare i presunti danni³⁰. Sul punto, la Corte di giustizia federale ha affermato che i ricorrenti devono presentare prove sufficienti a dimostrare i loro presunti danni, ma essi non sono obbligati a presentare una consulenza tecnica. Se necessario, il tribunale può affidarsi a esperti. Secondo la Corte di giustizia federale, è sufficiente che l'attore adduca le prove di cui dispone facilmente. Le valutazioni del danno basate su metodi comunemente utilizzati possono essere usate come mezzi di prova, ma possono essere sufficienti anche altri elementi, in particolare quelli sui quali è stata basata la decisione del caso. La Corte di giustizia federale ha inoltre stabilito

²⁸ European Commission, Directorate-General for Competition, Quantifying antitrust damages towards non-binding guidance for courts, Publications Office of the European Union, 2009, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/36577>.

²⁹ Decisione Truck IV della Corte di giustizia federale tedesca (Bundesgerichtshof).

³⁰ In linea con quanto stabilito dall'art. 17, par. 2, Direttiva 2014/104/UE, l'ordinamento tedesco prevede una presunzione di danno a favore dei ricorrenti nei procedimenti per danni da cartello (Cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado Schienenkartell, par. 55), ovvero di cartel overcharge positiva. Affinché una richiesta di risarcimento venga respinta, i convenuti devono convincere il tribunale che la probabilità di danni nel caso in questione non è sufficientemente fondata. Nel corso del tempo, la Corte di giustizia federale ha chiarito che è difficile confutare la presunzione di cui trattasi (Cfr. in particolare le sentenze Steel Abrasives e Schlecker). In Trucks III, la Corte di giustizia federale ha confermato quanto sopra e ha stabilito che i convenuti che vogliono confutare il “se” di eventuali danni dovranno fornire una “teoria dell'assenza di danni”, ossia una spiegazione qualitativa del perché una specifica condotta illecita non abbia causato danni (paragrafi 37-40).

²⁷ Le richieste di risarcimento derivavano dalla decisione della Commissione Europea AT.39824 – Trucks di multare DAF, Daimler, Iveco, MAN e Volvo per un totale di 2,93 miliardi di euro nel luglio 2016 per aver colluso per fissare i prezzi dei camion nello Spazio Economico Europeo.

che l'argomentazione della corte d'appello secondo cui lo studio Oxera (2009) non supportava un danno del 15% o un altro danno minimo è errata alla luce del fatto che lo stesso tribunale aveva concluso che il cartello dei camion non rientrava nel 7% dei cartelli inefficaci, i.e. se il tribunale dispone di prove sufficienti per accertare il "se" dei danni, dovrebbe quantomeno avere elementi utili alla quantificazione di un danno minimo. Pertanto, la corte d'appello non poteva concludere che le prove a sua disposizione erano troppo scarse per liquidare un danno minimo, poiché ciò era contraddittorio o non teneva adeguatamente conto del grado di discrezionalità di cui il giudice dispone in merito alla stima dei danni (minimi).

In Spagna, invece, la Corte Suprema ha riconosciuto una cartel overcharge pari al 5%, riducendola di 3 punti percentuali rispetto alla cartel overcharge decisa dai tribunali provinciali (pari all'8%)³¹. La Corte Suprema ha 'corretto' la cartel overcharge al ribasso declinando il principio di uguaglianza previsto dalla costituzione spagnola nel senso di parità di trattamento tra (le migliaia di) attori, senza considerare le evidenze economiche prodotte dai consulenti di parte³². In particolare, la

Corte Suprema, non trovando convincenti le quantificazioni del danno prodotte per conto degli attori, 'collassa' le diverse stime della cartel overcharge al 5%³³ *"fintanto che non sia dimostrata l'esistenza di circostanze straordinarie, proprie del caso in questione, che giustifichino l'innalzamento di tale percentuale minima"*³⁴. Tale livello della cartel overcharge rappresenta, secondo la Corte, il minimo prevedibile ed è in linea con la soluzione del CAT in Royal Mail/BT. Sul punto si potrebbe rilevare che l'analisi effettuata dal CAT, per quanto approfondita e condivisibile da un punto di vista metodologico, rappresenta però l'effetto del cartello sul prezzo di acquisto di autocarri nel Regno Unito, mentre l'effetto del (medesimo) cartello in Spagna potrebbe essere ben diverso: per tale ragione non appare dispensabile un'analisi economica ad hoc, che potrebbe utilmente informare la decisione della cartel overcharge tenendo

obiezioni sono state respinte e quindi le conclusioni della relazione sono state accettate nella loro interezza. In questo contesto, essendo come dicevamo molto simili le obiezioni sollevate in tutte queste cause, questa Corte di cassazione, nell'ambito delle sue funzioni unificanti di interpretazione e applicazione giudiziaria dell'ordinamento giuridico (artt. 123.1 della Costituzione, 53 e 56 della Legge Organica della Magistratura e 1.6 del Codice Civile), non può ignorare la rilevanza di tale disparità, che non è data dalla singolarità di ciò che è stato giudicato in ciascuna causa, ma dalla disparità dei criteri dei tribunali di istanza sulla stessa realtà contestata". [enfasi aggiunta]

³³ Il 5% del prezzo di acquisto è diventata la stima giudiziaria preponderante dell'overcharge nel caso Trucks nei tribunali spagnoli dopo diverse sentenze del tribunale commerciale 3 di Valencia (ES:JMV:2019:34 e ES:JMV:2019:187). Tale stima è stata determinata in assenza di qualsiasi tentativo di quantificazione relativo al caso da parte dei primi ricorrenti ed è stata utilizzata in maniera piuttosto generalizzata come parametro uniforme per risolvere le richieste successive, indipendentemente dai dati e dalla correttezza dei modelli utilizzati da ciascuno di essi.

³⁴ LG 6.13 ES:TS:2024:1287 e LG 9.3 ES:TS:2024:1291.

³¹ Sentenze del Tribunale Supremo (TS) del 14 marzo 2024.

³² "È una realtà inevitabile che esistono migliaia di procedimenti in cui vengono intentate azioni di risarcimento danni per il sovrapprezzo nell'acquisto di veicoli interessati dal 'cartello dei camion', in cui la stessa relazione fornita nella presente causa dall'attore [...] è stata utilizzata per calcolare il sovrapprezzo, fatti salvi lievi adattamenti. In tutti questi casi sono emerse obiezioni simili, se non identiche, che, essendo prevedibili in tutte le relazioni fornite, sono state valutate in modi diversi dai tribunali di prima istanza: in alcuni casi, tali obiezioni sono state ammesse, il che ha comportato, a giudizio del tribunale, il riconoscimento di uno sforzo probatorio; in altri, l'accettazione di alcune di queste obiezioni ha giustificato il tribunale ad apportare alcuni aggiustamenti alla relazione e a modificarne le conclusioni; in altri ancora, le

conto delle specificità del singolo mercato di riferimento.

In conclusione, alla luce delle esperienze giurisprudenziali sin qui formatesi, il *modus procedendi* preferibile potrebbe essere l'enucleazione, ad opera dei consulenti tecnici, di un set di stime economiche alternative, scelto tra quelle caratterizzate da un maggiore grado di consenso da parte degli operatori e degli studiosi, tra le quali sarà poi compito del giudice individuare quella più in linea con le specificità del caso. Un tale approccio consentirebbe infatti di determinare il quantum riducendo drasticamente il grado di opinabilità che inevitabilmente connota esercizi di questo tipo, in quanto l'unica fonte di incertezza residua che il giudice potrebbe essere eventualmente chiamato a gestire, anche ricorrendo al criterio equitativo di liquidazione del danno, sarebbe quella relativa alla riscontrata assenza, nel caso di specie, di criteri scientifici o comunemente accettati. Un tale livello di incertezza (tollerabile) sarebbe comunque di gran lunga inferiore a quella insita in qualsiasi altro approccio.

GIOVANNI NOTARO –
GILBERTO GUARDAVACCARO

Bibliografia

Libertini, «Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e Privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust», in *Accademia. Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, 2024; Barcellona, «Funzione compensativa della responsabilità (e private enforcement della disciplina antitrust)», in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 72; Camilleri, «Il risarcimento per violazioni del diritto

Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno antitrust

della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno», in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 155; Genovese, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; Saija, «La distinzione tra public e private enforcement nel diritto antitrust: un valore da preservare», in Benacchio e Carpagnano (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019; De Cristofaro, «Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement», in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 2, 523; 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 *Nuove leggi civ. comm.* 2018, 1, 119; Bernes, «La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE», in *Resp. civ. prev.* 2017, 954; Comoglio, «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.*, 2017, 991; Ghezzi, «Incentivi privati e politiche pubbliche in materia di antitrust compliance: Stati Uniti e Italia a confronto», in *Riv. soc.* 2017, 731; Villa, «L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza», in *Corriere giur.* 2017, 441; Puleio, «Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE», in *Resp. civ. prev.* 2016, 1082; De Cristofaro, «Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale», in *Int'l Lis*, 2015, 123; Vincere, «La Direttiva

2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile», in *Riv. dir. proc.* 2015, 1153; Carpagnano, «Le regole (proposte) sul *passing-on* e azione degli acquirenti indiretti», in *Conc. merc.* 2014, 273; Libertini, «La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari», in *Conc. merc.* 2014, 265; Muscolo, «*Public e private enforcement* (alcune questioni in tema di prova nel processo antitrust)», in Rabitti Bedogni e Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 1015 ss.; G.A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), «Il *private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali». *Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007*, 2007; G.A. Benacchio – M. Carpagnano (a cura di), «L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza», 2007; R.

Blundell – M. Costa Dias, «Evaluation Methods for Non-Experimental Data», in *Fiscal Studies*, 2000, vol. 21, no. 4; BUNDESKARTELLAMT, *Private Kartellrechtsdurchsetzung: Stand, Probleme, Perspektiven*, Discussion Paper, 2005; Communication from the Commission, «Guidelines for national courts on how to estimate the share of overcharge which was passed on to the indirect purchaser», 2018; G. Floridia, Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitrust, in *Il diritto industriale*, 2011, 313; G. Notaro, «Methods for Quantifying Antitrust Damages: the Pasta Cartel in Italy», *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, vol. 10, no. 1; Practical Guide, Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the European Union, Commission staff Working Document, 2013”; A. Toffoletto, «Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa *antitrust*», 1996; G. Vettori (a cura di), «Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori», Padova, 2005.

LE CONSEGUENZE CIVILISTICHE DELL'ILLECITO ANTITRUST: LA NULLITÀ

Sommario: **I.** Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust* tra invalidità e risarcimento del danno. – **II.** La nullità come sanzione espressa per la violazione del divieto di accordi restrittivi. – **III.** La nullità delle intese nella legge 10 ottobre 1990, n. 287. – **IV.** Ripercussioni a carico dei contratti c.d. “a valle” di intesa illecita – **V.** Il trattamento civilistico delle ipotesi di abuso di posizione dominante.

I. Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust* tra invalidità e risarcimento del danno

Un'analisi, seppur sommaria, delle conseguenze civilistiche associate all'illecito *antitrust* rintraccia di necessità la propria metrica nella giustapposizione di vecchi e nuovi elementi dell'ordito antimonopolistico continentale (e, di riflesso, nazionale), i quali, entro quella trama complessiva, intessono il motivo del *private enforcement*: da un lato la espressa comminatoria di nullità a carico delle violazioni (negoziali) del *Kartellverbot*, che si rinviene nell'art. 101, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di qui in poi anche TFUE) e, simmetricamente, nell'art. 2, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287; dall'altro la Direttiva 104/2014 UE, recante «norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea», ormai recepita da tutti gli Stati Membri dell'Unione e in Italia trasposta mediante il d.lgs. n. 3/2017.

Alla stregua di questo quadro normativo, la locuzione “*illecito antitrust*” – che evoca tanto l'atto negoziale o amministrativo, quanto l'atto giuridico in senso stretto, integranti violazione della disciplina antimonopolistica europea e/o nazionale – rimanda dunque, in chiave giusprivatistica, ad un orizzonte slargato rispetto a quello tradizionale, a lungo appiattito sulla sola sanzione di nullità. O, per lo meno, ora slargato anche sul piano dello *ius conditum*, visto che l'arsenale pretorio già da tempo risulta in materia ben più variegato e provvisto, ricomprendendo – oltre alla tecnica aquiliana – anche strumenti quali *injunctions* e *interim reliefs*, questi ultimi per vero codificati dalla legge 287/1990, seppure nella versione delle misure d'urgenza adottabili dall'AGCM (art. 14 *bis*, legge 287/1990).

Detto in altri termini, le “conseguenze” civilistiche che espressamente vengono associate all'illecito *antitrust* spaziano oggi dalla più classica dimensione sanzionatoria, qual è quella che propriamente si appartiene alla nullità di pieno diritto evocata da Trattato e legge municipale, a quella più schiettamente rimediale, qui pure integralmente assorbita dalla tecnica riparatoria, vuoi contrattuale, vuoi soprattutto aquiliana.

Di rimedio risarcitorio contrattuale è certo dato parlare stante il superamento, su scala continentale, della in *pari delicto rule* di matrice anglosassone, almeno a partire dalla pronunzia *Courage* della Corte di Giustizia¹; nonché, sul nostro fronte interno, data la sicura attingibilità al rimedio risarcitorio in

¹ V., in tal senso, alcune indicazioni in C-453/00, *Courage Ltd v. Crehan*, EU:C:2001:465.

presenza di contratto valido ma perturbato nella sua dinamica formativa (art 1440 c.c.) ovvero, a certe condizioni, financo di contratto invalido (art. 1338 c.c.).

Non è però revocabile in dubbio che la tecnica riparatoria spicchi segnatamente nella sua veste aquiliana allorché, da poco affrancatasi dalla cornice pretoria ove era rimasta a lungo confitta, complici silenzio (TFUE) o sostanziale vaghezza (legge 287/1990) intorno ad essa delle norme che intessono l'ordito *antitrust*, promette ora di assumere crescente centralità nella prassi applicativa e di farsi anzi perno di un sistema efficace di *private enforcement*. Militano certo in questa direzione innanzitutto le molte disposizioni della Direttiva n. 104/2014 UE votate alla facilitazione della posizione dell'attore (danneggiato), dal *binding effect* associato in sede civile alle decisioni definitive di accertamento dell'infrazione *antitrust*, alle presunzioni (semplici) di traslazione a valle del sovrapprezzo anticompetitivo e soprattutto di presunzione relativa esistenza di un danno da cartello. Decisiva appare però altresì la postura interpretativa via via assunta in materia dalla Corte di Giustizia, alla cui stregua prende sempre più corpo il profilo di un rimedio autosufficiente rispetto ai modelli aquiliani nazionali che vi hanno sulle prime prestato struttura.

Basti dire della crescente tendenza a distinguere tra condizioni costitutive della pretesa riparatoria, affidate a disposizioni di natura sostanziale, e regole procedurali di sua amministrazione, queste seconde soltanto ritenute terreno di autonomia delle legislazioni municipali²; della affermata non euro-conformità di filtri di accesso

alla pretesa riparatoria diversi e ulteriori da quello di mera causalità diretta, temperata in chiave probabilistica³ nonché, della prospettiva di riparazione del pregiudizio individuale che finisce col farsi funzione di quella del danno al mercato ed avviarsi lungo i binari della valutazione equitativa.

La disamina della tutela risarcitoria collegata all'illecito *antitrust* è però oggetto di una distinta voce di questo Dizionario, cui dunque si rinvia. In questa sede, invece, la nostra attenzione si focalizzerà sulla più risalente delle conseguenze civilistiche associate alla violazione della disciplina antimopolistica, vale a dire quella invalidativa, avendo però subito cura di precisare come, in sé considerata, essa risulti quasi una sorta di simulacro, vista la relativa marginalità di casi in cui un cartellista agisca in giudizio per l'adempimento dell'accordo restrittivo o della decisione concordata. E, ancora, come si tratti di una comminatoria scarsamente rappresentativa della reale sporgenza civilistica di molte fattispecie perturbative dell'ordine del mercato, riconducibili sotto le insegne dei "cartelli" e come tali vietate, inadeguata com'è ad intercettare i comportamenti più sfumati e sfuggenti sul piano della consistenza attuosa, su tutti il parallelismo consapevole, tipico degli assetti oligopolistici⁴. Come assai bene sintetizzato da un autorevole studioso dell'*antitrust* continentale «the sanction of voidness (...) impacts not on serious

³ Cfr. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H.*, EU:C:2019:1069, § 26 e 31.

⁴ Fatto salvo, però, in tali ipotesi, il ricorrere dell'abuso della posizione dominante collettiva, sebbene con altra prospettiva rimediale su cui si tornerà nel paragrafo conclusivo di questa voce. Per l'abuso della posizione dominante collettiva si vedano per tutti già P. Trimarchi, *Il problema giuridico delle pratiche concordate fra oligopolisti*, in Riv. soc., 1969, I, 1 e ss. nonché, più recentemente, G. Monti, *The scope of collective dominance under article 82 EC*, in CMLR, 2001, 131 e ss.; Libertini, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in Riv. dir. comm., 2003, I, 543 e ss.

² Cfr. C-267/20, *Volvo AB*, EU:C:2022:494, §46, nonché già C-724/17, *Skanska Industrial Solutions* EU:C:2019:204, § 28. Per una più ampia disamina sia consentito rinviare a E. Camilleri, *Responsabilità civile e illecito antitrust*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici*, VII - *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 920 ss.

infringements of the competition rules (...) but on more innocuous agreements where the harm to competition is much less obvious» (Whish, 2018, 336).

II. La nullità come sanzione espressa per violazione del divieto di accordi restrittivi

Rispetto all'ampio spettro casistico che la espressione "*illecito antitrust*" evoca, non tarda invero a cogliersi la duplice restrizione di campo cui la comminatoria di nullità per accordi/intese restrittivi della concorrenza mette capo. Da un canto, infatti, essa non è *telle quelle* riferibile a fattispecie di illecito diverse da quelle usualmente ricondotte al paradigma del cartello; dall'altro, pure all'interno di quest'ultimo "*genus*" essa si presta a fulminare solo le *species* che presentino i tratti della negoziabilità o cui comunque si addica l'alternativa validità/invalidità. Basti dire della non diretta assoggettabilità ad una sanzione di nullità, ad esempio, delle condotte parallele e, per contro, rammentare come le Corti europee abbiano chiarito collocarsi fuori dall'orbita dell'art. 101 TFUE una condotta meramente unilaterale, sfornita cioè di qualsiasi parvenza di convergente volontà di due o più imprese⁵.

E infatti, laddove l'art. 101, comma 2, del TFUE, dispone essere "*nulli di pieno diritto*" gli accordi o le decisioni, vietati ai sensi del comma 1 della medesima norma, l'art. 2, comma 3, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 recita che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». Nessuna analoga

previsione è dato invece rintracciare riguardo all'abuso di posizione dominante (artt. 102, TFEU e 3, legge 287/1990), alla violazione del divieto sugli aiuti di stato (artt. 107 e ss. TFEU)⁶ ovvero ancora a quella del divieto di concentrazioni restrittive (Reg. CE 139/2004 ed art. 6, legge 287/1990).

D'altra parte, alquanto generica appare, poi, la formulazione dell'art. 33 della legge 287/1990, il cui comma 2 contempla sì "azioni di nullità o di risarcimento del danno" quali tipici dispositivi sostanziali cui attingere in relazione alle violazioni "di cui ai titoli da I a IV" della medesima legge, giustapponendoli a tecniche di tutela cautelare; ma senza anche precisare l'indole (contrattuale o aquiliana) del rimedio riparatorio evocato, così lasciando aperto l'interrogativo se si tratti di una forma rimediale ad uso dei soli soggetti danneggiati, e però terzi all'atto compiuto – come pure è pacificamente ammesso alla stregua della giurisprudenza ormai consolidata di Corti europee e nazionali, oltre che della recente Direttiva n. 104/2014 – ovvero a tutela delle posizioni di quanti all'atto stesso abbiano sì concorso, ma da posizione di debolezza significativa rispetto all'altrui maggior potere negoziale. E ancora, rispetto a questa seconda ipotesi, se vi vada scorta una misura risarcitoria destinata ad affiancarsi alla nullità del contratto (e quindi da ricondurre all'art. 1338 c.c.), ovvero un risarcimento del danno da accordare pure in presenza di contratto valido (ad esempio *ex art. 1440 c.c.*).

Le comminatorie di nullità per gli accordi restrittivi della concorrenza, contenute, come detto, nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale, sono ritenute norme di ordine pubblico economico⁷, essendo funzionali

⁵ Cfr. C-41/1996, *Bayern v. Commissione*, EU: T:2000:242; C-2/01P etc, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et al. v. Bayer AG et al.*, EU:C:2004:2; v. però la curiosa interpretazione già di Cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810, più recentemente ripresa da Cass. ord., 13 dicembre 2023, n. 34889.

⁶ Cfr., nel senso della esclusione di conseguenze invalidative per la violazione del divieto di aiuti di Stato Cass., 22 febbraio 2018, n. 10303.

⁷ Cfr. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, EU:C:1999:269.

– seppur a livelli diversi – a garantire la strutturazione concorrenziale del mercato interno⁸: l'articolo 101 TFUE, ha ancora di recente affermato la Corte di Giustizia, *costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno*⁹.

Da qui l'operare *ipso iure* della nullità di cui all'art 101, paragrafo 2, TFUE, indipendentemente cioè da qualsivoglia statuizione giudiziale – dotata, infatti, di mera valenza dichiarativa – nonché a prescindere da previ provvedimenti di accertamento delle infrazioni da parte di Autorità nazionali o Commissione europea¹⁰.

Si tratta di una nullità assoluta, che s'impone al giudice di rilevare quante volte ne ricorrano i presupposti e che riguarda *tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione di cui trattasi*¹¹. Mancando però una specifica disciplina europea in tema di nullità del contratto, lo statuto della invalidità che fulmina le intese vietate ricade sotto il governo degli ordinamenti nazionali¹². Troveranno, quindi, piena applicazione le regole generali dettate dal codice civile agli artt. 1418 e ss. c.c., quali quelle sulla legittimazione attiva assoluta, sulla rilevabilità *ex officio*, sulla insanabilità del vizio e la imprescrittibilità dell'azione. E sempre con la lente delle categorie interne e più precisamente aderendo a una concezione analitica della invalidità negoziale, ben potrà affermarsi

il ricorrere qui di una nullità per illiceità della causa¹³.

Nondimeno, l'efficacia diretta orizzontale delle disposizioni del Trattato a presidio della concorrenza¹⁴, il riconoscimento esplicito della competenza dei giudici nazionali¹⁵ nell'applicare degli artt. 101 e 102 TFEU nonché soprattutto i vincoli di omogeneità delle tutele nell'ambito dell'Unione, legati ad un principio di effettività che nella interpretazione recente della Corte di giustizia fa peraltro sempre più premio su quelli di equivalenza e autonomia procedurale¹⁶, propiziano il delinearli di talune direttive di convergenza “forzata” tra sistema e sistema, per lo più ad opera di indirizzi espressi dalla Corte di giustizia.

Così è, ad esempio, per l'ampiezza dell'effetto caducatorio spiegato dalla sanzione civilistica di cui all'art. 101, comma 2, TFEU. Come chiarito dalla Corte del Lussemburgo fin da una ormai risalente pronunzia, solo le clausole che immediatamente confliggano con il divieto di cartelli vengono fulminate da nullità, mentre non anche l'intero accordo (contratto) che le contenga, a meno che non si tratti di clausole oggettivamente non separabili dal resto del regolamento negoziale¹⁷.

¹³ Cfr. M. Libertini, voce *Contratto e concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici*, I- Contratto, dir. da G. D'Amico, Milano, Giuffrè, 2001, 246 e ss. ma spec. 258 e ss.; G. Guizzi, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine delle Sezioni Unite sulla nullità dei “contratti a valle”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2024, 169 e ss. ma spec. 176-178.

¹⁴ Chiaro in tal senso l'indirizzo della Corte di Giustizia sin dal caso C-127/73, *BRTv. Sabam*, EU:C:1974:25,.

¹⁵ Cfr. art. 6, Reg. CE, 1/2003 del 16 dicembre 2002.

¹⁶ Cfr. C-724/2017, cit.; v. già, con accentuazioni più sfumate, C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern (Unibet)* EU:C:2007/163, nonché la più risalente C-33/1976, *Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:188.

¹⁷ Cfr. C-56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau* EU:C:1966:38; per un rimando

⁸ Cfr. art. 3 TFEU e protocollo n. 27 allegato al TFEU, nonché art. 1, comma 4, l. 287/1990.

⁹ Cfr. C-438/22, *Em akaunt BG EOOD v. Zastrahovatelno akcionerno druzhestvo Armeets AD*, EU:C:2024:71, § 57

¹⁰ Cfr. Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 1999; più di recente si veda l'*obiter dictum* contenuto in App. Napoli, 9 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 1133 e ss.

¹¹ Cfr. C-438/22, cit., § 58.

¹² Cfr. C-56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau* EU:C:1966:38.

La formula della “oggettiva separabilità”, impiegata dalla Corte di Giustizia, ha invero indotto qualche commentatore a sottolineare la diversità di presupposti sui quali riposerebbe la “regola” della nullità parziale *ex art.* 101, comma 2, TFEU, rispetto a quelli (essenzialità) prefigurati dall’art. 1419 c.c.

Si tratta, tuttavia, di una sfumatura terminologica cui non pare possa attribuirsi un peso così rilevante. Al contrario, spettando alle legislazioni nazionali, come detto, la definizione delle regole sostanziali applicabili, sembra preferibile una interpretazione che nella “oggettiva separabilità” scorga nulla più che una semplice indicazione di principio, destinata ad una successiva declinazione concreta giusto alla stregua delle regole specifiche dettate da ciascun ordinamento¹⁸.

Altro “indirizzo” della Corte di Giustizia in tema di nullità *ex art.* 101, comma 2, TFEU è poi quello concernente l’operatività *ex tunc* della stessa sanzione¹⁹. La fattispecie negoziale colpita da invalidità ai sensi della norma citata non è atta a spiegare alcun effetto sin dal tempo della sua venuta ad esistenza; per conseguenza, gli effetti eventualmente già prodottisi al momento in cui venga resa la sentenza dichiarativa possono venire neutralizzati attraverso azioni restitutorie, quali, nel nostro ordinamento, quella di ripetizione dell’indebito oggettivo (art. 2033 c.c.).

III. La nullità delle intese nella legge 10 ottobre 1990, n. 287

Benché in larga misura sovrapponibile a quella contenuta nel Trattato sul funzionamento della UE, la disciplina antimonopolistica interna (legge 287 del 1990) presenta, invero, alcuni tratti di “singolarità” giusto in tema di nullità delle intese restrittive.

Una prima deviazione concerne la insanabilità del vizio e la pienezza dell’operare *ex tunc* della relativa sanzione (invalidativa); una seconda riguarda, per così dire, i presupposti della comminatoria di nullità, con ricadute sulla sua esatta fisionomia, nell’alternativa tra nullità strutturale da illiceità della causa (*ex art.* 1418, comma 2, c.c.) e nullità testuale o da divieto (art. 1418, comma 3, c.c.). In entrambi i casi, come si dirà, si tratta però di sporgenze più apparenti che reali dal calco della disposizione del Trattato.

È, invece, formalmente venuto meno l’ulteriore e non meno rilevante elemento differenziale, costituito dalla devoluzione alla Corte di Appello delle cause scaturenti da violazioni della legge 287/1990.

L’art. 2, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 ha, infatti, emendato l’art. 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, nonché l’art. 33 della legge antimonopolistica interna e devoluto così al Tribunale delle imprese competente per territorio la cognizione delle azioni dipendenti da violazione delle disposizioni concorrenziali sia europee che nazionali. Un assetto, questo, che se rimane invariato in ordine alle azioni di nullità ha però da poco conosciuto una ulteriore radicale modifica ad opera del decreto legislativo n. 3/17 (di recepimento della Direttiva 104/2014), il cui art. 18 ha infatti introdotto un regime di competenza speciale sulle cause risarcitorie, riservate alle sole sezioni specializzate in materia di imprese dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli.

comunque alle regole nazionali vedi C-10/86 *VAG France SA v. Etablissements Magne SA* EU:C:1986:502.

¹⁸ Cfr. già C-56/64 e 58/64, *Consten SaRL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commissione*, EU:C:1966:41.

¹⁹ Cfr. C-319/1982, *Société de Vente de Cimets et Bétons de l’Est v. Kerpen & Kerpen*, EU:C:1983:374.

Tornando ai tratti che parrebbero veder divergere la disciplina interna da quella comunitaria in tema di nullità delle intese restrittive, deve dirsi, innanzitutto, come la legge 287 del 1990 preveda, all'art. 4, comma 1, che «L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2» le quali rispondano a requisiti di fatto largamente sovrapponibili a quelli che presiedono alle esenzioni individuali ex art. 101, comma 3, TFEU.

Mentre, quindi, il principio della esenzione automatica, delineato dal regolamento CE n. 1 del 2003, fa sì che le intese di rilevanza comunitaria le quali soddisfino i requisiti di cui alla citata norma del Trattato (art. 101, comma 3, TFEU), risultino pienamente valide e produttive di effetti, senza la necessaria mediazione di provvedimenti autorizzativi o statuizioni giudiziali (art. 1, comma 2, Reg. CE 1/2003), così non parrebbe potersi dire per le fattispecie «esentate» di rilievo meramente nazionale, bisognose di una specifica autorizzazione da parte della Autorità garante.

In altri termini, l'autorizzazione dell'AGCM fungerebbe, per esse, non solo da medio necessario ai fini della messa al riparo dalla nullità, altrimenti automatica; ma, in un'ottica tutta interna alla sanzione civilistica, ammonterebbe a («singolare») provvedimento sanante con valenza costitutiva, i cui effetti potrebbero vieppiù retrodatare quantomeno fino alla richiesta formulata dagli stessi privati coinvolti.

Passando, poi, al secondo dei profili prima segnalati, non può non farsi riferimento al fatto che l'enfasi sulla misura dell'effetto distorsivo della concorrenza spiegato dalle intese vietate («impedire, restringere o falsare *in maniera consistente*»), posta dal comma 2 dell'art. 2 della legge 287/1990, pare esplicitare quel criterio *de minimis* che presiede all'applicazione dell'art. 101 TFEU, così in definitiva da

allineare – quanto a presupposti minimi quantitativi – la possibile attivazione di una istruttoria che prelude alla irrogazione di sanzioni amministrative e la configurabilità della comminatoria civilistica di nullità, in funzione della serietà dell'impatto sul mercato che il singolo contratto *della* concorrenza, la singola intesa, decisione di imprese o pratica concordata sia in grado di spiegare.

In tal modo il parametro quantitativo si rivela parte integrante del divieto dettato dalla norma e, per conseguenza, assurge a presupposto espresso della comminatoria (di nullità) ivi prescritta, concorrendo a integrare l'apprezzamento sulla causa concreta (appunto lecita, al di sotto della soglia *de minimis*) del singolo accordo²⁰.

Descrivere quella in esame come una nullità che non solo si collochi a ridosso del divieto, ma che rimanga inscindibilmente legata alla lettera della norma che lo pone, vale tuttavia quanto dire di una nullità che, in tanto si profila, in quanto tutti gli elementi costitutivi del divieto stesso risultino integrati dalla fattispecie concreta. Rientrando fra questi ultimi anche l'apprezzamento circa la misura dell'effetto distorsivo («in misura consistente»), che sulle prime si direbbe effettuabile compiutamente solo ad opera della AGCM, sembrerebbe uscirne corroborata la tesi della pregiudizialità necessaria di una statuizione sanzionatoria della stessa Autorità.

Senonché, in merito ad entrambi i profili segnalati, vale a dire tanto in merito alla sopravvivenza del meccanismo autorizzatorio previsto dall'art. 4 della legge 287/1990, quanto alla pregiudizialità amministrativa che sembrerebbe desumersi dalla lettera dell'art. 2 della medesima legge, il mutato

²⁰ Cfr. Guizzi, *Contratto e intesa nella disciplina della concorrenza*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 32; diversamente invece Libertini, voce *Contratto e concorrenza*, cit., 262.

quadro di riferimento comunitario, e segnatamente l'entrata in vigore del regolamento n. 1 del 2003, rende a ben vedere le richiamate disposizioni interne ormai apertamente confliggenti con i principi che ispirano il nuovo ordito normativo, tra cui spiccano giusto la esplicita esclusione di qualsivoglia pregiudizialità amministrativa ai fini della dell'esperimento dei c.d. *private remedies*, da un canto, e l'automatismo del meccanismo di esenzione individuale, dall'altro.

Da qui la tesi di una *interpretatio abrogans* delle due norme citate della disciplina interna, sostenuta da parte della dottrina implicitamente accolta anche dalla giurisprudenza allorché, ad esempio, richiede unicamente che sia il giudice a motivare congruamente l'accertamento di una restrizione consistente, quale premessa di una comminatoria di nullità a carico di un'intesa²¹, anziché dover essere l'Autorità garante a pronunciarsi pregiudizialmente sul punto.

Resta, tuttavia, difficilmente superabile l'argomento formale che, per le violazioni di esclusiva rilevanza nazionale, rimanda alla singola disciplina interna; disciplina in relazione alla quale, per altro verso, non può neppure postularsi un "parametro comunitario" di interpretazione, se ed in quanto questo si pretenda di attingere da una fonte secondaria quale in definitiva rimane il Reg. 1/2003.

IV. Ripercussioni a carico dei contratti c.d. "a valle" di intesa illecita

Strettamente collegato al tema della nullità che investe le intese vietate è quello concernente la sorte dei c.d. contratti che

vi si situino, per così dire, a valle. Tema, per vero, non oggetto di alcuna previsione esplicita né da parte del TFEU, né della disciplina antimonopolistica interna, eppure di notevole rilevanza pratica, come testimoniato dal crescente interesse prestatovi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003.

Se è scontato infatti che il trattamento dei contratti per così dire interferiti dalle perturbazioni concorrenziali originate dall'intesa ricada sotto il governo dei singoli ordinamenti nazionali²², non v'è dubbio tuttavia che la tutela – contrattuale o aquiliana che sia – del contraente terzo rispetto all'intesa, specie poi se consumatore finale, assuma uno specifico rilievo nell'ottica di garanzia dell'effetto utile della norma sul divieto di cartelli, nonché nel quadro del nuovo modello di *antitrust enforcement* europeo, oggi orientato anche in direzione di rimedi d'indole privatistica²³.

Nel panorama continentale, il contributo forse di maggior rigore concettuale nell'approccio al tema in esame proviene dalla letteratura tedesca, presso la quale si distingue utilmente tra contratti attuativi dell'intesa – i c.d. *Ausführungsverträge* o *ancillary contracts*, tra i singoli cartellisti e terzi complici – e contratti a valle in senso stretto, i c.d. *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza²⁴. A questa strega, mentre i primi, in quanto funzionali al completamento del quadro regolamentare, prima ancora che alla traduzione in pratica, del

²² Cfr. *l'obiter dictum* contenuto in Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305. Si veda anche Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640.

²³ Ciò implicitamente si coglie già da C-319/1982, cit.,.

²⁴ Si veda il corposo lavoro di J. Mohr, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, Tübingen, 2015, *passim*. Vedi altresì Libertini, voce *Contratto e concorrenza*, cit., 263.

²¹ C-48/1972, *Brasserie de Haecht v. Wilkin – Janssens* (*Haecht II*), EU:C:1967/54. Condivisibile è, sotto questo profilo, quanto affermato da Cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810, cit.

disegno cospiratorio, sono senz'altro leggitimi come un tutt'uno con l'intesa vietata e dunque esposti alla medesima sua sanzione; i secondi sono viceversa reputati immuni al dispositivo invalidativo, in ragione dei presupposti innanzitutto teorici che vi attengono, a partire dalle cause che vi danno luogo.

In Italia, la sorte dei contratti che, per lo meno nella determinazione di uno dei contraenti (già parte di un accordo di cartello), diano corso in tutto o in parte a quanto abusivamente concertato a monte, si è imposta all'attenzione della giurisprudenza con un andamento ciclico. In principio a dare la stura al dibattito è stata la qualificazione – da parte di Banca d'Italia ed AGCM – delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) alla stregua di decisioni di un'associazione di imprese (l'ABI) potenzialmente in grado di condizionare la dinamica negoziale dei rapporti intrattenuti dalle singole banche con la clientela finale²⁵; quindi, l'accertamento – da parte della AGCM – di un cartello tra le principali compagnie assicurative nel ramo RCA, consistente nello scambio di informazioni sensibili, preordinato al controllo artificiale della dinamica tariffaria²⁶. Infine è nuovamente ritornata al centro della scena la decisione della Banca d'Italia sulle NBU, riferite ai contratti di fideiussione *omnibus*²⁷, mentre va invece recisamente rigettata la riconduzione alla cornice teorica del contratto a valle e ai problemi interpretativi che essa pone la vicenda di finanziamenti indicizzati all'Euribor, che pure una ordinanza della

Cassazione ha reputato integrare momento attuativo dell'intesa illecita sugli *European Interest rate derivatives*, accertata dalla Commissione europea in relazione al periodo settembre 2005/maggio 2008²⁸

Specie in relazione alla vicenda del cartello assicurativo, il contenzioso che ne è scaturito si è, invero, a lungo principalmente imperniato su una questione pregiudiziale, concernente la stessa legittimazione attiva dei consumatori finali – ove contraenti a valle – ad attivare rimedi civilistici (azioni di nullità e di risarcimento del danno) a fronte di illeciti *antitrust*, ai sensi dell'art. 33 della legge 287/1990; questione risolta, tuttavia, con la nota pronuncia del 2005 con cui le Sez. un. della cassazione, oltre ad affermare la *plurioffensività dell'illecito antitrust*, hanno

²⁸ Si tratta di Cass., ord., 13.12.2023 n. 34889, la cui presa di posizione è stata tuttavia poi ridimensionata già da Cass., 03.05.2024, n. 12007 e che ha infine dato la stura all'ordinanza del 19.07.2024, n. 19900 di remissione alle Sezioni Unite. L'intesa di cui i finanziamenti indicizzati all'Euribor sarebbero sbocco è quella oggetto dei provvedimenti della Commissione europea C(2013) 8512/1 del 04.12.2013 e C(2016) 8530 del 07.12.2016. Valga però al riguardo sottolineare come nessun accertamento sia stato compiuto dalla Commissione europea circa l'effettiva realizzazione di manipolazioni dell'indice EURIBOR ad opera delle banche (sette) coinvolte nell'intesa volta a condizionare il prezzo dei derivati in Euro. Di più, poi, è dirimente la circostanza che nessuna banca italiana e comunque nessuna delle banche sin qui coinvolte nel contenzioso sui finanziamenti indicizzati sia stata partecipe dell'intesa accertata, così da non consentire di scorgere uno dei presupposti fondamentali del paradigma del contratto a valle, ossia quello dell' almeno parziale allineamento soggettivo tra esso e la fattispecie anticoncorrenziale di cui sarebbe sbocco attuativo, l'altro essendo poi quello del parziale allineamento oggettivo, contenutistico: in argomento si rinvia comunque a Camilleri, *Intesa sugli EIRD e finanziamenti indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità*, in NGCC, 2024, 1065 e ss. Questi profili sono stati comunque da ultimo fatti oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE ad opera della Corte d'Appello di Cagliari.

²⁵ Su cui si veda il lavoro di A. Mirone, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim*.

²⁶ Cfr. decisione Banca d'Italia 3 dicembre 1994, n. 12; parere AGCM 6 ottobre 1994, I105B; cfr. altresì il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005.

²⁷ V. ancora il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, cit.

chiarito essere la norma antimonopolistica orientata alla tutela dell'interesse di tutti i soggetti del mercato alla preservazione del suo assetto concorrenziale e pertanto reputato legittimati attivamente anche i consumatori finali ad agire ai sensi dell'art. 33 della legge antimonopolistica nazionale²⁹.

Nel merito, invece, le azioni spiegate nell'ambito dei diversi filoni di contenzioso riguardanti la sorte dei contratti a valle hanno oscillato tra pretese risarcitorie e restitutorie – queste ultime accompagnate da domande tendenti alla declaratoria di nullità del contratto o di singole sue clausole – avanzate dai contraenti a valle contro banche o assicurazioni, rispettivamente in quanto aderenti all'ABI e ree di avere riversato nei contratti con la clientela clausole che compongono le NBU; o perché coinvolte nel cartello orizzontale diretto allo scambio di informazioni nel ramo RCA.

Tale incertezza ricostruttiva deve dirsi, almeno a nostro avviso, ancora oggi sussistere, nonostante un importante arrê della Cassazione, ancora una volta a sezioni unite, abbia prospettato, nel dicembre 2021, il ricorrere sia pure per sole le fideiussioni omnibus “a valle” delle NBU censurate nel 2005 dalla Banca d'Italia, una nullità speciale da violazione dell'ordine pubblico economico, che infirmerebbe solo parzialmente il contratto, ossia solo

limitatamente alle clausole “riproduttive” di quelle cartellizzate³⁰. Ai fini di una migliore disamina degli snodi principali di tale pronuncia conviene prendere le mosse dalla pur breve rassegna delle principali opzioni interpretative che ne hanno costituito il retroterra.

Un primo orientamento, che è parso invero implicitamente avallato già da Cass. sez. un. del 2005, identifica nel contratto a valle lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti distorsivi e pertanto colpito esso stesso dalla medesima comminatoria di nullità che fulmina il cartello vietato. Quella del contratto a valle sarebbe, in altri termini, una ipotesi di nullità derivata, frutto del collegamento negoziale intercorrente tra il cartello ed il contratto che darebbe attuazione compiuta al disegno cospirativo.

Ad avviso di altra parte della giurisprudenza e della dottrina, quella che colpirebbe il contratto a valle di intesa vietata sarebbe piuttosto una nullità diretta ancorché virtuale (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*), dipendente cioè da un conflitto con una norma imperativa quale l'art. 2 della legge 287/1990, da cui, al di là della nullità di tipo testuale che vi è contenuta, dovrebbe ricavarsi di una direttiva imperativa di ordine pubblico economico³¹.

Privo di riscontri giurisprudenziali è, invece, l'indirizzo che qualifica quella dei contratti a valle come una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità parziale dell'oggetto (ad esempio prezzo per la sua parte sovracompetitiva): se ed in quanto il contratto a valle sia riproduttivo delle determinazioni di un'intesa (a monte) confliggenti con l'art. 2 della legge 287/1990 (segnatamente le cartellizzazioni del prezzo) esso risulta nullo, per lo meno

²⁹ cfr. Cass. sez. un. 4 febbraio 2005, n. 2207. In tale direzione, fra le altre, v. già Trib. Roma 24 febbraio 1997. Pone il contratto a valle in stretta continuità con l'intesa illecita che vi si sta a monte Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, tuttavia traendo da ciò argomento piuttosto a sostegno della sussistenza del nesso di causalità ai fini del perfezionamento della fattispecie di responsabilità aquiliana. Giusto sul fronte della legittimazione attiva alla tutela aquiliana mette comunque conto rammentare come questa sia ormai indiscutibilmente riconosciuta a chiunque abbia riportato un pregiudizio dalla violazione concorrenziale, non più solo alla stregua del consolidato indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia ma altresì del chiaro tenore della dir. 2014/104/UE e del d.lvo 31/17: v. ancora Camilleri, *Responsabilità civile e illecito antitrust*, cit., spec. 927 e ss.

³⁰ Cfr. Cass. sez. un. 30 dicembre 2021, n. 41994. In tale direzione v. già cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810,

³¹ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

limitatamente alle clausole già oggetto della convenzione vietata³².

Invero, ciascuna delle ipotesi considerate presenta limiti in punto di teoria generale del contratto prima ancora che di praticabilità concreta.

La tesi della nullità derivata postula un collegamento che nondimeno tecnicamente difetta tra intesa e contratto a valle. Ancorché unilaterale, infatti, il collegamento negoziale suppone che il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, alla realizzazione degli scopi divisiati con il contratto principale; senonché, è giusto siffatta funzionalizzazione che deve qui dirsi mancante, a tacer d'altro per l'essere il terzo, contraente a valle, ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione.

Venendo poi alla ipotesi ricostruttiva della nullità diretta, derivante cioè da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, può ben dirsi come l'art. 2 della legge 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tenda in realtà ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato. Talché, quand'anche vi si voglia attribuire una qualche ultrattività rispetto al solo divieto delle intese ed includervi anche quello di dare loro corso, deve aggiungersi come non il singolo contratto attuativo di cartello sia in grado di per sé di generare gli effetti distorsivi che la norma intende contrastare, bensì la serie di contratti che inveri il disegno distorsivo divisoato con l'intesa³³.

³² Cfr. in tale direzione Trib. Rovigo 9 settembre 2018, n. 1925, nonché, Cassazione 26 settembre 2019, n. 24044, seppure con iter argomentativo che tradisce profili di contraddittorietà.

³³ Aderiscono a a questa ricostruzione Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810 nonché Coll. coord. ABF 19 agosto 2020, n. 14555. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623. La

In merito, infine, alla tesi della nullità parziale del contratto a valle, derivante da nullità (parziale) del suo oggetto (artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), deve rilevarsi come essa risulti innanzitutto riferibile solo a parte delle tipologie di cartello, vale a dire unicamente gli accordi i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi alla concertazione illecita (tipicamente, per non dire unicamente, i cartelli di prezzo). Inoltre, vi è che anche in relazione al genere di cartelli che possano dirsi rispondere al modello siffatto, ciò cui i cartellisti reciprocamente si impegnano, e che costituisce dunque oggetto dell'accordo illecito, è a ben vedere l'uniformazione delle condotte contrattuali, non già i singoli termini convenuti: l'allineamento del prezzo piuttosto che un determinato prezzo.

Come si vede, ciascuna delle tesi sulla invalidità del contratto a valle, vuoi come nullità diretta, vuoi come nullità derivata, si scontra con ostacoli teorici difficilmente sormontabili che attengono, come detto, innanzitutto ai presupposti stessi della più radicale tra le forme di invalidità di diritto comune.

Maggiormente conducente parrebbe, viceversa, la via risarcitoria.

Innanzitutto certo quella della responsabilità contrattuale *ex* art. 1338 cod. civ., quante volte il contratto a valle, non in quanto tale bensì per l'accusare un qualche vizio determinante, dovesse risultare invalido. Soprattutto però quella della responsabilità (contrattuale) da contratto valido ma perturbato, ossia da dolo incidente *ex* art. art 1440, cod. civ., allorché la genesi della fattispecie negoziale, pur senza attingere

cruciale sottolineatura circa l'essere vietata – dalla disposizione antimonopolistica – l'attività di allineamento di termini/condizioni contrattuali e non già queste in sé considerate è sottolineata in termini cristallini da G. Guizzi, da ultimo in *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi*, cit. 177.

alla soglia di patologia qualificata dei vizi del volere, risulti comunque alterata da uno squilibrio nei rapporti di forza tra i contraenti – sotto forma di assenza di alternative di mercato o comunque compressione della facoltà di scelta tra più opzioni alternative³⁴ – che una parte, siccome già cartellista, abbia concorso a generare e perpetuare ai danni dell'altra, viceversa estranea all'intesa e per lo più ignara della sua stessa esistenza³⁵.

Ancora poi è da considerare sempre pienamente fruibile, l'opzione del rimedio aquiliano, in concorso elettivo con la responsabilità da contratto invalido ovvero come diverso scenario rimediale in presenza di contratto valido ma perturbato, peraltro consentendo l'ulteriore guadagno dell'instaurazione di un giudizio retto dalle disposizioni processuali di favore di cui al d.lgs. 3/17³⁶.

Senonché, esaminando criticamente queste diverse prospettazioni, le Sezioni unite della Suprema Corte sono ugualmente approdate – giova ricordare, in tema di fideiussioni omnibus attuative di NBU censurate nel 2005 – alla conclusione della nullità parziale del contratto di fideiussione omnibus; precisamente, accolta la tesi dei contratti a valle quale sbocco dell'intesa illecita³⁷ e ritenuto dunque sussistere un collegamento funzionale dei primi con la seconda allorché ne riproducano in tutto o in parte i contenuti, il Supremo Collegio

ha ravvisato il ricorrere una «nullità speciale, posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'ordine pubblico economico; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999)», che determinerebbe la caducazione dei (soli) segmenti dell'articolo contrattuale che siano riproduttivi di quelli cartellizzati³⁸.

Si tratta invero di una presa di posizione ben lungi dal potersi dire ultimativa sul tema dei contratti a valle³⁹.

Con particolare riguardo alla fattispecie della fideiussione omnibus, potrebbe innanzitutto rilevarsi come sembri a ben vedere far difetto proprio quella erosione della libertà di scelta del cliente- consumatore, assunta a presupposto della tutela reale nei riguardi del singolo contratto a valle, dal momento che nel concreto strutturarsi delle relazioni di garanzia personale non è il fideiussore colui che cerca in prima persona la migliore offerta sul mercato, venendo piuttosto canalizzato verso l'offerta (di credito) che altri (ossia il sovvenuto) abbia già selezionato.

Su un piano più generale vi è poi innanzitutto da rilevare che se davvero – come si coglie dalla decisione delle Sezioni unite – il presupposto della nullità speciale (da violazione dell'ordine pubblico economico) riposasse nella particolare riprovevolezza delle intese restrittive, dovrebbe allora dirsi non giustificata la circoscrizione dell'effetto caducatorio, nel nome di un principio di conservazione del contratto⁴⁰.

³⁴ Cfr. App. Brescia 29 gennaio 2000. In senso contrario v. tuttavia Cass., 11 giugno 2003, n. 9384. Di estremo interesse e sostanzialmente convergente con quanto rassegnato nel testo, per lo meno in ordine alle ragioni preclusive del ricorso alla nullità, appare la decisione del Collegio ABF di Napoli, 1126/2015.

³⁵ Cfr. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatrice in chiave correttiva*, in *NGCC*, 2020, 397 e ss. ma spec. 404.

³⁶ Vedi ancora Camilleri, *Responsabilità civile*, cit., 930.

³⁷ Già enunciata da Cass. Sez.U., n. 2207/2005, cit.

³⁸ Cfr. Cass. sez. un. 30 dicembre 2021, n. 41994, §§ 2.16.1-2.16.4.

³⁹ Si veda ad esempio la presa di distanze di Cass. 20-9-2023, n. 26957.

⁴⁰ Cfr. Libertini, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2022, 13 e ss.

E, ancora, da altra angolazione, mette conto soggiungere come siano le stesse sezioni unite a implicitamente avallare il rilievo anti-giuridico delle intese (e dunque anche dei contratti che ne siano una propagazione effettuale) alla stregua di *fatti di mercato*⁴¹, la cui repressione non può allora affidarsi alla declaratoria di nullità, visto che *di un comportamento (o di una « sequenza comportamentale » ...) si può solo dire che esso è lecito oppure illecito, ma non certo che esso è « nullo »*⁴².

Infine, è innegabile che un ruolo assai centrale abbia avuto, nell'itinerario argomentativo sviluppato dalla Corte, l'idea dell'insufficienza del solo rimedio risarcitorio ad assicurare adeguato presidio delle regole antimonopolistiche; idea che è tuttavia figlia di misconoscimento del rimedio della riparazione del danno, il quale non soltanto è viceversa il fulcro solitario dell'impianto di antitrust private enforcement continentale, ma che ha assunto ormai fattezze di molto distanti da quelle del torto municipale e del tutto confacente agli obiettivi di tutela dei contraenti a valle, che alcuni autori – oltre che le sezioni unite nella pronuncia citata – vorrebbero imprescindibilmente dipendere dalla tutela reale.

In definitiva, per quanto non sia certo da escludere che un contratto a valle possa risultare affetto da invalidità, quante volte ricorrano vizi del consenso ovvero sussistano condizioni specifiche che ne infirmino la tenuta – si pensi a contratti a valle conclusi da consumatori, ove siano presenti clausole vessatorie), deve dirsi che ciò non rappresenti l'esito necessario (e, riteniamo, possibile) del suo essere economicamente

in continuità con l'intesa illecita ricorrente a monte, al riguardo non potendo che soccorrere il soleventuale istanze di tutela individuale – e deterrenza generale – potendo trovare adeguato riscontro nel paradigma risarcitorioo rimedio riparatorio.

V. Il trattamento civilistico delle ipotesi di abuso di posizione dominante

Se è vero che il divieto di abuso di posizione dominante costituisce il secondo pilastro – unitamente a quello sui cartelli – del diritto comunitario della concorrenza e, di riflesso, delle legislazioni antimonopolistiche nazionali, è pur vero che per l'illecito in cui si risolve la sua violazione non è dato rinvenire alcuna previsione normativa concernente le conseguenze civilistiche prodotte.

Com'è noto, il *genus* dell'abuso di posizione dominante si divarica nelle due *species* dell'abuso da sfruttamento e da impedimento o escludente; di là dalle differenze significative che corrono tra le due ipotesi e dal costante aggiornamento dei criteri in base ai quali esse vengono diagnosticate⁴³ – profili su cui l'economia di queste pagine non consente di soffermarsi – non v'è dubbio come il contratto assuma pur sempre un ruolo cruciale, ora perché siano alcuni suoi contenuti (imposti), ora perché sia il rifiuto stesso della sua conclusione ad inervare un abuso perpetrato dall'impresa detentrica di posizione dominante.

⁴¹ Cfr. Cass. sez. un. 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., § 2.5.1 allorché si rileva come la distorsione concorrenziale possa bene essere il frutto anche di comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali», rendendo rilevante qualsiasi condotta di mercato anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale.

⁴² Così Guizzi, op.ult. cit, 180-181.

⁴³ Di responsabilità contrattuale quale rimedio «correttivo» disponibile quante volte una convenzione negoziale presenti condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative parla ormai esplicitamente la giurisprudenza: cfr. Cass., 25 luglio 2006, n. 16937; Cass., 5 febbraio 2007 n. 2479.

In relazione all'abuso consistente in un rifiuto di contrarre, la giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, le stesse autorità nazionali hanno da tempo aperto alla dottrina nordamericana delle *essential facilities*, così da ritenere che in presenza di una infrastruttura qualificabile come essenziale per l'accesso ad un determinato mercato, il rifiuto, non obiettivamente giustificato, alla conclusione di contratti diretti a consentirne e regolarne l'uso, ovvero la proposizione di clausole eccessivamente onerose, da parte dell'*incumbent* che quella infrastruttura detenga o controlli, risultino illegittimi⁴⁴.

Del pari, sulla base di orientamenti persino più risalenti e consolidati, vengono reputati illegittimi, in presenza di determinate circostanze a corredo della esistenza di una posizione dominante, l'interruzione di fornitura a vecchi clienti⁴⁵, il rifiuto di rifornire imprese non concorrenti⁴⁶ nonché i rifiuti di concedere licenze per lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale⁴⁷.

Dal punto di vista che ci occupa, quello cioè delle conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*, non v'è dubbio che fattispecie come quelle considerate rilevino principalmente come scaturigine di pretese risarcitorie; è tuttavia particolarmente interessante notare come, per lo più mediante provvedimenti di natura cautelare, in presenza di illegittimi rifiuti di contrarre,

tanto la Commissione europea quanto il giudice nazionale si siano trovati ad emanare vere e proprie ingiunzioni di concludere un contratto. Così è stato ad esempio, ad opera della Commissione, nel caso *BBI/Boosey & Hawkes*, del 1987⁴⁸, ed altrettanto è accaduto ad opera della Corte di Appello di Milano nei casi *Novamont e Bluevacanze*⁴⁹.

Passando alla disamina delle possibili conseguenze civilistiche da riconnettere a quelle ipotesi di abuso di posizione dominante ove siano, invece, il contratto ed i suoi termini regolamentari i mezzi della perpetrazione dell'illecito stesso deve dirsi come, nel silenzio della legge, si affaccino anche in tal caso due distinte opzioni interpretative. L'una tendente a postulare la nullità c.d. virtuale del contratto per contrarietà con norma imperativa (artt. 102 TFEU o 3, legge 287/1990)⁵⁰; l'altra, viceversa, propensa a scorgere nella condotta abusiva la sola scaturigine di una responsabilità contrattuale a carico dell'impresa dominante.

Risulta, inverò, d'ostacolo alla tesi della nullità virtuale (*ex art. 1418, comma 1, c.c.*) la distinzione concettuale tra regole di validità e regole di responsabilità⁵¹; distinzione alla cui stregua la violazione di una norma di condotta, qual è certamente quella che fa divieto all'impresa in posizione dominante di tenere condotte abusive, non può che metter capo a risvolti risarcitori, a

⁴⁴ Scontato, qui, far riferimento, oltre che alla giurisprudenza comunitaria, alla Comunicazione della Commissione 2009/C 45/02 intitolata «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*».

⁴⁵ Cfr. Per tutte C. giust., C-7/97, *Bronner v. Mediaprint*, EU:C:1998:569; C. giust., C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*, EU:C:2004:257.

⁴⁶ Cfr. C. giust. CE, 6 marzo 1974, C-6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission*, EU:C:1974:18.

⁴⁷ Cfr. C. giust., C-27/76, *United Brands v. Commission*, EU:C:1978:22.

⁴⁸ C. giust. UE, C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*, cit.

⁴⁹ Si osservi, al riguardo, che talora la Commissione ha ingiunto di ottemperare all'obbligo di contrarre attraverso propri provvedimenti di natura cautelare: cfr. la decisione della Commissione del 27 luglio 1987 nel caso *BBI/Boosey & Hawkes* L28636. Cfr. App. Milano, ord., 12 aprile 1995, *CEIT/Novamont-Ciuffo Gatto*; App. Milano 19 giugno 2001, *Bluevacanze S.p.A. c. I Viaggi del Ventaglio S.p.A., Turisanda S.p.A. e Hotelplan Italia S.p.A.*

⁵⁰ Cfr. Trib. Roma, ord. 7 agosto 2000; Trib. Milano 13 marzo 1985. In senso critico v., tuttavia, Trib. Alba 12 gennaio 1995.

⁵¹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

meno del ricorrere di previsioni normative espresse⁵².

Per altro verso, poi, in punto di politica del diritto, può bene aggiungersi come l'opzione invalidativa riferita al contratto con cui si abusi della posizione dominante, non potrebbe che essere radicale e travolgere cioè l'intero regolamento d'interessi⁵³. Da qui, dunque, il profilarsi di un rimedio contro l'abuso perpetrato che rischierebbe di risultare persino peggiore per la controparte abusata e che si intenderebbe, viceversa tutelare.

È in ragione di questi elementi che risulta quindi, anche in tal caso, maggiormente plausibile l'alternativa risarcitoria, dovendosi tuttavia aggiungere, quanto all'indole della postulata responsabilità, che si dovrebbe intendere quella in esame come una responsabilità di natura contrattuale, ad *instar* dell'art. 1440 c.c.

ENRICO CAMILLERI

Bibliografia

E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 91 ss.; Id. *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *NGCC*, 2020, 397 e ss;

Id., *Intesa sugli EIRD e finanziamenti indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità*, in *NGCC*, 2024, 1065 e ss; G. Guizzi, «Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza», in *I Contratti della Concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Torino, 2011, 5 e ss.; Id. *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine delle Sezioni Unite sulla nullità dei "contratti a valle"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2024, 169 e ss.; M. Libertini, «Le intese illecite», in *I Contratti della Concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Torino, 2011, 82 ss.; Id. voce *Contratto e concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici*, I- *Contratto*, dir. da G. D'Amico, Milano, Giuffrè, 2001, 246 e ss; Id. *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2022, 13 e ss; A. Mirone, A. Mirone, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003; L.F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, II ed. riv. e agg., Milano, 2018; R. Whish, *Competition Law*, 9th ed., Oxford, 2018, 336.

⁵² Non a caso, infatti, autorevole dottrina reputa che in tanto possa considerarsi nullo in contratto che inveri un abuso di posizione dominante, in quanto se ne riconduca la fattispecie nell'alveo dell'art. 9, comma 3 l. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica: cfr. Libertini, voce *Contratto e concorrenza*, cit., 251.

⁵³ Si noti, per inciso, che la tesi proposta da una dottrina minoritaria, tendente a postulare, nel caso di specie, una nullità del contratto con sostituzione automatica di clausole *ex art.* 1339 c.c., non risulterebbe praticabile, se non altro per il difetto di una fonte sostitutivo-integrativa, preesistente alla decisione giudiziale sulla invalidità.

IL PROCESSO DI MERITO IN MATERIA ANTITRUST

Sommario: **I.** Il doppio binario del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust*. L'art. 33 l. n. 287/90: carattere meramente esemplificativo del riferimento testuale alle azioni di nullità e risarcimento del danno. – **II.** La competenza delle Sezioni specializzate in materia di impresa e la concentrazione territoriale *ex art.* 18 d.lgs. n. 3/2017. – II.1 La *vis attractiva* delle sezioni specializzate per l'impresa – II.2. Inderogabilità della competenza del Tribunale sede di sezione iper-specializzata; rapporti tra sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie di tribunale – II.3. Questioni *antitrust* e cognizione incidentale. – **III.** Profili di specialità del rito alla luce del d.lgs. n. 3/2017. – **IV.** Azioni c.d. *follow-on* ed effetti delle decisioni della Commissione Ue o delle Autorità garanti nazionali. – V. Procedimenti paralleli e sospensione del giudizio civile.

I. Il doppio binario del sistema di *enforcement* del diritto *antitrust*. L'art. 33 l. n. 287/90: carattere meramente esemplificativo del riferimento testuale alle azioni di nullità e risarcimento del danno

Il sistema nazionale di *enforcement* della disciplina *antitrust*, così europea come municipale, poggia sui due pilastri costituiti dall'azione sanzionatoria e regolatoria affidata alla Commissione ovvero all'Autorità amministrativa indipendente nazionale, da un lato, e dalla tutela giurisdizionale dei diritti delle controparti

di mercato e dei consumatori davanti ai giudici nazionali, dall'altro lato. In questa sede, rinviando alle rispettive voci per commenti più specifici, si fornirà un quadro generale delle tutele giurisdizionali civili azionabili e delle relative discipline processuali, con esclusivo riguardo al giudizio statale [v. ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE E DIRITTO *ANTITRUST*].

Il versante civilistico della tutela, nei suoi profili sostanziali e soprattutto processuali, è a lungo rimasto estraneo a qualsiasi processo di armonizzazione, restando così integralmente rimesso alle differenziate discipline nazionali, salvo il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza¹. L'ampiamente declamata esigenza di incentivare lo sviluppo, giudicato nel complesso insufficiente e certamente ineguale sul territorio dell'Unione, del secondo pilastro dello *antitrust enforcement*, quello civilistico appunto, è infine sfociata in uno strumento normativo (dir. 104/2004/Ue) di parziale armonizzazione orizzontale di taluni profili (sostanziali e) processuali del contenzioso civile risarcitorio generato da violazioni dei divieti di intese e di abuso di posizione dominante di dimensione europea.

Come meglio si preciserà, la citata Direttiva, tempestivamente trasposta dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, persegue altresì l'obiettivo (Considerando n. 5, 6) di "ottimizzare l'interazione fra l'applicazione a livello pubblico e a livello privato della concorrenza", in linea con la convinzione che le azioni civilistiche

¹ C. giust. Ue 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi*. EU:C:2006:461.

rappresentino una componente in effetti indispensabile, ma pur sempre “ancillare” rispetto alla complessiva attività di *antitrust enforcement* ed alla prioritaria azione delle Autorità garanti. Ferma restando la pacifica ammissibilità e procedibilità di un’azione civile c.d. *stand-alone*, cioè promossa prima ed indipendentemente dall’iniziativa amministrativa, la Direttiva dedica infatti speciale attenzione alle c.d. azioni *follow-on*, o azioni “di seguito”, cioè alle domande di tutela risarcitoria promosse davanti al giudice civile dopo la conclusione dell’istruttoria condotta dall’Autorità garante e sulla base dell’accertamento amministrativo in tale sede raggiunto. In effetti, è soprattutto questo aspetto del *private enforcement*, quale componente aggiuntiva e complementare del sistema sanzionatorio contro le pratiche anticompetitive, che la Direttiva mira ad incentivare, nel contempo sforzandosi di prevenire possibili conflitti con le istruttorie amministrative.

Va subito segnalato che opportunamente il legislatore nazionale, in sede di recepimento della citata Direttiva, ha esteso le nuove regole sostanziali e processuali anche agli illeciti *antitrust* di dimensione puramente nazionale ai quali, in quanto privi di riflessi sugli scambi intracomunitari, si applica “autonomamente” la l. n. 287/1990. La distinzione tra illeciti di dimensione nazionale ovvero europea, già sterilizzata sotto il profilo della competenza (*infra* § II), appare oggi in linea generale priva di significative ricadute sul piano della disciplina processuale applicabile.

Ai due distinti e complementari modelli di *enforcement*, pubblico e privato, corrisponde nel nostro ordinamento – secondo l’originaria opzione fatta propria dall’art. 33 l. n. 287/1990, rimasto *in parte qua* inalterato – la divaricazione tra giurisdizione civile ordinaria e giurisdizione amministrativa, quale istanza di controllo

della legittimità dei provvedimenti adottati dall’Autorità garante nazionale².

In linea di principio, il riparto di giurisdizione appare chiaro: il giudice ordinario decide sulle controversie tra imprese o tra imprese e consumatori, che scaturiscono da violazioni della legge *antitrust*; mentre al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva, devono essere rivolti i ricorsi contro i provvedimenti amministrativi adottati dall’Autorità Garante [v. LA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI DELL’AGCM IN MATERIA ANTITRUST]. Data l’applicabilità della legge *antitrust* alle imprese, in senso ampio, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata (art. 8 ss., l. n. 287/1990) di regola sussiste la giurisdizione del giudice ordinario anche quando l’illecito *antitrust* consista in attività di impresa poste in essere da un ente pubblico³.

La tutela civilistica della concorrenza e del mercato transita per l’iniziativa dei singoli soggetti che si ritengano pregiudicati dall’illecito anticoncorrenziale e si traduce per lo più in domande risarcitorie o restitutorie, domande di accertamento della nullità di accordi collusivi che abbiano consistenza negoziale ovvero di

² Sulla diversa funzione degli strumenti di *public* e *private enforcement*, che operano su piani autonomi e distinti: C. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

³ Con riguardo alle pretese risarcitorie avanzate nei confronti dell’Agenzia del Territorio: Cass. civ., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 20443; Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30175, in *Foro It.*, 2012, 11, 1, 3144; con riguardo ad attività del Consorzio grana padano: Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2006 n. 1064. Più di recente, la questione di giurisdizione è stata prospettata, ma respinta, con riguardo al contenzioso al contenzioso da condotte di abuso di posizione dominante sul mercato dello *handling* aeroportuale: Trib. Milano, sez. spec. impr., 9 dicembre 2020. Non riguarda invece il *private enforcement* del diritto *antitrust* la questione risolta da Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2017, n. 8116, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario per l’opposizione avverso la cartella di pagamento per sanzioni amministrative irrogate dall’AGCM.

regolamenti negoziali che diano attuazione all'intesa restrittiva o all'abuso di posizione dominante [sulla sorte dei c.d. contratti a valle di un'intesa restrittiva: LE CONSEGUENZE CIVILISTICHE DELL'ILLECITO *ANTITRUST*; LA LICEITÀ DEI CONTRATTI "A VALLE"]].

Le azioni di nullità e di risarcimento del danno in effetti sono gli unici "rimedi" espressamente menzionati dall'art. 33 cpv. l. n. 287/1990, accanto ai «ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai Titoli dal I al IV» della legge stessa. Quest'ultimo riferimento deve leggersi come evocativo non solo dei provvedimenti d'urgenza, ma più in generale della tutela cautelare e quindi anche, ove opportuno, delle misure cautelari tipiche delle sezioni II-IV del Capo III del Libro IV del c.p.c. che appaiano strumentali alla fruttuosità delle ammissibili azioni di merito [v. LA TUTELA CAUTELARE NELL'AZIONE *ANTITRUST*].

Di per sé stessa, la formulazione letterale della disposizione non dovrebbe però essere intesa come limite all'ammissibilità di altre forme di tutela giurisdizionale. Piuttosto, il riferimento alle azioni risarcitorie e di nullità, cioè ai rimedi più tipici, appare meramente esemplificativo dei rimedi attivabili dalla vittima di un illecito *antitrust*. In particolare, la discussa estensione, dalla giurisprudenza di merito tuttora per lo più esclusa⁴, della tutela inhibitoria c.d. definitiva, cioè della condanna alla cessazione dell'illecito, dal settore della concorrenza sleale, in cui è di casa, a quello delle restrizioni delle dinamiche concorrenziali nel mercato, non può essere risolta semplicisticamente in ragione del tenore testuale dell'art. 33 cit. L'ammissibilità di sentenze di condanna alla cessazione dell'illecito – certo non esclusa dal potere di diffida attribuito all'Autorità garante – dev'essere invece valutata alla luce dei

principi del diritto civile, e quindi dei rapporti tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente, nonché alla luce delle specifiche esigenze di tutela espresse dal diritto antitrust, che legittimano l'estensione analogica di previsioni dettate per fenomeni contigui, tra le quali si annovera l'art. 9, c. 3, legge 18 giugno 2003 n. 192 in tema di abusi di dipendenza economica. In questa prospettiva, il citato art. 33 cpv. si connota come norma puramente processuale, che esaurisce la propria funzione nell'individuazione, oggi *per relationem*, del giudice competente per le azioni civili *antitrust*. L'opportuno ripristino del doppio grado di merito, conseguente al definitivo superamento della competenza per materia della Corte d'appello (*infra* § II), ha consentito inoltre di eliminare uno dei maggiori difetti dell'originaria impostazione, cioè l'impossibilità o comunque l'estrema difficoltà di estendere la competenza della Corte d'appello alle tutele non espressamente nominate.

Attualmente dunque non vi è più alcun ostacolo che impedisca di leggere la disposizione come espressione della volontà di attribuire all'ufficio giudiziario competente tutte le controversie tra imprese, nonché tra imprese e consumatori, relative a violazioni della legge *antitrust* indipendentemente dal contenuto della tutela perseguita. Di tutto ciò può trarsi d'altronde conferma dall'attribuzione al medesimo giudice, genericamente, di tutte le "controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea", come recita l'art. 3 d. lgs. 27 giugno 2003 n. 168, senza pretesa alcuna di fornire indicazioni sul contenuto della reazione civilistica all'illecito *antitrust*.

⁴ App. Milano, 16 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 904 ss.

II. La competenza delle Sezioni specializzate in materia di impresa e la concentrazione territoriale ex art. 18 d.lgs. n. 3/2017

L'esigenza di favorire l'uniformità della giurisprudenza e quella di assicurare un'efficiente risposta giurisdizionale in un settore connotato da elevato tecnicismo ed innervato da logiche più prossime alle scienze economiche che alle discipline giuridiche "classiche" ha sin dall'esordio indotto il legislatore a concentrare il *private enforcement* del diritto *antitrust* presso un numero limitato di uffici giudiziari, così da incoraggiare una progressiva specializzazione "sul campo" dei giudici civili.

Nell'assetto originario, tale obiettivo veniva indirettamente perseguito dall'art. 33 c. 2 l. n. 287/1990 mediante l'attribuzione di competenza alla Corte d'appello in unico grado. Tuttavia, la già evidenziata singolare limitazione alle sole domande risarcitorie o relative a dichiarazione di nullità⁵ e soprat-

tutto l'esclusivo riferimento alle sole domande fondate su episodi di violazione della legge *antitrust* nazionale hanno determinato la progressiva marginalizzazione della speciale competenza per materia delle Corti d'appello⁶, frustrandone così la ragion d'essere.

Accanto alla angusta competenza in unico grado della Corte d'appello infatti era progressivamente proliferato un composito mosaico, che aveva infine raggiunto l'acme con l'istituzione delle Sezioni specializzate industriali (in origine in numero di dodici) e l'attribuzione a queste ultime delle sole controversie *antitrust*, sia di dimensione nazionale che di dimensione comunitaria, che si qualificassero per essere "afferenti" all'esercizio di diritti di privativa industriale (d.l. n. 1/12). La confusione veniva poi ulteriormente accresciuta con la devoluzione delle azioni di classe, pur se relative ad illeciti *antitrust*, alle sezioni ordinarie di undici Tribunali (c.d. macro-regionali) le cui circoscrizioni risultavano non sempre coincidenti però con quelle disegnate di cui al d.lgs. n. 168/03 per le Sezioni specializzate industriali (l. n. 99/2009). Ne risultava il seguente affollato panorama: le corti d'appello erano competenti per le domande di nullità e risarcimento del danno fondate su illeciti *antitrust nazionali* non afferenti a diritti di privativa⁷; il giudice singolo di Tribunale ovvero il

⁵ Alla competenza funzionale in unico grado della Corte d'appello sarebbe risultata estranea qualsiasi azione diversa da quelle espressamente nominate, la quale se ammissibile si sarebbe dovuta proporre davanti ad altro giudice. Tentativi di praticare una ragionevole lettura estensiva erano tuttavia già emersi con riguardo all'azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. (Cass.civ., Sez. I 13 luglio 2005, n. 14716; *contra*, Cass. civ., Sez. VI 23 febbraio 2012, n. 2777); con riguardo alla domanda di restituzioni, da includere nella competenza della Corte d'appello, in quanto "ancor più strettamente connessa" alla domanda di nullità rispetto all'espressamente prevista domanda risarcitoria (Cass. civ., Sez. III 21 gennaio 2010 n. 993); con riguardo alla domanda di accertamento mero dell'illecito (App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, 261). Al contenzioso civile *antitrust*, anche se non di tratta propriamente di azioni volte all'*enforcement* delle regole pro-competitive, vanno ricondotte altresì le domande di mero accertamento negativo del diritto al risarcimento del danno (Trib. Milano 29 aprile 2009 in *Int'l lis*, 2009, 149). Nel senso invece che non potessero essere attratte alla competenza funzionale della Corte d'appello ex art. 33 l. n. 287/90,

previgente, le domande di determinazione del corrispettivo dell'appalto o di arricchimento senza causa, le quali trovino un mero antecedente storico e logico nella declaratoria di nullità, totale o parziale, di un precedente contratto di appalto per violazione delle disposizioni della normativa *antitrust*: Cass. civ., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 25880; Trib. Alessandria, 20 aprile 2022 n. 342.

⁶ Le corti di merito, adottando una lettura elastica ed estensiva della nozione di "dimensione comunitaria", erano di fatto giunte a svuotare la competenza delle Corti d'appello, circoscrivendola alle sole violazioni di dimensione locale e di minore impatto (App. Milano 24 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 1298 s.).

⁷ Anche per le domande proposte da consumatori, come definitivamente chiarito da: Cass. civ.,

Giudice di pace, da individuarsi secondo gli ordinari criteri di competenza per valore e territorio, per le azioni fondate sull'*antitrust comunitario* non afferente a diritti di privativa; le dodici sezioni specializzate industriali, in composizione collegiale, per gli illeciti *antitrust*, anche di dimensione comunitaria, ma solo se "afferenti" all'esercizio di titoli di proprietà industriale; uno degli undici Tribunali individuati dal c. 4 dell'art. 140 *bis*, cod. consumo, pure in composizione collegiale, per le azioni "di classe" a tutela dei consumatori fondate su di un illecito *antitrust*.

Infine, nel 2012 il legislatore ha opportunamente realizzato l'accentramento di virtualmente tutto l'*antitrust private enforcement* presso le vecchie Sezioni specializzate industriali⁸, ribattezzate Sezioni specializzate per l'impresa e contestualmente rese destinatarie di un corposo aumento del carico di lavoro derivante dalla devoluzione alle medesime altresì di una ampia porzione del contenzioso societario. La sottoposizione delle controversie *antitrust* ad un giudice già chiamato a dirimere i conflitti in materia di proprietà industriale si apprezza, non tanto e non solo in ragione dell'episodica configurabilità di vere e proprie interferenze tra i due complessi normativi⁹, ma già in considerazione dell'evidente

contiguità ed anzi del rapporto di vera e propria sinergia e complementarietà funzionale che intercorre, secondo la migliore dottrina, tra tali "materie" [v. I RAPPORTI TRA DIRITTO ANTITRUST E DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE].

Ai sensi del novellato art. 3 d.lgs. n. 168/2003¹⁰, le sezioni specializzate estendono oggi la propria competenza indifferentemente a tutte le controversie relative a violazioni della normativa *antitrust*, con implicita abrogazione del requisito della "afferenza" a diritti di privativa ancora anacronisticamente contemplato dall'art. 134 d. lgs. n. 30/2005; e senza incongrua distinzione a seconda che sia invocata la normativa nazionale¹¹, o quella, peraltro di assai più frequente applicazione, dell'Unione europea. Insieme all'eccezionale e rigorosamente "chiusa" competenza in unico grado della Corte d'appello, scompare così definitivamente anche qualsiasi residuo spazio per la competenza del Giudice di pace su domande risarcitorie di modico valore. Anche quando ad agire sia un consumatore che lamenti un danno di modesta o infima entità, infatti, la competenza a conoscere in via principale dell'illecita restrizione o alterazione della concorrenza spetta ormai inderogabilmente al Tribunale specializzato.

Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, 5, 967.

⁸ Resta naturalmente ferma la competenza funzionale della corte di Appello in unico grado per le azioni di risarcimento dei danni derivanti da illeciti *antitrust* proposte prima del 2012: App. Potenza 20 marzo 2017, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1422.

⁹ Basti pensare all'azione di contraffazione da parte del titolare di brevetto essenziale obbligato a rilasciare licenza, che può tradursi in un abuso di posizione dominante (C. giust. Ue 16 luglio 2015 *Huawei*, C-170/13 EU:C:2015:477); all'abuso del diritto di brevettazione da parte dell'impresa in posizione dominante (Cass. civ., Sez. I, 2 gennaio 2024 n. 9); alla complessa intesa mirante a contrastare l'uso *off-label* di un farmaco per favorire la prescrizione di quello più costoso (Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2021 n. 26920).

¹⁰ L'art. 3 D. Lgs. n. 168/2003, ora rubricato "Competenza per materia delle sezioni specializzate", recita: "Le sezioni specializzate sono competenti in materia di: (...) c) controversie di cui all'articolo 33, c. 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287; d) controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea".

¹¹ Le controversie di cui al capoverso dell'art. 33 l. n. 287/90, contestualmente così riscritto: "le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai Titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 168/2003".

Pur realizzando il benvenuto accorpamento della intera materia *antitrust* presso il giudice specializzato, l'intervento del 2012 aveva tuttavia comportato il progressivo aumento – sino al numero di 22 – dei Tribunali sede di sezioni per l'impresa, ciascuna con circoscrizione tendenzialmente coincidente con il territorio regionale. Ne risultava un evidente rischio di de-specializzazione insito nella eccessiva moltiplicazione delle sedi. Un'ulteriore complicazione derivava poi dall'eccezione introdotta per il caso in cui tra le parti vi fosse stata una società con sede all'estero, dovendosi allora ripartire la competenza tra le sole undici sedi individuate dall'art. 4 c. 1 bis d.lgs. 168/2003, introdotto con il d.l. n. 145/2013.

In questo scenario interviene da ultimo l'art. 18 d.lgs. n. 3/2017 che, approfittando dell'occasione offerta dal recepimento della Dir. Ue 104/2004 ed accogliendo il corale auspicio di maggiore concentrazione territoriale del contenzioso, individua tre soli fori inderogabilmente competenti per la "materia" *antitrust*, anche quando siano coinvolte imprese con sede estera, cioè i Tribunali e le rispettive Sezioni specializzate per l'impresa di Milano, Roma e Napoli. Si tratta degli uffici giudiziari presso i quali già in via di fatto veniva radicata la netta maggioranza delle liti "in materia *antitrust*" e che quindi hanno maturato sul campo una significativa esperienza ed una effettiva specializzazione in questa nicchia del contenzioso¹².

¹² Art. 4, c. 1 *ter*, d.lgs. n. 168/2003, come modificato da art. 18 d.lgs. n. 3/2017: «Per le controversie di cui all'articolo 3, c. 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del c. 1-bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti: a) 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); b) la sezione

Attualmente, le tre Sezioni specializzate per l'impresa di Roma, Milano e Napoli appaiono dunque destinate ad assorbire qualsiasi controversia fondata sulla violazione dei precetti *antitrust*, anche al di là delle sole domande risarcitorie e di nullità espressamente menzionate dall'art. 33 cpv. l. n. 287/90 e quindi indipendentemente dal tipo di rimedio attivato (*supra* § I), nonché ad attrarre eventuali domande connesse ai sensi dell'art. 3 c. 3 d. lgs. n. 168/2003 (*infra* § II.1).

Come dimostrano gli orientamenti maturati in seno al contenzioso seriale esploso a seguito del noto provvedimento della Banca d'Italia ed ulteriormente galvanizzato dal principio di diritto sancito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 41994/2021¹³, risulta ormai consolidata e pacifica la devoluzione alla competenza delle tre sezioni specializzate in materia *antitrust* anche delle domande di nullità dei contratti c.d. a valle di una intesa illecita¹⁴ ovvero dei

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); 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».

¹³ Il riferimento è alla pronuncia con cui le Sezioni unite (Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021 n. 41994) hanno composto, nel segno della nullità parziale, il contrasto di orientamenti deflagrato con riguardo alla sorte delle fideiussioni bancarie riproducenti clausole uniformi redatte secondo lo schema Abi e già considerate frutto di un'intesa restrittiva. Un nuovo intervento chiarificatore si attende con riguardo all'ancora più controverso caso dei mutui indicizzati al tasso *Euribor* (rimesso alle Sezioni Unite da Cass. civ., Sez. I, 19 luglio 2024 n. 19900, ord. interlocutoria).

¹⁴ Giurisprudenza costante, almeno a partire da Cass. civ. Sez. VI, 10 marzo 2021 n. 6523. Tra le più recenti: Cass. civ., Sez. III, 23 luglio 2024 n. 20455; Id., Sez. III, 23 luglio 2024 n. 2043; id., 11 novembre 2023 n. 556; id., Sez. VI, 1 febbraio 2023 n. 2978. Già nel senso che siano di competenza della Sezione specializzata tutte "le controversie che atten-

contratti in cui si manifesta un abuso di posizione dominante¹⁵: purché di domande si tratti e non di mere eccezioni (*infra* § II.3).

La concentrazione dell'*antitrust private enforcement* dinanzi ad una delle tre sezioni specializzate inderogabilmente competenti trova infine compimento anche con riguardo all'azione di classe fondata su illeciti *antitrust* [v. LAZIONE DI CLASSE E GLI ALTRI MODI DI AGGREGAZIONE DELLE PRETESE RISARCITORIE]. L'art. 840 *ter*, c. 1, c.p.c., introdotto dalla l. n. 31/19, devolve infatti tutte le azioni di classe¹⁶ e quindi anche quelle in materia *antitrust* alla "Sezione specializzata per l'impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente", precisando al terzo comma che «restano ferme le disposizioni del d.lgs. n. 3/2017» e quindi l'ulteriore concentrazione territoriale determinata dall'art. 18.

In definitiva, all'esito dell'accidentato percorso sopra delineato risulta finalmente conseguito l'obiettivo di accentrare l'in-

tero contenzioso civile *antitrust* (indifferentemente B2B o B2C, individuale ovvero "aggregato") presso un numero ridottissimo di uffici giudiziari altamente specializzati.

Il rischio, coralmente evidenziato, che il progressivo ampliarsi delle novero e della tipologia, ormai assai eterogenea, di controversie devolute alle Sezioni specializzate per l'impresa finisca per innescare un processo di de-specializzazione del giudicante trova adeguato correttivo nella soluzione organizzativa, già fatta propria dalle sedi che attraggono maggiori flussi di contenzioso, consistente nella creazione di un'ulteriore articolazione interna alla sezione che separi il contenzioso societario da quello industriale.

Il limite estremo della competenza attribuita al "giudice specializzato" in materia *antitrust* risulta dunque attualmente segnato dalle domande fondate esclusivamente su complessi normativi diversi dalla legge *antitrust* nazionale o dagli artt. 101, 102 TFUE¹⁷. Peraltro, poiché la competenza si stima dalla domanda, l'originaria qualificazione della condotta in termini di illecita restrizione della concorrenza continua a fondare la competenza del giudice specializzato nella materia *antitrust*, pur quando nel corso del processo emerge l'infondatezza di tale qualificazione¹⁸.

A questo proposito, e con riguardo ad un ambito che presenta interferenze tutt'altro che episodiche con le controversie *antitrust* e segnatamente con le fattispecie di abuso di posizione dominante, deve registrarsi la recente¹⁹ attribuzione

gono, seppure non esclusivamente, all'accertamento di prospettate violazioni di normative *antitrust*, a prescindere dalla fondatezza della relativa domanda": Trib. Milano, Sez. spec. impr., 26 maggio 2017 n. 6008, in www.giurisprudenzadelleimprese.it (nel caso di specie si trattava di domanda di accertamento della nullità del tasso di interesse *Euribor* per asserita violazione dell'art. 2 l. n. 287/90).

¹⁵ Trib. Milano, Sez. spec. impr., 15 marzo 2018, n. 3011, che ha conosciuto anche delle pretese restitutorie conseguenti alla dedotta nullità parziale di clausole pattizie concretanti un abuso di posizione dominante.

¹⁶ Non è questa la sede per indulgere sulla scarsa congruità dell'indiscriminata devoluzione alle sezioni per l'impresa (art. 3, c. 1, d. lgs. 168 n. 3 lett. d-bis e d-ter) delle azioni di classe in genere, quale che sia la materia del contendere, oltre che delle azioni rappresentative consumeristiche, introdotte nel d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) con il d. lgs. 10 marzo 2023 n. 28, attuativo della Direttiva 1828/2020/UE. Sul poco perspicuo intreccio tra azioni di classe ed azione rappresentativa consumeristica, non prevista per le violazioni *antitrust*, ma ammessa per violazioni dei nuovi obblighi *ex ante* gravanti sui c.d. *gatekeepers* in virtù del Regolamento 2022/1925/UE, si rinvia alla voce pertinente.

¹⁷ Estranee alla competenza delle sezioni specializzate sono pure le cause individuali (non invece quelle rappresentative alla stregua degli artt. 140 *ter* ss. Codice cons.) in materia di pratiche commerciali scorrette.

¹⁸ Trib. Milano, Sez. spec. impr., 6 dicembre 2017 in *Dir. ind.*, 2018, 311; Trib. Torino, Sez. spec. impr., 27 febbraio 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

¹⁹ In precedenza, per l'estraneità alla competenza delle Sezioni specializzate di domande risarcitorie fondate sull'abuso di dipendenza economica,

alla competenza delle sezioni specializzate per l'impresa anche delle controversie in materia di abuso di dipendenza economica²⁰. In questo caso, tuttavia, non opera l'estrema concentrazione territoriale sancita dall'art. 4, c. 1 ter, d. lgs. n. 168/2003 e la competenza può quindi spettare a qualsiasi sezione specializzata "distrettuale". Allo stato attuale, invece e con inopportuno misconoscimento della sostanziale convergenza funzionale con le norme *antitrust* pur nella diversità delle tecniche di intervento, nessuna speciale previsione in punto di competenza risulta essere stata prevista per il *private enforcement* dei nuovi obblighi *ex ante* gravanti sui c.d. *gatekeepers* ai sensi del Regolamento Ue 14 settembre 2022 n. 1925²¹ [v. IL *DIGITAL MARKET ACT*]. In questi casi, come pure in ogni altro in cui sia prospettabile una duplice ed alternativa qualificazione della medesima condotta in base a complessi normativi diversi, che possa condurre a competenze divaricate presso diversi Tribunali, la trattazione simultanea può essere realizzata solamente nei limiti in cui si ammettano deroghe alla competenza per ragioni di connessione.

in virtù dell'asserita natura puramente contrattuale e priva di rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato: Cass. civ., Sez. VI, 4 novembre 2015 n. 22584; Id. 28 settembre 2017, n. 22747; Id. 23 febbraio 2018, n. 4468.

²⁰ Art. 9, c. 3, l. n. 192/1998, come modificato da l. 5 agosto 2022 n. 118 «(...) *Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'art. 1 d. lgs. 27 giugno 2003, n. 168*».

²¹ Il *private enforcement* risulta implicitamente ammesso dall'art. 39 del Reg. 2022/1925/Ue, che fa riferimento a "procedimenti relativi all'applicazione del Regolamento da parte di organi giurisdizionali nazionali", oltre che dall'art. 42, il quale espressamente contempla le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, richiamando la Direttiva 1828/2020/Ue.

II.1 La *vis attractiva* delle sezioni specializzate per l'impresa

A tutt'oggi oggetto di incertezze resta il raggio della *vis attractiva* esercitata dalle Sezioni specializzate per l'impresa, alla luce del generico riferimento contenuto nell'art. 3 c. 3 d.lgs. n. 168/2017 a non ulteriormente qualificate «ragioni di connessione»²².

Da un lato, vi è diffuso consenso circa l'intenzione normativa di preservare l'esclusività della sfera di attribuzioni proprie della sezione specializzata mediante la unidirezionalità della deroga alle regole ordinarie di competenza, che opera solo a vantaggio della sezione specializzata²³, pure a scapito di competenze "forti" e con il solo limite che deriva dal conflitto con altri criteri di competenza c.d. funzionale. Pacificamente, resistono quindi alla attrazione presso il Tribunale delle imprese la competenza inderogabile del Tribunale in funzione di giudice del lavoro ai sensi dell'art. 413 c.p.c. o quella del Tribunale concorsuale ai sensi degli artt. 27 e 32 d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, come pure – secondo una granitica giurisprudenza – quella del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo (con le conseguenze che si esporranno *infra*)²⁴.

Dall'altro lato, la generica previsione non chiarisce, tuttavia, quale sia l'intensità del collegamento idoneo a giustificare uno spostamento di competenza finalizzato a realizzare il processo simultaneo presso il giudice specializzato in via di cumulo iniziale ovvero di riunione successiva.

²² La citata disposizione recita: «Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2».

²³ Con riguardo alle controversie *antitrust*, peraltro, l'inderogabilità della competenza territoriale segna un chiaro limite alla realizzazione del *simultaneus process* presso un giudice diverso da quelli individuate dall'art. 4, c. 1 ter, d. lgs. n. 3/168 (v. *infra*).

²⁴ Con riguardo a domande riconvenzionali societarie: Cass. civ., Sez. VI, 8 agosto 2017 n. 19738; id., sez. VI, 10 febbraio 2022 n. 4279.

Ferma la sicura irrilevanza della connessione meramente soggettiva di cui all'art. 104 c.p.c., si discute se sia sufficiente una qualsiasi forma di connessione oggettiva propria, anche diversa da quelle considerate nell'art. 40 c. 7 c.p.c., o se addirittura anche la connessione c.d. impropria per mera comunanza di questioni possa giustificare uno spostamento della competenza e quindi la riunione tra cause radicate presso uffici giudiziari diversi. Nel settore del contenzioso "industriale" in senso stretto, relativo cioè alla tutela della proprietà intellettuale, la soluzione affermativa trae linfa dall'esplicita previsione contenuta nell'art. 134 lett. a) d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, il cui primo c. espressamente estende la competenza «in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria» con quelle (proprietà industriale e concorrenza sleale "interferente") attribuite dalla medesima disposizione al giudice specializzato²⁵, in deroga al principio espresso dagli artt. 31 ss. e 40 c.p.c., i quali ammettono spostamenti della competenza solo in presenza di connessione oggettiva propria.

Con specifico riguardo alle controversie *antitrust*, ed in linea di continuità con l'orientamento maturato con riguardo alle liti societarie²⁶, la giurisprudenza pare tuttavia orientata in senso assai più rigoroso. Contrapponendo la lettera dell'art. 134

d. lgs. n. 30/2005 a quella assai generica dell'art. 3 c. 3 d. lgs. n. 168/2003²⁷, si è infatti precisato che questa più prossima previsione potrebbe operare solo in presenza delle figure di connessione propria "qualificata" valorizzate dagli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., vale a dire quelle stesse prese in considerazione dall'art. 40 commi 6 e 7 c.p.c. onde consentire la deroga alla competenza del giudice di pace a vantaggio del Tribunale²⁸. La conclusione poggia essenzialmente sulla considerazione che altrimenti, attribuendo rilievo a qualsiasi ipotesi di connessione, «verrebbe tradita la *ratio* sottesa all'istituzione del tribunale delle imprese, voluto dal legislatore quale giudice specializzato, cui è demandata la cognizione di determinate materie che, per peculiarità degli interessi coinvolti, devono anche essere decise celermente»²⁹. Nella medesima vena, si è altresì giunti a negare l'attrazione alla competenza della sezione specializzata a fronte di una domanda di

²⁷ L'orientamento di cui nel testo respinge le impostazioni dottrinali inclini in generale a leggere l'art. 3 c. 3 alla luce dell'art. 134 d. lgs. n. 30/2005, ed anche la più limitata proposta, avanzata da chi scrive nella precedente edizione di questo Dizionario, di valorizzare la convergenza sistematica tra diritto *antitrust* e tutela della proprietà industriale per estendere l'applicazione del citato art. 134 almeno in tale ambito. La citata giurisprudenza peraltro si distanzia pure dalle voci dottrinali che, esclusa la connessione impropria, ammettevano tuttavia la rilevanza ai sensi dell'art. 3, c. 3, d. lgs. n. 168/2003, di una qualsiasi forma di connessione oggettiva propria.

²⁸ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13886; id., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13885; id., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13889; id., 11 novembre 2024 n. 29007.

²⁹ Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2024 n. 28987; id., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13885; id., 28 novembre 2023 n. 33041; id., ord., 28 novembre 2023, n. 32984, relativa ad ipotesi in cui l'attore aveva proposto due distinte domande: una per la nullità di un contratto di mutuo, sottoscritto dalla società di cui l'attore era legale rappresentante, in ragione della usurarietà degli interessi, e l'altra per la nullità del contratto di fideiussione per violazione della normativa antitrust, questa solamente riconducibile alla competenza della sezione specializzata.

²⁵ Cass. civ., Sez. VI, 25 gennaio 2023 n. 2331, in ipotesi di connessione con causa relativa a diritto d'autore, in motivazione afferma che «il d.lgs. n. 168 del 2003, art. 3, c. 3, non distingue tra connessione "forte" e connessione "debole" ma stabilisce che le sezioni specializzate sono competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai precedenti commi 1 e 2, tra cui rientrano le controversie in materia di diritto d'autore» (nel caso di specie l'attrazione alla competenza speciale si giustificava tuttavia alla luce della ravvisata connessione per pregiudizialità); Cass. civ., Sez. VI 3 agosto 2016 n. 16272.

²⁶ Cass. civ., Sez. VI, 18 giugno 2018 n. 15982; e già: Trib. Verona 10 dicembre 2012, in www.ilcaso.it.

nullità del medesimo contratto fondata sia sull'indeterminabilità dell'oggetto, sia sulla contrarietà alla normativa *antitrust*, con la conseguente separazione delle cause, così individuate ritagliando specifici profili di invalidità³⁰.

La preferibile qualificazione dei rapporti tra sezione ordinaria e sezione specializzata del medesimo Tribunale in termini di competenza c.d. tabellare consente, peraltro, di ricondurre all'art. 274 c.p.c. l'ipotesi del radicamento di cause comunque connesse, anche solo impropriamente, presso diverse sezioni tutte appartenenti al medesimo ufficio giudiziario (*infra*).

II.2. Inderogabilità della competenza del Tribunale sede di sezione iper-specializzata; rapporti tra sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie del medesimo Tribunale

Il d.lgs. n. 3/2017, introducendo il c. 1 *ter* dell'art. 4 d. lgs. n. 168/03, ha esplicitato il carattere inderogabile della sfera di competenza *territoriale*, con gittata ultra-distrettuale, devoluta, tra tutti i Tribunali sede di Sezioni specializzate per l'impresa, solo a quelli di Milano, Roma e Napoli.

Una volta ascritta la controversia a quelle contemplate dall'art. 3 c. 1 lett. c) e d), la distribuzione orizzontale è operata dall'art. 4 d.lgs. n. 168/2003 mediante un criterio di "secondo grado": prima si individua l'ufficio giudiziario che sarebbe competente secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e le eventuali disposizioni normative speciali e poi si applica la previsione speciale che, ridisegnando la geografia giudiziaria, concentra il contenzioso presso

le tre sole sedi *iper-specializzate* e dotate di una "competenza" pluri-distrettuale³¹. È questa ulteriore concentrazione territoriale ad essere espressamente definita inderogabile, oltre che prevalente rispetto a quelle di cui ai precedenti commi 1 (criterio generale) e 1 *bis* (società estere). In altri termini, inderogabile sarebbe solo la concentrazione presso una delle tre sedi specializzate della competenza come determinata, in prima battuta, alla luce dei criteri ordinari.

Non vi è dubbio che qualsiasi altro ufficio giudiziario, diverso da quelli espressamente indicati, non potrebbe conoscere di una domanda riconducibile alle materie di cui all'art. 3 c. 1 lettere c) e d). Il rapporto tra i Tribunali di Milano, Roma, Napoli e qualsiasi altro Ufficio giudiziario, sia di tipo diverso (Giudice di pace) sia dello stesso tipo (altro Tribunale, in ipotesi di violazione della regola di concentrazione territoriale *ex art.* 4 d. lgs. n. 168/2003)

³¹ Al fine di individuare il radicamento territoriale della controversia, sul quale interviene in seconda battuta la concentrazione ulteriore, rilevano tutti i fori ordinari previsti dal codice di rito, non escluso, ove applicabile, quello pattizio. Un conflitto con il criterio inderogabile del foro del consumatore *ex art.* 66 *bis* d. lgs. 206/2005 potrebbe profilarsi quando ad agire fosse un consumatore che radichi la controversia dinanzi al Tribunale "domestico", diverso da quelli individuati dall'art. 4 c. 1 *ter* d. lgs. n. 168/03. In questa ipotesi, si prospetta un conflitto tra criteri di competenza territoriale inderogabile, a monte del quale tuttavia sussiste la violazione del criterio speciale che devolve la "materia" ai soli Tribunali sedi di sezione specializzata. Si tratta quindi di comprendere se debba prevalere la ratio di tutela del consumatore ovvero quella di specializzazione del giudicante, questa seconda chiaramente concepita per un contenzioso non bagatellare (il tema è solo sfiorato da Cass. civ., Sez. III, 2 settembre 2024 n. 23533, in relazione all'eccezione di incompetenza per violazione dell'art. 66 *bis* cit. sollevata in sede di opposizione a decreto ingiuntivo dagli intimati, i quali avevano anche dedotto – non è chiaro se in via di eccezione o di domanda riconvenzionale – la nullità della fideiussione secondo lo schema Abi).

³⁰ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13885. *Cfr.*, tuttavia, Cass. civ., Sez. I, 26 agosto 2024 n. 23112, che valorizza la connessione per identità del *petitum*.

si configura come un rapporto di competenza in senso proprio (c.d. esterna) ed inderogabile, cui trova conseguentemente applicazione l'art. 38, c. 3, c.p.c., e così la rilevabilità d'ufficio³², che tuttavia il giudice – quando procede nelle forme del rito ordinario di cognizione – dovrebbe effettuare con il decreto *ex art. 171 bis* c.p.c. entro 15 giorni dal decorso del termine per la costituzione tempestiva del convenuto³³. Proprio l'inderogabilità della concentrazione territoriale, tuttavia, determina l'altrettanto sicura inapplicabilità della c.d. proroga endo-processuale di cui all'art. 38, c. 2, c.p.c.³⁴ Altrettanto pacifica risulta inoltre l'ammissibilità, oltre che dell'art. 42, del regolamento di competenza d'ufficio ai sensi dell'art. 45 c.p.c.³⁵.

Le più gravi incertezze invece hanno a lungo avvolto la natura del rapporto tra diverse sezioni del medesimo Tribunale,

pur territorialmente competente, e quindi la determinazione delle conseguenze che discendono dalla proposizione di una domanda di pertinenza del giudice specializzato dinanzi alla sezione ordinaria dei Tribunali di Milano, Roma o Napoli, o viceversa. Si tratta di un problema emerso già nell'esperienza delle preesistenti Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale e che si è riproposto identico per l'intero spettro delle materie attribuite alle Sezioni specializzate per l'impresa.

Il nodo centrale attiene alla qualificazione di tale rapporto in termini di competenza in senso tecnico (c.d. esterna) e precisamente di competenza per materia, analogamente alla soluzione consolidatasi con riguardo alle sezioni specializzate agrarie; ovvero di mera ripartizione interna di funzioni nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, come per le sezioni lavoro e fallimentare la cui "competenza", ma più propriamente "sfera di attribuzioni" è del pari prevista *ex lege*, ma che pacificamente si configurano come articolazioni interne dell'ufficio giudiziario.

Le oscillanti soluzioni, che hanno a lungo diviso la stessa giurisprudenza di legittimità³⁶, discendono dall'innegabile incertezza del quadro normativo di riferimento, che lascia inevitabile spazio alle opzioni di valore dell'interprete, come testimonia la, forse eccessivamente meccanica, contrapposizione tra garanzie processuali e celerità della tutela.

³² Si è precisato che, nel caso di domanda proposta dinanzi alla Sezione specializzata presso il Tribunale individuato ai sensi della regola di concentrazione territoriale, il rilievo officioso dell'estraneità della materia a quella devoluta alle Sezioni specializzate non consentirebbe altresì la individuazione del diverso Tribunale territorialmente competente secondo i criteri ordinari in assenza di tempestiva eccezione di parte: l'inapplicabilità delle norme che fissano l'inderogabile sfera di competenza delle sezioni specializzate infatti farebbe riemergere una questione di competenza territoriale semplice ai sensi dell'art. 38 c. 1 c.p.c. (così: Cass. civ. 14 gennaio 2019, n. 664).

³³ Così dispone l'art. 38 c.p.c., come modificato dal d.lgs. 31 ottobre 2024 n. 164, recante *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*. Il consueto termine della prima udienza, per il rilievo officioso, resta invece applicabile solo nei processi in cui non si applica l'art. 171 *bis* c.p.c.

³⁴ Cass. Civ., Sez. I, 2 novembre 2023 n. 30435.

³⁵ Per la pacifica ammissibilità del regolamento di competenza d'ufficio *ex art. 45* c.p.c. nel caso in cui una controversia che dovrebbe essere proposta, in quanto devoluta alla sezione specializzata per l'impresa, davanti al Tribunale individuato dall'art. 3 d.lgs. n. 168/2003, venga invece promossa dinanzi a diverso Tribunale, non sede di sezione specializzata: Cass. civ., Sez. VI, 31 dicembre 2018, n. 31134.

³⁶ Quantomeno a far data da Cass. civ., Sez. VI, 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, 95, la giurisprudenza di legittimità si era prevalentemente orientata per la qualificazione in termini di mero riparto tabellare (*ex multis*: Cass. civ., Sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 664; Cass. civ., Sez. VI, 22 marzo 2017, n. 7228, ord., in *Foro it.*, 2018, I, 1, 3130). Resisteva un orientamento minoritario, fedele al precedente di Cass. civ., Sez. I, 25 settembre 2009, n. 20690 (Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4706, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 424 e in *Dir. ind.*, 2018, 552; Cass. civ., Sez. I, 15 giugno 2015, n. 12326, in *Dir. ind.*, 2015, 502).

Al di là del non dirimente riferimento letterale che attribuisce la sfera di competenza territoriale e per materia direttamente alle sezioni specializzate istituite presso il Tribunale (anziché al Tribunale come si ricava invece dall'art. 413 c.p.c. per il contenzioso laburistico³⁷), una prima soluzione fa leva essenzialmente: sull'esigenza di simmetria con l'ipotesi di violazione delle regole di riparto orizzontale, osservandosi che sarebbe assurdo ammettere il regolamento di competenza quando sia stato adito un Tribunale non sede di Sezione specializzata ed escluderlo invece quando la causa sia erroneamente radicata presso la sezione ordinaria del medesimo Tribunale già territorialmente competente³⁸; sulla fonte legislativa della istituzione delle sezioni, che le avvicina alla sezione specializzata agraria; sulla maggiore ampiezza della circoscrizione territoriale attribuita alla Sezione specializzata rispetto al perimetro circondariale di quella del Tribunale presso il quale è istituita, che sarebbe indice ulteriore di autonomia strutturale.

Per contro, i fautori della soluzione c.d. anti-formalistica, insistendo sulla maggior vicinanza delle sezioni specializzate per l'impresa alle sezioni "tabellari", valorizzano l'assenza di componenti non togati e la "promiscuità" delle attribuzioni, posto che la legge istitutiva espressamente consente che ai giudici componenti la sezione possa essere assegnata anche la trattazione di ulteriori e diversi processi. Si evidenzia inoltre come proprio in ragione del carattere non esclusivo delle attribuzioni, la prospettiva incentrata sul conflitto di competenza possa condurre ad esiti palesemente paradossali: alla declinatoria

di incompetenza per materia da parte della sezione specializzata potrebbe infatti seguire la riassunzione della causa dinanzi ad uno dei magistrati già componente del collegio, o viceversa.

La tesi che ragiona in termini di competenza esterna privilegia, in definitiva, il "diritto soggettivo processuale" delle parti alla trattazione e decisione della controversia ad opera del giudice specializzato. Il secondo orientamento, invece, pone l'accento sulle esigenze di celerità sottese alla individuazione di un giudice specializzato, che potrebbero venire frustrate dal ricorso strumentale all'eccezione prima e poi dalla proposizione del regolamento di competenza.

Le conseguenze del diverso inquadramento sono sensibilmente divaricate.

Se si tratta di un vero e proprio rapporto di competenza c.d. esterna, si applicheranno tutte le disposizioni in materia di competenza dall'art. 38 all'art. 50 c.p.c.; le parti avranno la possibilità di lamentare la violazione del criterio di riparto impugnando la decisione ai sensi dell'art. 42 o 43 c.p.c.; eventuali conflitti negativi di attribuzioni potranno trovare rimedio mercé l'art. 45 c.p.c.; in ipotesi di litispendenza e di connessione, si applicheranno l'art. 39 e 40 c.p.c., anziché gli artt. 273 e 274 c.p.c.

Se invece si opta per la mera ripartizione interna di funzioni tra articolazioni del medesimo ufficio giudiziario, non sarà possibile sollecitare l'intervento della Suprema Corte mediante il regolamento di competenza, né ad istanza di parte né d'ufficio; eventuali conflitti di competenza potranno trovare rimedio esclusivamente in via amministrativa mediante un informale passaggio per vie interne mediato dal Presidente del Tribunale; la simultanea pendenza della identica causa ovvero di causa connessa davanti ad altra Sezione del medesimo Tribunale sollecita la riunione officiosa ai sensi dell'art. 273 o 274 c.p.c. Pur all'interno di questo orientamento, peraltro, si discute se

³⁷ Alla lettera dell'art. 3 d.lgs. n. 168/2003 potrebbe contrapporsi, tra l'altro, la formulazione dell'art. 33 l. n. 287/90 secondo cui la domanda si propone "davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata".

³⁸ Cass., civ. Sez. I, 24 luglio 2015, n. 15619.

l'erronea attribuzione della causa, non corretta dalla riassegnazione della causa ad opera del presidente del Tribunale, possa in effetti tradursi in un autonomo vizio della sentenza suscettibile di essere fatto valere in sede di impugnazione, nella misura in cui la parte soccombente riuscisse a dimostrare un concreto ed effettivo pregiudizio inferito al proprio diritto di difesa; ovvero se resti priva di qualsiasi riflesso sulla validità della sentenza emessa dalla Sezione ordinaria, secondo quanto espressamente prevede l'art. 7 *bis*, c. 1, del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 con riguardo ai criteri per assegnazione "tabellare" degli "affari" all'interno dell'Ufficio giudiziario. In ogni caso, l'erronea attribuzione può determinare l'invalidità della sentenza da farsi valere in via di impugnazione ai sensi dell'art. 50 *quater* c.p.c., tutte le volte in cui si traduca altresì nel vizio di composizione dell'organo giudicante, cioè quando la causa fosse decisa dal giudice singolo anziché dal collegio³⁹.

Con la pronuncia n. 19882/2019⁴⁰, le Sezioni Unite hanno infine ribadito l'orientamento maggioritario ed escluso che possa ravvisarsi un vero e proprio rapporto di competenza c.d. esterna tra le sezioni ordinarie e quella specializzata per l'impresa istituita presso il medesimo Tribunale, opportunamente definendo altresì le conseguenze processuali dell'errore nella assegnazione tabellare del riparto. A quest'ultimo proposito, le Sezioni Unite precisano che la parte potrà far valere il vizio di nullità della pronuncia emessa dalla sezione "sbagliata" solo nel caso di decisione monocratica anziché collegiale.

³⁹ Cass., civ., Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 21668.

⁴⁰ Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2019 n. 19882, in *Riv. dir. proc.*, 2021, I, 336. L'intervento nomofilattico era stato sollecitato da Cass., Sez. I, 30 gennaio 2019 n. 2723, in *Foro it.*, 2019, I, 1226, ove anche completi riferimenti ai pregressi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

II.3. Questioni antitrust e cognizione incidentale

L'esclusiva ed inderogabile competenza delle sezioni iper-specializzate ha fatto sorgere il dubbio se un giudice diverso dal "giudice naturale" delle controversie *antitrust* possa conoscere in via *incidentale* della compatibilità con la legislazione antimonopolistica di un determinato comportamento o di determinati impegni negoziali; ovvero se, invece, l'emersione di una questione *antitrust*, pur quando non dedotta quale *causa petendi* di una domanda principale o riconvenzionale, comporti necessariamente l'attrazione presso la sezione specializzata anche della controversia contrattuale connessa.

Il problema si pone essenzialmente quando la "questione *antitrust*" emerge dalle difese del convenuto, tipicamente nel contesto di ordinarie azioni di adempimento contrattuale, in cui il convenuto solleva l'eccezione di nullità totale o parziale del contratto per violazione diretta o derivata degli artt. 101, 102 TFUE o degli omologhi municipali. Soprattutto dopo che la Corte di cassazione si è pronunciata in senso favorevole alla nullità anche dei c.d. contratti a valle di un'intesa vietata nella specifica fattispecie delle fideiussioni bancarie concluse in ossequio al modello avallato dalle norme Abi già condannate come espressione di illecita intesa restrittiva ad opera della Banca d'Italia⁴¹, la classica questione ha avuto modo di presentarsi molto frequentemente. Così, nel contesto di vicende giudiziarie che prendevano le mosse da domande di adempimento proposte dalla Banca creditrice con ricorso monitorio, si è ripetutamente affermato che «dinanzi al Tribunale ordinario che giudica in sede di opposizione a decreto ingiuntivo può essere valutata l'eccezione di nullità del negozio fideiussorio, per

⁴¹ Cass., Sez. Un., 30.12.2021 n. 4194.

contrasto con la normativa sulla concorrenza, in quanto diretta a paralizzare la pretesa creditoria»⁴².

Risulta dunque pacifico che la mera eccezione di nullità per contrasto con i divieti *antitrust*, non rileva ai fini della determinazione della competenza e certo non fa scattare la competenza “funzionale” della sezione specializzata, a meno che parte convenuta od opponente in sede di opposizione a decreto ingiuntivo abbia proposto una domanda di accertamento incidentale volta a sollecitare la decisione con efficacia piena di giudicato⁴³.

Infatti, ogni qual volta il convenuto non si limiti a sollevare un'eccezione, ma proponga una domanda di accertamento incidentale della nullità ovvero una domanda riconvenzionale di risarcimento del danno fondate sulla violazione dei divieti *antitrust*, queste dovranno essere decise dal giudice esclusivamente com-

petente e cioè dalla Sezione specializzata per l'impresa presso il Tribunale, dinanzi alla quale dovrà realizzarsi il processo simultaneo con le cause connesse, ove ne sussistano i presupposti (v. *retro* § II.3) e lo consentano le norme in materia di competenza. Infatti, quando la competenza inderogabile – e quindi anche immodificabile per ragioni di connessione – del Tribunale di cui all'art. 4, c. 1 *ter*, d. lgs. n. 3/168, fronteggia una competenza del pari funzionale e spettante, sulla causa di per se stessa estranea alla materia *antitrust*, al giudice non specializzato, le cause andranno inevitabilmente incontro a separazione, potendosi semmai ripiegare sul coordinamento mediante sospensione in presenza di nessi per subordinazione⁴⁴.

III. Profili di specialità del rito alla luce del d.lgs. n. 3/2017

Come noto, il legislatore non ha disegnato un apposito rito speciale per il contenzioso civilistico del mercato, così come più in generale non sussiste attualmente – compiutasi la rapida parabola del rito societario – un rito speciale per il c.d. Tribunale delle imprese.

In linea di principio, quindi, troverà applicazione il rito ordinario dinanzi al Tribunale, di cui al Libro II del c.p.c. (compresa, astrattamente, la disposizione sul passaggio al procedimento semplificato), salvo restando l'innesto di regole ed istituti

⁴² Trib. Mantova 16 gennaio 2019, in *Dejure*. Nel senso che non sussiste litispendenza tra il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, nel cui alveo l'opponente sollevi eccezione di nullità ai sensi della l.n. 287/1990, e la successiva proposizione di una domanda di nullità in via principale dinanzi alla competente sezione specializzata: Trib. Napoli, 4 agosto 2022 n. 7654.

⁴³ Si ribadisce infatti che «in tal caso il giudice competente per la causa deve conoscere delle clausole e dell'intesa solo in via incidentale, giacché la questione non deve essere decisa con efficacia di giudicato per volontà della legge o per esplicita domanda di una delle parti» (*ex multis*: Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 2024 n. 10322; id., Sez. III, 5 novembre 2024 n. 28410; id., Sez. III, 23 luglio 2024 n. 20463; id. Sez. I, 28 novembre 2023 n. 32993; id., Sez. I, 2 marzo 2023 n. 6222; id., 2 febbraio 2023, n. 3248; già: Trib. Padova, 29 gennaio 2019, in *Dejure*; Trib. Verona 1 ottobre 2018; Trib. Salerno 23 agosto 2018 n. 3016, in *Dejure*. Nonostante qualche isolata opinione dissonante (Trib. Verona, 22 ottobre 2020, in *Dejure*), questa preferibile soluzione non trova affatto ostacolo nello “statuto” della nullità contrattuale delineato da Cass. civ., Sez. Un. 12 dicembre 2014 n. 26242, le quali, pur incidendo in senso estensivo sulla portata preclusiva del giudicato, tengono ben ferma la distinzione tra domanda di accertamento della nullità e deduzione della stessa quale mera eccezione.

⁴⁴ In particolare, secondo l'impostazione tuttora dominante in giurisprudenza, funzionale ed inderogabile sarebbe la competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 645 c.p.c., con le conseguenze di cui nel testo (Cass. civ., Sez. VI, 5 dicembre 2022 n. 35661; id., Sez. III, 23 gennaio 2024 n. 2320). Analogamente, con riguardo alla competenza del giudice dell'opposizione a precetto o all'esecuzione: Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2024 n. 13889; id., 7 agosto 2024 n. 22305; già: Trib. Brescia 22 ottobre 2018, in *Dejure*.

speciali previsti dalla normativa comunitaria ed in particolare nel Regolamento n. 1/2003 e nella Direttiva 104/2014. Tra questi, oltre agli strumenti volti ad assicurare la leale cooperazione tra giudici nazionali e Commissione mediante l'intervento di questa quale *amicus curiae* ovvero la richiesta di assistenza da parte del giudice nazionale [v. I RAPPORTI TRA COMMISSIONE, AUTORITÀ NAZIONALI E GIUDICI NEL SETTORE ANTITRUST], va rammentato il dovere del giudice nazionale di trasmettere «senza indugio» alla Commissione copia delle decisioni rese in base agli artt. 101, 102 TFUE (art. 15 c. 2 Reg. n. 1/03).

Benché non si tratti di un profilo attinente al rito applicabile, va qui richiamata l'attenzione sulla circostanza, di non irrilevante impatto pratico, che per tutti i procedimenti radicati presso le Sezioni specializzate in materia di impresa l'art. 13, c. 1 *ter*, D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 prevede il raddoppio dell'importo del contributo unificato: non esclusi i procedimenti di cui sia parte un consumatore, anche qualora questi agisse in via individuale.

La principale peculiarità originariamente esibita dai procedimenti civili *antitrust*, cioè l'amputazione di un grado di giudizio di merito conseguente alla attribuzione di competenza alla Corte d'appello è ormai un ricordo, in ragione della devoluzione della competenza al Tribunale.

Permane, tuttavia, salve espresse indicazioni contrarie in norme speciali, la riserva di decisione al Tribunale in composizione collegiale. Nonostante l'espresso rinvio all'art. 50 *bis* c. 1 n. 3 c.p.c., di cui al previgente art. 2 d.lgs. n. 168/2003, sia caduto in occasione della trasformazione delle sezioni specializzate industriali in sezioni specializzate per l'impresa, la decisione da parte del collegio comunque discende dall'aver il legislatore utilizzato il *nomen* «sezione specializzata», con ciò stesso evocando la disposizione generale del codice di rito. Viene meno invece,

insieme alla delega delle attività istruttorie a uno dei componenti del collegio, qualsiasi base per ipotizzare una trattazione interamente collegiale, ricevendo indiretta conferma la regola della riserva al collegio – in assenza di esplicite indicazioni – della sola fase decisoria, con evidenti ricadute in ordine alla competenza per la pronuncia di provvedimenti cautelari e per la decisione sul reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c.

La riserva di decisione collegiale non rappresenta più un limite insuperabile alla possibile instaurazione e trattazione della controversia nelle forme alternative e più snelle – ma al tempo stesso più contratte rispetto al rito ordinario di cognizione – che connotano il procedimento semplificato di cognizione⁴⁵. La via risulta però percorribile solo allorché in concreto siano ravvisabili i requisiti previsti dall'art. 281 *decies* c. 1 c.p.c., incentrati sulla semplicità istruttoria della controversia; in caso contrario, il giudice provvederà a disporre la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario, ai sensi dell'art. 281 *duodecies* c. 1 c.p.c.⁴⁶.

Nessuna previsione specifica contempla il rapporto tra le controversie civili antitrust e le condizioni di procedibilità della domanda disciplinate dall'art. 5 d.lgs 4 marzo 2010 n. 28, dovendosi quindi valutare caso per caso se la controversia rientri tra quelle per le quali è contemplata la mediazione obbligatoria. Il tema è sporadicamente affiorato all'attenzione delle corti di merito nell'ambito dell'alluvionale contenzioso *follow-on*

⁴⁵ Il previgente rito sommario di cognizione *ex* artt. 702 *bis* ss. c.p.c. risultava invece in ogni caso inammissibile per qualsiasi controversia riservata alla decisione collegiale e quindi anche per i giudizi devoluti alla competenza delle sezioni specializzate per le imprese. Così, in materia societaria: Trib. Roma, Sez. spec. impr., 27 maggio 2019; Id., 13 marzo 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁴⁶ Fa eccezione il rito dell'azione di classe, avendo legislatore previsto l'obbligatorietà del rito sommario di cognizione (art. 840 *ter* c. 3 c.p.c., che oggi rinvia agli artt. 281 *decies* ss. c.p.c.).

a seguito del già più volte evocato caso delle fideiussioni su modello Abi ed in tale contesto si è escluso che le fideiussioni de quo dovessero essere qualificate come “contratti bancari” ai sensi del citato art. 5 d. lgs. 28/2010⁴⁷.

In assenza di previsioni speciali, anche la disciplina delle prove ammissibili davanti alle Sezioni specializzate dovrebbe ricavarsi dalle disposizioni comuni del codice di rito civile. Alla riunificazione delle competenze dinanzi al medesimo giudice già investito del contenzioso sui diritti di proprietà industriale non si era infatti accompagnata l'espressa estensione al contenzioso *antitrust* delle disposizioni processuali speciali del d. lgs. n. 30/2005⁴⁸.

Tuttavia, sul palinsesto del rito ordinario dinanzi al Tribunale ai sensi del Libro II del c.p.c., oltre ai già rammentati istituti derivanti dal Reg. n. 1/03 e relativi alla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione, si innestano oggi le previsioni processuali, talora marcatamente derogatorie rispetto alla disciplina generale, introdotte dal d. lgs. n. 3/2017 in sede di recepimento della Dir. 104/2014/UE.

L'intento della Direttiva è dichiaratamente quello di agevolare le azioni risarcitorie avanzate dalle vittime di illeciti *antitrust* nel contempo preservando la primazia dell'azione amministrativa.

Riservando al prossimo § il centrale tema dei rapporti con gli accertamenti delle Autorità garanti, merita qui dare brevemente conto, rinviando per approfondimenti alle voci più specifiche [v. L'AZIONE RISARCITORIA, L'ONERE DELLA PROVA E GLI

STRUMENTI PROCESSUALI AI SENSI DEL DIRITTO ITALIANO; LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NEL PROCESSO *ANTITRUST*], delle previsioni volte a riequilibrare la conclamata asimmetria informativa tra la vittima e l'autore dell'illecito *antitrust* e quindi ad agevolare l'assolvimento dell'altrimenti impervio onere della prova che grava sulle spalle dell'attore.

L'insieme di regole speciali dettate dal d. lgs. n. 3/2017 in materia di accesso alla prova assume rilievo centrale nel caso di azioni c.d. *stand-alone* o “quasi” *stand-alone*, in cui l'attore non può giovare della previa constatazione amministrativa al fine di dimostrare l'esistenza di un'infrazione ai divieti *antitrust*, ma riveste importanza non minore anche nelle azioni c.d. *follow-on*, che spesso rischiano di infrangersi proprio sul terreno – lasciato scoperto dagli accertamenti amministrativi – dell'onere della prova dell'esistenza e dell'ammontare di un danno individuale riconducibile alla pur accertata condotta illecita.

Poiché il micro-sistema di tutela differenziata così disegnato si applica, stando alla lettera, esclusivamente alle azioni di risarcimento del danno, individuali ovvero anche collettive, le quali però non esauriscono l'intero orizzonte del *private enforcement*, compete all'interprete stabilire se e quando le disposizioni processuali speciali possano essere invocate utilmente in relazione ad azioni diverse, in primo luogo alle domande di accertamento della nullità delle intese o dei contratti a valle. Almeno con riguardo alle previsioni in materia di accesso alla prova, e segnatamente a quelle in materia di esibizione documentale, se ne reputa praticabile ed opportuna l'applicazione, al di là del *petitum* risarcitorio, a tutte le azioni civili che trovino causa in condotte anticompetitive e rientrino nella competenza delle sezioni specializzate⁴⁹,

⁴⁷ Tribunale Napoli, Sez.spec.imprese, 4 agosto 2022 n. 7652.

⁴⁸ Ci si riferisce in particolare alle disposizioni sul diritto alla prova, talora sensibilmente differenziate rispetto alla disciplina comune come nel caso dell'art. 121 d.lgs. n. 30/2005, c.d. *discovery* industriale, i cui lineamenti sono oggi in parte presi a modello dalla *disclosure antitrust* disegnata dall'art. 5 dir. 104/2004/UE.

⁴⁹ Con riguardo alle disposizioni in materia di diritto alla prova argomenti a favore dell'estensione

scontandosi altrimenti un'irrazionale scarso di effettività della misura giudiziale (v. *infra*)⁵⁰.

Proprio in ragione delle notorie difficoltà che la verifica giudiziale del fatto incontra in questo settore del contenzioso, la Suprema Corte era infatti giunta, richiamando le finalità della Direttiva non ancora recepita, a valorizzare ampiamente i poteri istruttori officiosi del giudice, esplicitando la necessità di interpretare estensivamente le previsioni codicistiche relative ai mezzi di accesso alla prova⁵¹. Applicazioni di questa apertura si registrano nella giurisprudenza successiva proprio con riguardo ad uno dei mezzi istruttori di maggior rilievo nel contenzioso *antitrust*, cioè la consulenza tecnica d'ufficio, indispensabile tramite di integrazione del sapere del giudice con le nozioni della scienza economica che presiedono sia i giudizi circa elementi essenziali dell'illecito *antitrust* sia la stessa scelta dei metodi per la quantificazione del danno, oltre alla

sua misurazione in concreto. In particolare, grande spazio si apre in questo settore del contenzioso per la consulenza tecnica d'ufficio c.d. percipiente, estesa cioè al diretto accertamento di fatti da parte del consulente⁵².

Oltre alla trama di presunzioni relative che assistono il danneggiato (art. 14 c. 2 d. lgs. n. 3/2017; art. 12 c. 2), la tutela differenziata e rafforzata della vittima di illeciti *antitrust* si incentra essenzialmente sul potenziamento delle tecniche di accesso alla prova documentale tramite ordini di esibizione (artt. 3-6 d. lgs. n. 3/2017).

L'esibizione documentale speciale di cui all'art. 3 d. lgs. n. 3/2017, in parte riecheggiando caratteri propri dell'esibizione istruttoria quali tratteggiati dall'art. 6 della Dir. 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, si connota rispetto alla prassi applicativa dell'art. 210 c.p.c. per l'apertura alla possibilità di ottenere, ma sempre e solo previa motivata istanza di parte, ordini di esibizione non solo di singoli documenti precisamente individuati, ma di intere "categorie" di documenti⁵³. Si supera così, molto opportunamente, la pretesa necessità di preventiva e precisa

anche alle azioni di nullità possono ricavarsi da: Cass. civ., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, 2742 e in *Int'l Lis*, 2015, 123.

⁵⁰ Si registra tuttavia la tendenza a fare leva sulla disposizione di diritto comune (art. 210 c.p.c.) onde acquisire prove documentali della condotta illecita nel contesto di azioni di nullità dei "contratti a valle" (Trib. Milano, Sez. spec. impr., 21 febbraio 2023).

⁵¹ Cass. n. 11564/2015, cit., secondo la quale, nello speciale settore del contenzioso *antitrust* ed in particolare delle azioni *stand alone*, «fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata».

⁵² Con l'ampiezza dei poteri di indagine riconosciuta al consulente tecnico d'ufficio da Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2022 n. 3086. Sulla cui percipiente per la ricostruzione degli effetti dell'illecito e la quantificazione del danno da abuso di posizione dominante: Cass. civ., Sez. I, 1 aprile 2016 n. 6366; id., Sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695.

⁵³ Una recente pronuncia della Corte di giustizia accredita, in nome dell'esigenza di garantire l'effettività del risarcimento del danno, una portata ampia del contenuto dell'ordine di esibizione, da intendersi come non necessariamente limitato alla mera «trasmissione» dei supporti fisici preesistenti contenenti le informazioni richieste dalla parte istante, potendo anche avere ad oggetto documenti non preesistenti e quindi risolversi nella imposizione al destinatario di un dovere di attivarsi per elaborare le informazioni richieste «mediante l'aggregazione o la classificazione di informazioni, conoscenze o dati in suo possesso» (C. giust. Ue, 10 novembre 2022, C163/21, *Paccar* EU:C:2022:863).

individuazione del documento da esibire⁵⁴, ampliando le maglie dell'accesso alla prova documentale in possesso della controparte o di terzi, rispetto ai formalistici orientamenti consolidatisi alla luce degli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c. Onde prevenire abusi, peraltro, lo strumento viene fermamente mantenuto sotto il controllo del giudice, chiamato a verificarne la "proporzionalità" in relazione al grado di solidità del quadro assertivo, dei costi della produzione documentale e del rischio di svelare informazioni riservate.

Nonostante fuorvianti assonanze, si resta comunque molto distanti dalla *pre-trial discovery* nordamericana. Né per questa via si dà ingresso ad un mezzo propriamente "esplorativo", posto che la disposizione richiede che il giudice, oltre alla plausibile disponibilità dei documenti da parte del destinatario dell'ordine, valuti la "rilevanza" degli stessi rispetto, deve intendersi, alle circostanze fattuali già allegate. L'accesso all'esibizione documentale "potenziata" è subordinato quindi alla capacità dell'istante (attore, ma la norma si applica, per imprescindibili esigenze di parità delle armi, anche al convenuto) di fornire un quadro almeno "plausibile", sulla base di fatti e prove ragionevolmente disponibili, della violazione a fondamento della domanda risarcitoria. Si tratta di una soglia che sarà per definizione raggiunta nelle cause *follow-on*, mentre l'attore potrebbe incontrare non irrilevanti difficoltà quando non possa giovare della decisione amministrativa per delineare la fattispecie illecita (v. *infra*, § IV). In effetti, manca una chiara presa di posizione in ordine alla possibilità, preziosa nelle cause *stand-alone* ed invero adombrata dal Considerando n. 14 della Direttiva, di allentare il rigore dell'onere di allegazione iniziale in capo

all'attore in considerazione dell'estrema difficoltà che il danneggiato incontra, prima ancora che sul terreno della prova, già nel reperire informazioni dettagliate circa le condotte dannose, soprattutto nei casi di intese e cartelli, con il conseguente rischio di nullità dell'atto introduttivo per carenza o insufficienza dei requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163 c.p.c.⁵⁵. Nulla si prevede circa l'accesso alla prova prima del processo, che resta subordinato, in assenza di previsioni speciali, ai requisiti di urgenza ed ai limiti di contenuto propri delle disposizioni comuni in materia di istruzione preventiva⁵⁶.

Rinviando alla voce dedicata per più puntuali ragguagli [v. LAZIONE RISARCITORIA, L'ONERE DELLA PROVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI AI SENSI DEL DIRITTO ITALIANO], ci si limita qui ad evidenziare come in definitiva la novità più significativa si sia registrata sul piano delle conseguenze della violazione dell'ordine di esibizione. In primo luogo, con riguardo al destinatario

⁵⁵ Un cenno in questa direzione è stato letto in alcuni passaggi della motivazione di Cass. n. 11564/2015 cit. Resta da vedere se ed in quale misura la soglia di "plausibilità" della domanda richiesta per l'ordine di esibizione di documenti "rilevanti" consentirà di utilizzare il mezzo istruttorio per scoprire *ulteriori* fatti rilevanti. Nel senso che la c.d. asimmetria informativa giustifichi l'alterazione a vantaggio del danneggiato degli oneri probatori, ma non comporti alcuna attenuazione invece dell'onere di allegazione dei fatti costitutivi dell'illecito: Trib. Milano, Sez. spec. impr., 26 maggio 2017 n. 6008.

⁵⁶ Artt. 692-696 c.p.c. e art. 670, c. 2, c.p.c. Le concrete possibilità di fare ricorso alla consulenza tecnica preventiva *ex art.* 696 *bis* c.p.c. devono misurarsi con la tendenza giurisprudenziale a privilegiare la funzione conciliativa dell'istituto, che lo renderebbe tendenzialmente poco adatto a cause complesse in cui si pongano numerose questioni controverse (in materia di contratti bancari: Trib. Milano, Sez. spec. impr., 22 novembre 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it); maggiori spazi per il ricorso a tale strumento si aprono quindi con riguardo alle controversie limitate alla determinazione del *quantum* del risarcimento in relazione ad un danno già accertato o pacifico.

⁵⁴ Analoga previsione è stata replicata, nel contesto dell'azione di classe, dall'art. 840 *quinquies* c.p.c.

dell'ordine di esibizione che sia parte nel processo, il c. 6 prevede che il giudice «valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce», cioè il fatto di cui si cercava la prova nei documenti richiesti. L'inferenza probatoria negativa è descritta con una formula che riecheggia l'art. 232 c.p.c., senza espressamente riprodurre l'ulteriore possibilità di «respingere in tutto in parte la domanda o l'eccezione» pure contemplata dall'art. 8 c. 2 della Direttiva, accanto alla «presunzione che la questione sia stata provata». Sia con riguardo alla parte sia con riguardo al terzo destinatario dell'ordine di esibizione, si prevede inoltre l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie di ammontare elevato, ancorché inevitabilmente inadeguato «a fare impressione sull'obbligato» quando il valore della posta in gioco superi tali importi⁵⁷. Naturalmente, la sanzione pecuniaria resta l'unica che possa fare presa su terzi estranei al processo, mentre per la parte rappresenta una pena aggiuntiva. L'art. 6 del d.lgs. ha così colmato una delle più gravi lacune della disciplina codicistica, stimolando il legislatore ad intervenire successivamente anche sulla disciplina di diritto processuale comune, sia pure con soluzioni differenziate e decisamente meno incisive.

Ulteriore ausilio per il giudice civile chiamato a valutare le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust* è offerto dai meccanismi di cooperazione con la Commissione e le Autorità garanti nazionali [v. I RAPPORTI TRA COMMISSIONE, AUTORITÀ NAZIONALI E GIUDICI NEL SETTORE *ANTITRUST*]. Si tratta di strumenti e tecniche (alla richiesta di informazioni che il giudice nazionale può rivolgere a Commissione e Autorità garante, ex art. 15 c. 3 Reg. n. 1/03, si aggiunge oggi

l'innovativa facoltà di richiedere assistenza all'Autorità garante nazionale ai fini della quantificazione del danno individuale, di cui all'art. 14 c. 3 d.lgs. n. 3/2017) la cui funzione coniuga l'esigenza di riequilibrare le posizioni tra le parti in conflitto con quella, altrettanto viva, di rendere possibile un efficace coordinamento tra i due versanti dell'*enforcement antitrust* (v. la facoltà di intervenire in qualità di *amicus curiae* nei processi civili relativi all'applicazione degli artt. 101, 102 TFUE, ex art. 15 Reg. n. 1/03). Proprio questa seconda esigenza giustifica le significative limitazioni imposte all'accesso al fascicolo dell'Autorità⁵⁸, nonché l'attribuzione all'Autorità della facoltà di presentare osservazioni sulla proporzionalità delle istanze di esibizione di atti inclusi nel fascicolo amministrativo (art. 4 d.lgs. n. 3/2017). Con riguardo all'esibizione delle prove in possesso dell'Autorità, emerge con evidenza il timore che indiscriminate richieste di accesso da parte di potenziali attori in sede civile possano ostacolare le indagini avviate nell'ambito dei «programmi di clemenza» o più in generale le indagini in corso: si precisa così la residualità di questa forma di accesso alla prova, che il giudice può autorizzare solo se indispensabile e cioè in quanto la parte non possa altrimenti «fornire» quella prova (art. 4 c. 1); si individuano inoltre documenti del tutto sottratti all'accesso (art. 4 c. 5) ed altri documenti ad accesso differito, cioè ammesso solo dopo la conclusione dell'istruttoria amministrativa (c.d. *black list* e *grey list*). Infine, certamente innovativa e discutibile, se presa alla lettera, è la previsione che, all'inutilizzabilità ai fini della decisione delle prove incluse nella *black list* ovvero, prima della fine del

⁵⁷ Si tratta di importi comunque assai più elevati rispetto al livello delle sanzioni previste per ipotesi analoghe nel c.p.c. (cfr., art. 210 c.p.c., come modificato dal d. lgs. n. 149/2022).

⁵⁸ Con intonazione assai più rigida di quella espressa dai giudici comunitari (cfr. C. giust. Ue, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer* EU:C:2011:389; id., 6 giugno 2013, C-536/11, *Donau Chemie* EU:C:2013:366).

procedimento, nella *grey list* (art. 5 c. 1), assomma ulteriori sanzioni, dall'evidente natura punitiva, a carico della parte che, comunque venutane in possesso, le produca indebitamente in giudizio: questa infatti, oltre alla condanna pecuniaria, rischia addirittura il rigetto in tutto o in parte della domanda o dell'eccezione (art. 6 commi 4 e 7, d.lgs. n. 3/2017).

IV. Azioni c.d. *follow-on* ed effetti delle decisioni della Commissione Ue e delle Autorità garanti nazionali

Tra le note più caratteristiche del contenzioso *antitrust* si staglia la complessa interrelazione tra il giudizio civile e le attribuzioni ed i poteri delle Autorità garanti, nazionale ed europea. Da un lato, è pacifico che non sussista alcuna rigida relazione di pregiudizialità tra il procedimento amministrativo e l'accertamento dell'illecito chiesto al giudice civile, che ben può procedere ad apprezzare direttamente la contrarietà di una determinata fattispecie con i precetti *antitrust* nell'ambito di un giudizio c.d. solitario o *stand-alone*, cioè non preceduto da un previo provvedimento dell'Autorità garante⁵⁹. Dall'altro lato, tuttavia, l'esistenza di una previa decisione, adottata all'esito dell'approfondita istruttoria condotta dall'Agcm o dalla Commissione, riveste evidentemente un rilievo centrale nell'ambito del giudizio civile relativo alle conseguenze civilistiche delle medesime condotte [v. IL RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO CIVILE E GLI ATTI DELL'AGCM E DELLA COMMISSIONE].

Con riguardo alle decisioni adottate dalla Commissione Ue, l'art. 16 Reg. n. 1/03 prevede espressamente il vincolo del giudice nazionale a non contraddire gli

accertamenti in esse contenuti⁶⁰, così da realizzare l'obiettivo della "uniforme applicazione" del diritto europeo in materia di concorrenza e prevenire indesiderabili conflitti nella valutazione di una medesima pratica.

Notoriamente, analoga previsione mancava invece in relazione ai provvedimenti dell'Autorità garante nazionale, anche quando quest'ultima agisce in qualità di istanza decentrata della Commissione Ue. Pur nel silenzio della legge, si era ormai consolidato presso la giurisprudenza nazionale l'orientamento incline ad attribuire alla decisione dell'Agcm il valore di c.d. prova privilegiata⁶¹, con ciò intendendosi una prova particolarmente persuasiva ed autorevole, ma pur sempre liberamente valutabile e quindi in linea di principio aperta alla prova contraria⁶². Progressivamente, si era poi giunti ad imporre al convenuto, che volesse sollecitare il giudice civile a discostarsi dall'accertamento amministrativo, l'onere di dedurre argomenti e prove che si presentino come nuovi e diversi rispetto a quelli già vagliati e disattesi o reputati irrilevanti nel corso del procedimento amministrativo⁶³.

⁶⁰ La disposizione (notoriamente ispirata a C. giust. Ue 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, EU:C:2000:689), impone al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con quelle che la Commissione Ue abbia già assunte ovvero sia in procinto di assumere, all'esito di procedimento avviato ma non ancora concluso. Unica valvola di sfogo, il potere o dovere del giudice nazionale di ricorrere alla Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

⁶¹ Per tutte: Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 237 ss.

⁶² Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1729 ss., precisando che il medesimo valore di prova altamente persuasiva spetta anche alle valutazioni amministrative "confermate" dal giudice del ricorso.

⁶³ Cass. civ., Sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116; Cass. civ., Sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2674. Conf., *ex multis*: Trib. Milano, Sez. spec. impr., 1 ottobre 2013; Id., 26 maggio 2016, n. 6666, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

⁵⁹ Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384 in *Foro it.*, 2004, I, 466.

La giurisprudenza era quindi in sostanza già approdata *praeter legem* a riconoscere un vincolo negli esiti *quasi* equivalente a quello oggi codificato dall'art. 7 d.lgs. n. 3/17.

Quest'ultima disposizione recepisce appieno le previsioni dell'art. 9 Direttiva 104/2004/UE ed introduce un vincolo formale assoluto a carico del giudice civile rispetto all'accertamento contenuto nelle decisioni della Autorità garante nazionale, stabilendo che la violazione del diritto della concorrenza «constatata da una decisione dell'Autorità garante» si ritiene «definitivamente accertata, nei confronti dell'autore» ai fini del risarcimento del danno⁶⁴. L'identico regime è esteso anche alle decisioni dell'Agcm adottate esclusivamente in base al diritto *antitrust* nazionale.

Il legislatore nazionale contempla altresì il coordinamento tra i giudizi risarcitori nazionali e decisioni di condanna di pratiche anticompetitive adottate da Autorità garanti di altri Stati membri, alle quali viene però riconosciuto, sempre in ossequio alle indicazioni della Direttiva, un rilievo inferiore rispetto alle decisioni delle Autorità nazionali. L'art. 7 c. 2 si adegua infatti allo standard minimo imposto dalla Direttiva, e quindi confina l'efficacia sul piano meramente probatorio e precisamente di prova «valutabile insieme alle altre». La formulazione letterale, nel tradurre l'espressione «prova *prima facie*» – utilizzata dalla Direttiva, ma priva di riscontro nel nostro lessico delle prove – lascia adito al dubbio se il valore delle decisioni amministrative straniere possa essere oggi equiparato a quello di c.d. «prova privilegiata», quale sopra descritto. Nello spirito

⁶⁴ Sul regime transitorio, qualificando la previsione contenuta nell'art. 9 della Direttiva come norma sostanziale, non suscettibile di applicazione retroattiva ed applicabile alle sole decisioni divenute definitive dopo la scadenza del termine per il recepimento della Direttiva: C. giust. Ue, 20 aprile 2023, caso C-25/21, *Repsol*, EU:C:2023:298.

della Direttiva⁶⁵, sembra ragionevole che la decisione straniera, pur non potendo fondare una prova legale, possa essere ritenuta di per sé sola sufficiente a fondare il convincimento del giudice quanto al verificarsi dell'infrazione, ribaltando sulla controparte l'onere di fornire una prova contraria.

Tornando alle decisioni dell'Autorità nazionale, non può sottacersi la portata innovativa, almeno sul piano sistematico, del citato art. 7 nella misura in cui sostituisce alla duttile efficacia persuasiva in precedenza attribuita alle decisioni amministrative⁶⁶ un ben più netto dovere positivo in capo al giudice civile di conformarsi all'accertamento dell'infrazione in quelle contenuto, senza alcuna possibilità per la controparte di fornire prova contraria e salva solo la possibilità di attivare il rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE, almeno quando venga in rilievo il diritto *antitrust* comunitario. La precisa collocazione nel sistema della novità, che avvicina in parte gli effetti delle decisioni nazionali a quelli delle decisioni della Commissione, appare tuttora oggetto di discussione⁶⁷. Va detto però

⁶⁵ La dir. 104/2004/UE accoglie una soluzione di compromesso rispetto all'originaria proposta di estendere l'effetto vincolante anche alle decisioni di Autorità garanti straniere, motivando la prudenza con la considerazione delle notevoli differenze nella disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali (v. però la Dir. Ue 1/2019 dell'11 dicembre 2018).

⁶⁶ Sulla natura soggettivamente ed oggettivamente amministrativa dell'Agcm e delle sue funzioni: C. cost. 31 gennaio 2019, n. 13, sottolineando in particolare come all'Autorità, portatrice di un interesse pubblico specifico, faccia difetto il requisito della neutralità e terzietà, che della funzione giurisdizione è connotato essenziale.

⁶⁷ Per certi aspetti, e in particolare con riguardo al suo contenuto, il vincolo che discende dalla decisione definitiva dell'Agcm può essere avvicinato a quello che deriva dall'art. 651 c.p.p. e cioè all'accertamento del fatto, della sua illiceità e all'affermazione che l'impresa lo ha commesso, fermo restando che nel nostro caso l'accertamento proviene da un'autorità amministrativa e non dal giudice penale. Il che rende impervia qualsiasi assimilazione alla cosa giudicata. D'altra

che l'ammissibilità della disapplicazione incidentale del provvedimento amministrativo nazionale inoppugnabile⁶⁸ mal si concilia con la *ratio* e la lettera della Direttiva, la quale discorre di accertamento *irrefragable, unwiderlegbar, irrefutable*.

Indipendentemente dall'inquadramento sistematico privilegiato dall'interprete, è prevedibile che verrà data continuità all'orientamento precedentemente consolidato, secondo il quale è onere dell'attore allegare la decisione dell'Autorità, esclusa quindi la possibilità di invocare il fatto notorio⁶⁹.

Accanto alle analogie, vanno segnalate le non meno significative differenze rispetto all'art. 16 Reg. n. 1/03. Infatti, mentre l'obbligo di non contraddire le decisioni della Commissione, chiaramente funzionale ad evitare conflitti di decisioni, scatta immediatamente ed anzi opera già in vista di decisioni *in fieri*, i provvedimenti dell'Autorità nazionale vincolano il giudice civile a conformarsi agli accertamenti in essi contenuti solo dopo essere divenuti definitivi, perché ormai non più impugnabili ovvero perché definitivamente confermati in sede di impugnazione

parte, l'estensione del vincolo anche alla qualificazione giuridica dei fatti materiali constatati allontana il fenomeno in esame dallo schema tipico della prova legale. La terza via tende a ricondurre la previsione sul piano sostanziale, facendo del preesistente provvedimento amministrativo un elemento della fattispecie.

⁶⁸ Un cenno nella Relazione illustrativa annessa allo schema di d.lgs., che suggeriva la possibilità per il giudice civile di discostarsi dal provvedimento inoppugnabile ma irrimediabilmente viziato, implicitamente evocando l'art. 5 l. n. 2248/1865 all. E. Pacifico invece che il giudice nazionale non possa accantonare la vincolante decisione della Commissione Ue sulla base di una valutazione incidentale della sua invalidità (C. giust. Ue 22 ottobre 1987 C-314/85, *Foto frost* EU:C:1987:452), restando solo salvo il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

⁶⁹ Cass. civ., Sez. Un., 2 febbraio 2007, n. 2305; Trib. Padova 29 gennaio 2019, in *Dejure*, osservando che non possa invocarsi il principio *iura novit curia* per gli atti amministrativi: App. Firenze, Sez. spec. impr., 21 settembre 2023 n. 1902; Trib. Torre Annunziata, Sez. III, 21 aprile 2022.

dinanzi al giudice amministrativo; l'effetto vincolante è infatti riconnesso dall'art. 7, c. 1, alla constatazione della violazione ad opera della decisione dell'Autorità, in quanto non più impugnabile, ovvero alla "sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato". Proprio il vaglio della legittimità del provvedimento ad opera del giudice amministrativo, o almeno la sua possibilità, consentirebbe di superare, secondo la già citata Relazione illustrativa, i mai del tutto sopiti dubbi circa la compatibilità con le garanzie costituzionali della difesa in ogni stato e grado del giudizio e di indipendenza del giudice [sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo: LA TUTELA GIURISDIZIONALE CONTRO GLI ATTI DELL'AGCM IN MATERIA ANTITRUST⁷].

Inoltre, i provvedimenti amministrativi cui l'art. 7 si riferisce sono solo le decisioni formali di constatazione di un'infrazione e quindi solo le decisioni che condannano la pratica restrittiva, siano esse o meno accompagnate da una sanzione pecuniaria⁷⁰. Si tratta, quindi, a differenza di quello derivante dall'art. 16 Reg. n. 1/03⁷¹, di un vincolo asimmetrico, che opera solo a vantaggio del terzo danneggiato in coerenza con la dichiarata intenzione di incentivare il *private enforcement* agevolando il soggetto debole.

Quanto alla tipologia di decisioni nazionali idonee ad imporsi al giudice civile, può comunque farsi tesoro dell'esperienza maturata con riguardo alle decisioni della Commissione⁷². Ferma l'assenza di effetti vincolanti, si discute tuttavia della forza

⁷⁰ Cass. civ., Sez. I 22 maggio 2019 n. 13846, con riguardo al regime di prova privilegiata.

⁷¹ Quest'ultimo esteso a tutte le decisioni della Commissione, comprese le pur rare constatazioni formali di non infrazione ai sensi dell'art. 10 Reg. n. 1/03.

⁷² Sulle decisioni assunte a seguito di procedura transazione ai sensi del neo-introdotta art. 14 *quater* legge n. 287/1990, cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2024 n. 5232, che avvicina gli effetti della decisione di *settlement* a quelli propri della assai diversa decisione con impegni.

persuasiva attribuibile alle decisioni con impegni *ex art. 14-ter* l. n. 287/90, le quali – pur non contenendo un formale accertamento dell'infrazione – possono e debbono rivestire un rilievo probatorio in sede civile [v. LE DECISIONI CON IMPEGNI E IL RILIEVO PER L'ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT]⁷³. *A fortiori*, nessun vincolo promana dalle decisioni di archiviazione dell'istruttoria.

Il legislatore ha avuto cura di definire con precisione l'ambito soggettivo e oggettivo del vincolo. Con riguardo al profilo soggettivo, si esplicita che il vincolo opera *solo* nei confronti dell'autore della violazione constatata. Il riferimento deve intendersi all'impresa che, avendo preso parte al procedimento amministrativo, sia stata riconosciuta responsabile della violazione e sia perciò espressamente menzionata nel dispositivo. Quindi, mentre non si dubita che anche soggetti estranei al procedimento amministrativo possano giovare della decisione⁷⁴, in linea di principio questa non potrà essere opposta ad imprese diverse da quelle alle quali sia stata espressamente imputata l'infrazione.

Occorre tuttavia chiarire quale sia il significato del termine “impresa” in questo contesto.

La Corte di giustizia, infatti, ha precisato che la nozione di impresa ai fini del diritto antitrust non potrebbe qualificarsi diversamente sul piano dell'*enforcement* pubblicistico o privatistico⁷⁵. In entrambi gli ambiti quindi deve farsi capo alla medesima nozione economica e funzionale, ampiamente autonoma rispetto alle categorie

giuridiche nazionali ed indifferente alle logiche societarie, quale nel tempo elaborata dalla Corte di giustizia ai fini della imputazione delle sanzioni *antitrust* [v. L'IMPUTABILITÀ DELLE INFRAZIONI *ANTITRUST* NEI GRUPPI DI SOCIETÀ]. Si riconosce così l'estensione al piano della responsabilità civile del principio di continuità economica, che consente di attingere la società risultante da eventuali trasformazioni, fusioni, incorporazioni che abbiano interessato l'autore della violazione. Inoltre, imputando la responsabilità per la violazione alla “unità economica”, si ammette che la responsabilità civile possa propagarsi all'interno del gruppo societario non solo in senso ascendente, ma pure (in presenza di un “nesso speciale” aggiuntivo rispetto al mero “controllo”) in senso discendente, attingendo la società controllata a prescindere dalla prova di una sua consapevole partecipazione alla violazione. L'innovativa applicazione della teoria della “singola unità economica” consente dunque alla vittima di una pratica anticoncorrenziale di agire in giudizio, facendo affidamento sulla decisione amministrativa, «indifferentemente nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione (...) o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica», senza che quest'ultima possa mettere rimettere in discussione l'esistenza dell'infrazione accertata in capo alla controllante. L'impostazione ha sensibili ricadute processuali, dato che indirizzando la pretesa nei confronti della controllata attiva sul mercato nazionale, il danneggiato può riuscire a radicare la controversia nel foro domestico, al tempo stesso evitando le complessità ed i costi correlati alla notifica all'estero presso la sede della *holding* [v. PROBLEMI DI GIURISDIZIONE E DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NELL'AZIONE]. Benché dettati con

⁷³ Cass. civ., Sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869; Corte giust., 23 novembre 2017, caso C-547/16, *Gasorba*, EU:C:2017:891.

⁷⁴ Così, con riguardo alla “prova privilegiata”: Trib. Milano, Sez. spec., 4 marzo 2014; Id., 27 dicembre 2013, in *GADI*, 2016, 1, 628.

⁷⁵ C. giust. Ue, 14 marzo 2019, caso C-724/17, *Skanska* EU:C:2019:204; C. giust. Ue, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, caso C-882/19, *Sumal SL V. Mercedes Benz Truck Espana SL*, EU:C:2021:800.

riguardo all'art. 16 reg. n. 1/2003, questi principi si estendono anche alle decisioni nazionali, nonostante il riferimento contenuto nell'art. 7.1 d.lgs. n. 3/2017 alla portata "personale" della violazione come accertata dalla decisione. Infatti, da un lato l'art. 7.1 d. lgs. n. 3/2017 discorre di un'infrazione accertata nei confronti del suo "autore" e dall'altro lato, in piena aderenza alla Direttiva 2014/104, l'art. 2, c. 1, lett. a) precisa che per "autore della violazione" deve intendersi la "impresa" che ha commesso l'infrazione: nozione questa che dev'essere certamente letta alla luce della elaborazione della Corte di giustizia.

Sotto il profilo oggettivo, il vincolo non si estende ad imprese che abbiano posto in essere condotte materiali semplicemente analoghe a quelle accertate come illecite. Fermo restando che l'attore può provare, assumendo il relativo onere, la maggiore estensione della condotta illecita, perché il giudice sia tenuto a conformarsi senza possibilità di prova contraria alla previa decisione amministrativa, infatti, è necessario in primo luogo che le condotte ed i fatti materiali allegati in sede civile siano identici a quelli esaminati dall'Autorità⁷⁶, anche sotto il profilo cronologico⁷⁷. Dove tale identità non vi sia, la decisione amministrativa non sarebbe irrilevante, ma potrebbe essere valorizzata solo quale "indizio", ossia quale elemento di prova non vincolante e non idoneo da solo a determinare l'inversione dell'onere della prova⁷⁸.

⁷⁶ Trib. Milano 24 giugno 2016, n. 7884. Nel contenzioso in materia di fideiussioni bancarie, v.: Cass, Sez. I, 22 agosto 2024 n. 21841; Trib. Napoli, Sez. imprese, 13 aprile 2023 n. 3859, in *Giur. it.*, 2023, p. 300 ss.

⁷⁷ Trib. Milano, Sez. imprese, 21 maggio 2020 n. 2894; nel filone del contenzioso in materia di fideiussioni bancarie, *ex multis*: Trib. Milano, Sez. imprese, 21 febbraio 2023; Trib. Bari, Sez. IV, 26 aprile 2024 n. 2026; Trib. Torre Annunziata, Sez. III, 16 luglio 2022 n. 1795.

⁷⁸ In questo senso depone, con l'avvertenza che la pronuncia verte su controversia cui non si applica

In sostanziale continuità con gli orientamenti già emersi nella giurisprudenza italiana⁷⁹, l'art. 7 precisa inoltre che il vincolo attiene esclusivamente agli accertamenti relativi alla "natura dell'infrazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale", cioè agli elementi essenziali per integrare la fattispecie vietata. Restano quindi impregiudicate le questioni attinenti l'esistenza del danno e del nesso causale, che dovranno essere autonomamente valutate dal giudice civile, come pure esigeranno una verifica probatoria autonoma (salve le potenzialità dischiuse dal già ricordato art. 14 c. 3 d.lgs. n. 3/2017), di regola con l'ausilio di c.t.u., tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento previa quantificazione del danno subito dalla vittima⁸⁰. Nulla si dice espressamente

la Direttiva: C. giust. Ue, 20 aprile 2023, C-25/21, *Repsol*, EU:C:2023:298, punto 64. L'Avvocato generale nelle sue Conclusioni (punto 97 ss., 106) discorre di «indizio o principio di prova», quale elemento «che deve essere valutato e corroborato alla luce di altri elementi di prova» e quindi ben distinto dalla «prova *prima facie*» intesa come presunzione relativa di fonte giurisprudenziale (§ 107).

⁷⁹ Per la rigorosa delimitazione dell'ambito di efficacia probatoria "privilegiata" alla sola constatazione di violazione: Trib. Milano, Sez. spec. impr., 16 febbraio 2018; id., 9 novembre 2015, n. 12519; id., 2 dicembre 2014, n. 14337. Esclusa la predicabilità di un danno *in re ipsa* (Cass. civ., Sez. Un., 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass. civ., n. 3640/2009, cit.; Id. 19 luglio 2013, n. 21480), per la giurisprudenza dominante il pregiudizio subito dal singolo, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, dev'essere autonomamente provato (Cass. 10 settembre 2103 n. 20695). Con riguardo all'art. 16 Reg. n.1/03, così: C. giust. Ue 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis* EU:C:2012:684; Trib. Milano, Sez. spec. impr., 4 ottobre 2018 n. 9759.

⁸⁰ In precedenza, nel solo contesto del contenzioso seguito al provvedimento sanzionatorio di un'intesa nel settore RCAuto, la giurisprudenza si era orientata in senso estensivo, giungendo a ricavare dalla constatazione dell'infrazione anche la prova presuntiva del danno individuale (Cass. civ., 16 gennaio 2013, n. 5327, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1519; Id. 23 aprile 2014, n. 9116; Id. 22 maggio 2013, n. 12551; Id. 9 maggio

circa il requisito della colpa, potendo tuttavia soccorrere l'applicazione estensiva della presunzione di cui all'art. 2600 c.c.

Anche con riguardo all'art. 7 cit., ci si deve chiedere se il vincolo agli accertamenti amministrativi nazionali sia limitato alle azioni risarcitorie, individuali o "collettive", ovvero possa trovare spazio altresì in relazione a domande di contenuto diverso, come è pacifico per le decisioni della Commissione di cui all'art. 16 Reg. n. 1/03 e come parrebbe più ragionevole, dato che spesso domande di nullità e restitutorie vengono proposte in cumulo con quelle risarcitorie.

La Corte di giustizia ha risolto la questione nel senso più rigoroso, senza tuttavia pregiudicare l'efficacia dell'*antitrust enforcement* e quindi l'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE⁸¹. Più precisamente, la Corte ha escluso che l'art. 9 dir. 104/2014 possa trovare applicazione al di fuori dei giudizi risarcitori; tuttavia, la Corte ha chiarito al tempo stesso che, in tutte le ipotesi esulanti dall'ambito applicativo *ratione temporis* o *ratione materiae* della Direttiva, alla decisione dell'Autorità nazionale si deve riconoscere *quantomeno* un peso probatorio *incisivo* nei giudizi civili. In tali casi, escluso il vincolo formale, dalla decisione amministrativa, che faccia applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, deriva un effetto di presunzione relativa dell'esistenza della violazione, rovesciando sul convenuto l'onere di fornire prova contraria⁸².

A fortiori, va esclusa *de lege lata* l'applicazione analogica dell'art. 7 al di fuori del perimetro *antitrust*: sia in relazione

ad *Autorithies* diverse dall'Agcm⁸³, quali il Garante della Privacy ovvero l'Agcom; sia in relazione a provvedimenti della medesima Agcm, ma resi in altri ambiti di competenza, ad esempio le pratiche commerciali scorrette: pur qui potendo sopperire l'efficacia probatoria.

V. Procedimenti paralleli e sospensione del giudizio civile

Poiché la preesistenza della decisione amministrativa non condiziona affatto il sorgere del diritto al risarcimento del danno, nulla impedisce al danneggiato di promuovere il giudizio risarcitorio così in via del tutto indipendente, come pure in pendenza dell'istruttoria amministrativa già avviata ma non ancora conclusa. Ben può così determinarsi la parallela pendenza di procedimenti relativi alle conseguenze amministrative e civilistiche della medesima condotta. Si tratta di una possibilità implicitamente presupposta dall'art. 4 d.lgs. n. 3/2017, che si fa carico delle interferenze tra i due percorsi di attuazione dei precetti *antitrust* sotto il profilo dei limiti all'accesso al fascicolo dell'Autorità garante nazionale.

La pendenza parallela del procedimento amministrativo e del giudizio civile inevitabilmente pone il tema del coordinamento delle relative decisioni.

⁸³ Intese come Autorità diverse da quella investita del compito di vegliare sul rispetto delle regole di concorrenza. Nel contesto del contenzioso relativo alle fidejussioni *omnibus* redatte secondo lo schema Abi e sanzionate dalla Banca d'Italia quale autorità all'epoca investita della funzione di attuare il diritto *antitrust* nel settore creditizio, si è cristallizzata, pur dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017, la tendenza a ricondurre un effetto di "prova privilegiata" dell'intesa, con ciò peraltro intendendo alludere ad un vincolo in sostanza non diverso da quello oggi previsto dall'art. 7 (Cass. civ., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846).

2012, n. 7039; Id. 18 agosto 2011, n. 17362). Cfr. Trib. Milano, Sez. spec. impr., 4 marzo 2014 n. 3054, nel senso che simile presunzione di dannosità avrebbe potuto giustificarsi *al più solo* con riguardo al risarcimento del danno derivante da un cartello vietato, come prefigurato dall'art. 17 della Direttiva all'epoca non ancora recepita.

⁸¹ Corte giust. Ue, C-25/21, *Repsol*, cit., § 31.

⁸² Corte giust., C-25/21, *Repsol*, cit., § 63.

La giurisprudenza formatasi nel regime della c.d. prova privilegiata ha sempre fermamente ribadito l'autonomia tra il processo civile ed il procedimento amministrativo pendente davanti all'Agcm ed ha quindi per lo più escluso la sospensione del primo in attesa dell'esito dell'istruttoria dell'Autorità⁸⁴.

Tuttavia, il passaggio dalla forza persuasiva al vincolo formale rispetto alle decisioni amministrative induce a chiedersi se anche sul piano interno il giudice nazionale abbia quel medesimo potere discrezionale di sospendere il processo in pendenza del procedimento amministrativo, che l'art. 16 Reg. n. 1/03 esplicita alle istruttorie condotte dalla Commissione.

Pur senza prendere una posizione chiara ed univoca sul punto, e ferma restando la pacifica inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. dato che il procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante non è assimilabile ad un processo giurisdizionale, il legislatore nazionale ha tuttavia progressivamente disseminato indizi che, soprattutto nell'attuale contesto in cui la decisione dell'Autorità è destinata in prospettiva ad acquisire efficacia formalmente vincolante per il giudice civile, depongono a favore dell'esistenza del potere giudiziale di disporre la sospensione discrezionale del processo in attesa della chiusura dell'istruttoria amministrativa.

Accanto all'art. 140 *bis*, c. 6, cod. cons.⁸⁵, che prevede la facoltà di sospendere il giudizio sull'ammissibilità dell'azione di classe "quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo", va oggi evidenziata la nuova ipotesi di sospensione introdotta, con scelta del tutto autonoma

e non imposta dalla Direttiva, dall'art. 4, c. 8 d.lgs. n. 3/2017. Prevede quest'ultima disposizione che in pendenza del procedimento amministrativo e fino alla sua chiusura "con una decisione dell'Autorità o in altro modo", il giudice civile possa discrezionalmente sospendere il processo quando sia stata ordinata l'esibizione di prove incluse nel fascicolo dell'Autorità, rientranti nella c.d. *grey-list*, ed il giudice stimi in concreto necessario l'arresto temporaneo per "salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza". Poiché appare assai probabile che l'attore, agendo in sede civile prima della conclusione del procedimento amministrativo, solleciti l'esibizione di prove incluse nel fascicolo dell'Autorità ed in particolare di prove incluse nella c.d. *grey-list*, questa disposizione potrà assai spesso offrire al giudice la base normativa, in precedenza non agevolmente reperibile, per attendere la decisione amministrativa potenzialmente, cioè una volta divenuta definitiva, vincolante⁸⁶.

Il rischio di una lunga stasi del processo appare ancor più concreto quando l'attore avvii il giudizio civile avvalendosi della preesistente decisione dell'Autorità, ancora impugnabile o già impugnata davanti al giudice amministrativo e quindi non ancora formalmente vincolante.

⁸⁶ Né l'art. 16 Reg. n. 1/2003 né *a fortiori* la Direttiva 2014/104/UE impongono la sospensione necessaria del processo civile in pendenza del procedimento amministrativo ed anzi le norme della Direttiva in materia di divulgazione di prove presuppongono proprio la parallela pendenza dell'istruttoria amministrativa e del processo civile; lo stesso art. 16 del Regolamento non impone necessariamente al giudice nazionale di sospendere completamente il processo, ma solo di astenersi dal dichiarare inesistente la violazione sulla quale sta indagando la Commissione (avv. Gen. Szpunar, Conclusioni nella causa *RegioJet*, 5 maggio 2022, caso C-57/21, punto 43 ss.). In ogni caso, anche se il processo viene sospeso, al giudice resta il potere di ordinare la divulgazione di prove in possesso della Autorità (C. giust. Ue, 12 gennaio 2023, caso C-57/21, *RegioJet*).

⁸⁴ *Ex multis*: Trib. Torino, Sez. spec., 31 marzo 2015, in *Contr.*, 2015, 1109; e già: App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261.

⁸⁵ Di identico tenore l'art. 840 *ter* c. 3 c.p.c., applicabile dal 19 aprile 2020.

Dato che qui il rapporto intercorre tra due giudizi, sorge il dubbio che debba necessariamente farsi luogo alla sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. di quello civile in attesa del giudicato amministrativo influente. Problema in parte analogo si pone naturalmente *a fortiori* quando l'immediatamente vincolante decisione della Commissione, invocata nel processo civile, venga impugnata dinanzi alle Corti UE⁸⁷. La grave conclusione non appare tuttavia scontata⁸⁸, come parrebbe attestare proprio il già ricordato art. 140 *bis*, c. 6, cod. cons., nella parte in cui attribuisce al tribunale investito della valutazione sull'ammissibilità di un'azione di classe la mera *facoltà* di sospendere in attesa della conclusione di un giudizio davanti al giudice amministrativo.

MARCELLA NEGRI

⁸⁷ Con riguardo alle decisioni della Commissione, C. giust. 18 aprile 2024, caso C-605/21 *Heureka Group*, EU:C:2024:324, punto 80, incidentalmente osserva che il giudice nazionale non è affatto tenuto a sospendere in pendenza del giudizio di impugnazione dinanzi alle Corti europee, purché non si discosti dalla decisione, vincolante fino a che non venga rimossa. La Corte avalla così le considerazioni dell'Avvocato generale Kokott (Conclusioni, 21 settembre 2023, caso C-605/21 *Heureka Group*, EU:C:2023:695, punto 64 ss.), a mente del quale sarebbe poco perspicuo un sistema che prevedesse una sospensione solo facoltativa in attesa della decisione, salvo poi imporre l'arresto quando la decisione esiste, ma viene impugnata. Precisa, inoltre, l'Avvocato generale che l'opportunità di attendere l'esito va commisurata *inter alia* anche alle esigenze di tutela effettiva della vittima (punto 68). Secondo una diffusa lettura, avrebbe invece suggerito la sostanziale doverosità della sospensione: C. giust. Ue, C-344/98, *Masterfoods*, cit.

⁸⁸ V., escludendo la sospensione necessaria e valorizzando la decisione dell'Agcm non ancora definitiva: Trib. Milano 23 agosto 2021 n. 7025. Nel precedente regime della c.d. "prova privilegiata", escludeva il carattere pregiudiziale della decisione sull'impugnazione del provvedimento dell'Agcm: Trib. Torino, Sez. spec. impr., 31 marzo 2015, in *Contr.*, 1109.

Bibliografia

AA.VV., *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017; AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, a cura di Manzini, Torino, 2017; AA.VV., *L'impatto della nuova Direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, a cura di F. Munari, Roma, 2016; L. Baccaglini, *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 851; P. Comoglio, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 195; D. Dalfino, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2022; M. De Cristofaro, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del "Private Antitrust Enforcement"*, in *Le Nuove leggi civili comm.*, 2018, p. 523; A.D. De Santis, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1495 ss.; A.D. De Santis, *Intervento in Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Bologna, 2020, p. 474; P. Fabbio, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2017, p. 367; G. Finocchiaro, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme "antitrust" in attuazione della dir. 2014/104/Ue*, in *Le Nuove leggi civili comm.*, 2018, p. 415; A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, p. 251; A. Giussani, *L'attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l'impresa*, in *Il processo industriale*, a cura di Giussani, Torino, 2012, p. 5; F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 45 ss.; M. Golia, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno*

alla categoria di “prova privilegiata”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 379 ss.; C. Kersting, J. Otto, *The Civil Liability of the Economic Unit*, 22 febbraio 2022, accessibile all’indirizzo ssrn.com/abstract=4032719; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014; M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 649; G. Muscolo, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2017, p. 391; M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. II. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012; M. Negri, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Le Nuove leggi civili comm.*, 2018, p. 476; I. Pagni, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di Catricalà e Gabrielli, Torino, 2011, p. 525; G. Parodi, *L’accertamento definitivo dell’illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impr.*, 2021, p. 1140 s.; I.M. Prado, *Formalismi e antiformalismi a confronto in tema di competenza delle Sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*,

2018, 552; M. Siragusa, *L’effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, 2014/2, p. 297; A.A. Romano, *L’attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 665 ss.; G. Ruffini, *Sul controverso rapporto tra sezioni specializzate e ordinarie del medesimo ufficio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 343; M. Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell’impresa*, in *Corr. giur.* 2012, p. 1115; P. Valerini, *Gli effetti delle decisioni dell’Agcm nel processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017, p. 121; S. Vincze, *La Direttiva 2014/104 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1163; P. Whelan, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, in B. Rodger, F. Marco, M. Sousa Ferro (edited by), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Elgar Publishing, 2023, p. 159 ss.

L'AZIONE RISARCITORIA, L'ONERE DELLA PROVA E GLI STRUMENTI PROCESSUALI AI SENSI DEL DIRITTO ITALIANO

Sommario: **I.** Premessa: *ratio* e paradigma normativo di riferimento. – **II.** Natura dell'azione risarcitoria e l'assolvimento dell'onere della prova: l'*an*, l'elemento soggettivo, il nesso causale e il danno. – **III.** L'ostacolo dell'asimmetria informativa e gli strumenti processuali a disposizione dell'attore. – III.1. Artt. 3 e 4 del D. Lgs. n. 3/2017, Artt. 115, comma 2, 116, 210, 213 c.p.c. – III.2. La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c. – **IV.** Gli strumenti probatori previsti in caso di *class action*.

I. Premessa: *ratio* e paradigma normativo di riferimento*

La giurisprudenza comunitaria¹ e nazionale² hanno da tempo riconosciuto a chi abbia subito un danno a seguito di una violazione della normativa *antitrust* il diritto di ricorrere in sede civilistica dinanzi al giudice nazionale al fine di ottenere il ristoro dei danni subiti. Tale diritto è stato riconosciuto non solo ai soggetti direttamente lesi dalla condotta restrittiva, ma anche ai cosiddetti acquirenti indiretti,

* L'Autore desidera ringraziare gli Avvocati Francesco Savo Amodio e Jacopo M. Orsi per la preziosa collaborazione all'aggiornamento del presente capitolo.

¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage vs. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, punti 24 e 26 e C. giust. CE, 13 luglio 2006, Cause Riunite da C-295 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, punti 59 e 61.

² Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495 e Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

ovvero a coloro che, pur non avendo avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, nondimeno potrebbero aver subito una lesione patrimoniale a causa, ad esempio, del trasferimento, lungo la catena di distribuzione, di un sovrapprezzo illegale.

Quella per danni derivanti da illecito *antitrust* è una responsabilità di tipo extracontrattuale ex art. 2043 c.c., trovando il proprio fondamento nel fatto illecito altrui (la violazione delle norme a tutela della concorrenza) ed essendo subordinata all'accertamento dei tradizionali requisiti dell'illecito aquiliano: danno ingiusto, nesso di causalità fra condotta e danno, elemento soggettivo dell'autore dell'illecito.

Secondo la regola generale in materia di responsabilità aquiliana, anche nel caso di azione di risarcimento del danno da violazione della normativa *antitrust* l'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito grava sull'attore.

La materia è stata recentemente innovata dalla Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, recante norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

A livello nazionale, la Direttiva è stata recepita dal D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 che ha innovato in modo sostanziale la disciplina applicabile in materia di azioni per il risarcimento del danno *antitrust*. Risulta opportuno chiarire fin da subito che le novità così introdotte si applicano alle sole azioni risarcitorie relative a

condotte vietate commesse dopo (o iniziate prima, ma continuate anche dopo) l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 3/2017 (avvenuta il 3 febbraio 2017), ad eccezione, come si vedrà, delle norme regolanti l'esibizione e le limitazioni nell'uso delle prove – comprese quelle contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza – e quelle concernenti la composizione consensuale delle controversie, applicabili retroattivamente ai giudizi promossi dopo il 26 dicembre 2014 (data di entrata in vigore della Direttiva). Come è stato riconosciuto anche dai più recenti arresti della giurisprudenza europea³ e nazionale⁴, le ragioni di tale diverso regime applicativo sono da individuarsi nella distinta natura sostanziale o processuale dei due gruppi di disposizioni così individuati, in ossequio al generale principio giuridico dell'irretroattività delle novelle normative. In particolare, tali pronunce hanno confermato la piena riconducibilità al novero delle norme sostanziali – e dunque non suscettibili di un'applicazione retroattiva – anche quelle relative al regime di prescrizione. Sul punto, proprio il Giudice italiano di ultima istanza ha da ultimo chiarito che la nuova disciplina di cui all'art. 8 del D. Lgs. n. 3/2017 può trovare legittima applicazione nei soli casi in cui, secondo i criteri civilistici previgenti, il termine prescrizione non sia già spirato prima del 27 dicembre 2016, scadenza imposta a livello europeo per il recepimento della Direttiva 2014/104/UE.

³ C. giust. CE, 22 giugno 2022, causa C-267/2020, *Volvo AB (publ.) e DAF Trucks NV vs. RM*, ECLI:EU:C:2022:494, punto 79.

⁴ Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco contro Cave Marmi Vallestrona s.r.l.*, in *itaca. europeanlitigation.eu*, punto 1.4 ss.

II. Natura dell'azione risarcitoria e assolvimento dell'onere della prova: l'an, l'elemento soggettivo, il nesso causale e il danno

a) Colui che agisce per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di una violazione *antitrust* ha, in primo luogo, l'onere di provare il ricorrere del fatto.

L'onere della prova gravante sull'attore è, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, particolarmente gravoso. Le parti lese dalla condotta restrittiva si trovano, infatti, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto all'impresa che l'ha posta in essere, soprattutto in ragione del fatto che molto spesso l'esistenza della condotta illecita non è pubblicamente nota (o lo diviene dopo molto tempo) e gli effetti dannosi della condotta sul mercato possono essere in alcuni casi dedotti solo in via presuntiva attraverso un'articolata prova a contenuto prettamente economico.

In tal senso, è opportuno distinguere le azioni *stand alone*, ovvero quelle che non traggono origine da un precedente procedimento *antitrust* accertante l'infrazione, da quelle *follow-on*, fondate su una violazione della normativa *antitrust* già accertata dall'Autorità di concorrenza con un provvedimento definitivo.

Nel primo caso, l'onere della prova a carico dell'attore sarà certamente più gravoso, non essendo egli coadiuvato dalle risultanze istruttorie dell'accertamento condotto dall'Autorità. D'altra parte, mentre nel caso di abuso di posizione dominante colui che subisce la condotta abusiva in qualche caso dispone della prova documentale della stessa (ad esempio negli abusi escludenti), nel caso di intesa, invece, l'asimmetria informativa è difficilmente superabile. Invero, anche la casistica conferma tale considerazione, contando un numero di gran lunga superiore di azioni *follow-on* rispetto a quelle *stand alone*.

Con riferimento alle prime, inoltre, proprio al fine di superare l'asimmetria informativa gravante sull'attore del procedimento civilistico, si era già da tempo affermato un indirizzo giurisprudenziale che tendeva a conferire al precedente provvedimento di accertamento dell'infrazione valore di prova privilegiata e che ha trovato, oggi, piena conferma nelle recenti novità normative.

In tale direzione, infatti, alcune importanti innovazioni erano già state suggerite dal Libro Bianco pubblicato nel 2008 dalla Commissione Europea⁵, ove, da un lato, si sottolineava come alle decisioni definitive della Commissione dovesse essere riconosciuto, in applicazione dell'art. 16, § 1, Reg. 1/2003⁶, il valore di prova vincolante circa la sussistenza dell'illecito nei giudizi civilistici in materia di risarcimento del danno con identità di oggetto e di parti, e, dall'altro, si invitavano i giudici nazionali, chiamati a statuire in merito ad azioni di risarcimento danni relative a violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE già accertate in via definitiva da un'Autorità nazionale di concorrenza appartenente all'ECN (*European Competition Network*), anche se di un altro Stato Membro, o comunque confermate da una Corte con sentenza passata in giudicato, a non prendere decisioni in contrasto con quanto già rilevato in sede di *public enforcement*.

Anche la giurisprudenza italiana, ancor prima della menzionata riforma normativa, aveva già in parte dato seguito a tale

approccio. Se da un lato, infatti, le decisioni definitive della Commissione risultavano avere il valore di prova vincolante in applicazione dell'art. 16, Reg. 1/2003, dall'altro, alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) veniva riconosciuta, invece, la qualità di prova privilegiata. In particolare, la Cassazione aveva da tempo affermato che queste ultime costituivano prova particolarmente pregnante in relazione alla sussistenza dell'illecito (non al nesso di causalità col danno, all'esistenza del danno stesso e al suo ammontare⁷), senza tuttavia escludere la possibilità per la parte convenuta di offrire prova contraria⁸, configurando, in sostanza, un'inversione dell'onere della prova a carico del convenuto.

Da ultimo, come anticipato, la Direttiva 2014/104/UE, come attuata dal D. Lgs. n. 3/2017, ha introdotto importanti innovazioni sul punto. Invero, l'art. 7 del Decreto citato dispone ora espressamente che ogni violazione del diritto della concorrenza sanzionata da una decisione definitiva dell'AGCM, o da una sentenza passata in giudicato, debba ritenersi come

⁷ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237.

⁸ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237; Cass., sez. III, 14 marzo 2011, n. 5941, in *Dir. e fiscalità assicur.*, 2012, 1, I, p. 190; Cass., sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1724; Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In particolare, nella decisione n. 13486 del 20 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674 la Cassazione ha chiarito che «gli atti del procedimento in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato al professionista una sanzione costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede».

⁵ Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie *antitrust*, 2 aprile 2008.

⁶ Reg. 16, § 1 Reg. 1/2003: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

definitivamente accertata nei confronti del suo autore anche ai fini dell'azione per il risarcimento del danno.

Sul punto, occorre tuttavia evidenziare il ricorrere di un atteggiamento di particolare cautela sovente manifestato dalla giurisprudenza italiana, anche più recente. In particolare, alcuni arresti hanno evidenziato come l'onere in esame imponga, di fatto, una seria limitazione del potere giurisdizionale ordinario, estendendo l'efficacia della decisione *antitrust* ben oltre la sua naturale caratteristica di vincolatività per i soli destinatari diretti della stessa, come sancito, quantomeno per i provvedimenti europei, dai Trattati. D'altro canto, la concentrazione in capo al medesimo organo amministrativo comunitario (o anche nazionale) di poteri normativi, inquirenti e giudicanti ha suggerito ai giudici italiani l'opportunità di compiere «un'attenta analisi» del portato della decisione amministrativa, volta ad assicurare il perdurante e pieno rispetto dei diritti difensivi e delle garanzie sancite tanto a livello costituzionale quanto nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo⁹.

Tali osservazioni hanno dunque e in più occasioni portato le corti italiane a precisare che l'imposto riconoscimento della vincolatività del provvedimento sanzionatorio in sede di un'azione *follow-on* non può comunque precludere la facoltà per il convenuto di fornire prova contraria dei fatti accertati, purché quest'ultima sia fondata su elementi diversi e ulteriori rispetto a quelli già disattesi nel corso del procedimento davanti all'autorità amministrativa¹⁰. In aggiunta, là dove la completezza e l'esau-

stività dell'accertamento compiuto a livello amministrativo sono poste in dubbio da alcune caratteristiche o circostanze specifiche del procedimento *antitrust* in esame, le corti hanno preferito fondare la prova dell'illecito più che sul riconoscimento della forza vincolante della decisione, sulla valorizzazione dei singoli elementi di prova comunque presenti in giudizio (come la comunicazione degli addebiti originariamente emessa dalla Commissione o le singole evidenze acquisite nel corso dell'indagine europea¹¹) che, anche se di natura meramente indiziaria, non sono stati oggetto di puntuale contestazione né in alcun modo smentiti dalle prove contrarie prodotte dal convenuto¹².

D'altro canto, proprio al fine di garantire la piena legittimità costituzionale della presunzione assoluta così introdotta, il Legislatore italiano richiede, all'art. 7 del D. Lgs. 3/2017, che il sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento dell'autorità *antitrust* sia pieno e penetrante, comportando la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata, compresi gli aspetti tecnici che non presentino un oggettivo margine di opinabilità¹³.

¹¹ Sulla rilevanza di tali elementi probatori anche in sede di *private enforcement*, si v. C. giust. UE, 23 novembre 2017, C-547/16, *Gasorba SL e a. vs. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, ECLI:EU:C:2017:891.

¹² Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco vs. Cave Marmi Vallestrona s.r.l.*, in *itaca.europeanlitigation.eu*, punto 2.3 ss.; 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e Resp.*, 2022, 2, p. 204, con nota di M. Zuliani; 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Dir. Industriale*, 2020, 6, p. 517.

¹³ Sul punto, degna di nota è la pronuncia del Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4490 (caso *Avastin - Lucentis*) che ha tentato di fornire una sintesi del complesso dibattito giurisprudenziale circa i confini del sindacato giurisdizionale di attendibilità delle valutazioni tecniche complesse. Secondo i Giudici di Palazzo Spada, infatti, «l'approdo finale della giurisprudenza – superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato “debole” e “forte” – è stato quello di

⁹ Corte d'Appello di Milano, sez. I, 21 gennaio 2020, n. 188, p. 12; Cass., sez. I, 28 febbraio 2024, n. 5232, *Iveco vs. Cave Marmi Vallestrona s.r.l.*, pp. 16-20; Trib. Napoli, 13 ottobre 2021, R.G. n. 4543/2019, tutte in *itaca.europeanlitigation.eu*.

¹⁰ Cass., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7677, in *Dir. Industriale*, 2020, 6, p. 509, nota di G. A. M. Bellomo.

ammettere una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione: l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto». Analogo orientamento era già stato avallato dalla Suprema Corte (decisione 20 gennaio 2014, n. 1013), a parere della quale «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento». Tuttavia, la Corte subito dopo mitiga la propria posizione ribadendo: «quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un obiettivo margine di opinabilità – come nel caso del mercato rilevante (...) – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini». D'altra parte, che l'effetto vincolante sui giudici sia condizionato ad una piena tutela giurisdizionale nel merito del provvedimento amministrativo (non limitata quindi alla sua sola legittimità) è immediata e ineludibile conseguenza anche delle sentenze CEDU del 4 marzo 2014 (Grande Stevens) e 27 settembre 2011 (Menarini), nonché della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 21 gennaio 2016 (caso C-603/13 Galp Energía España SA). Un ulteriore tentativo di rafforzamento del potere di cognizione del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche extra-giuridiche compiute dall'Autorità è stato, in passato, posto in essere dal Governo mediante il disegno di Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 (A.S. 795), la cui formulazione originaria prevedeva

La Relazione Illustrativa al Decreto 3/2017 specifica, a tal riguardo, che la *ratio* della previsione descritta è proprio quella di garantire la compatibilità della nuova disciplina con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa. In particolare, si sostiene che «l'effetto dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità nei confronti dell'autore della violazione, che può intendersi in termini di limitazione delle sue facoltà probatorie nel giudizio di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, appare compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo, chiamato, a sua volta, ad esercitare un adeguato controllo giurisdizionale».

La Relazione Illustrativa al Decreto 3/2017 chiarisce, inoltre, che «dal medesimo disposto non si può desumere che il giudice del risarcimento sia in ogni caso soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva a séguito della scadenza del termine per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, anche qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità [...]. In altri termini, il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un'azione di

l'eliminazione dall'art. 7 del D. Lgs. n. 3/2017 dell'inciso «[...] che non presentano un oggettivo margine di opinabilità». Tale proposta di modifica è stata successivamente oggetto di stralcio nel corso dell'iter parlamentare che ha portato all'approvazione della l. 30 dicembre 2023, n. 214.

responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità.

In ogni caso, poi, come già chiarito dalla giurisprudenza, prima¹⁴, e sancito dall'art. 7, comma 1, del D. Lgs. 3/2017 poi¹⁵, l'effetto vincolante in esame opera unicamente avuto riguardo alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, senza però estendersi al nesso di causalità e all'esistenza del danno, che devono invece essere provati dall'attore in sede civilistica. Ne deriva il dovere del giudice del risarcimento di individuare con esattezza il perimetro oggettivo e temporale dell'illecito, per come definito in sede di *public enforcement*, gravando invece interamente sull'attore l'allegazione e la prova dell'effettivo prodursi di eventuali effetti lesivi della propria sfera giuridica, siano essi derivanti direttamente dal fatto oggetto della decisione amministrativa o conseguenti ad un'eventuale propagarsi dell'incidenza di detto illecito anche oltre l'ambito geografico, temporale o merceologico individuato nel provvedimento. Tale ultrattività, poi, deve essere puntualmente dimostrata dal preteso danneggiato, non potendo trovare applicazione, sul punto, nessuna delle presunzioni sancite dal Legislatore o dalla giurisprudenza sul punto (*infra*).

Per quanto riguarda le decisioni assunte dalle autorità nazionali (o dai giudici del ricorso) degli altri Stati membri, il secondo

comma dell'art. 7 prevede che le stesse costituiscano prova *prima facie* (ovvero valutabili insieme ad altre prove) nei confronti dell'autore della violazione, anche in questo caso avuto riguardo alla portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non con riferimento al nesso di causalità e all'esistenza del danno.

Dal punto di vista strettamente processuale, poi, già da tempo la Cassazione ha rimarcato la necessità di tenere ferma la distinzione tra onere di allegazione, sempre gravante sulla parte, e dovere probatorio, per il cui assolvimento quest'ultima può beneficiare delle presunzioni o delle altre forme di assistenza processuale previste. Ne deriva l'impossibilità per l'attore di compiere un mero rinvio *per relationem*, nel proprio atto di citazione, alla decisione amministrativa e, eventualmente, alla pronuncia giurisdizionale che ha confermato la legittimità di quest'ultima, essendo lo stesso onerato, piuttosto, di riportare in modo specifico (sia pur sinteticamente) i contenuti e le conclusioni del provvedimento rilevanti ai fini dell'accertamento del proprio diritto al risarcimento, avendo cura, in particolare, di illustrare le circostanze di fatto considerate determinanti, sul piano causale, per il verificarsi del pregiudizio lamentato, pena la nullità della citazione¹⁶.

¹⁶ Come sancito dalla Suprema Corte (Cass., sez. I, 30 agosto 2022, n. 25504) «la giurisprudenza di questa Corte è granitica nel distinguere fra onere di allegazione e onere della prova e nel tenere con fermezza il primo fuori dal perimetro della “cooperazione istruttoria”; è stato pertanto ripetutamente affermato che nei giudizi aventi ad oggetto l'esame di domande di protezione internazionale in tutte le sue forme, nessuna norma di legge esonera il ricorrente in primo grado, l'appellante o il ricorrente per cassazione, dall'onere di allegare in modo chiaro i fatti costitutivi della pretesa, di censurare in modo chiaro le statuizioni del giudice di primo grado e di assolvere gli oneri di esposizione, allegazione ed indicazione richiesti a pena di inammissibilità dall'art. 366 c.p.c., comma 1, nn. 3, 4 e 6, (tra le tante Cass. nn. 28780/2020; 17185/2020)».

¹⁴ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 237: la prova privilegiata si riferisce unicamente alla «sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso».

¹⁵ Sul punto, si v., altresì, Trib. Milano, sez. impresa A, 15 maggio 2023, n. 49143; 4 ottobre 2018, n. 9759; Trib. Napoli, 13 ottobre 2021, R.G. n. 4543/2019, tutte in *itaca.europeanlitigation.eu*.

b) Come è noto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza dell'elemento soggettivo è condizione necessaria per il configurarsi di un illecito civile e per il riconoscimento del risarcimento dei danni subiti. Lo stesso approccio, d'altronde, è stato adottato anche nell'ambito della responsabilità amministrativa¹⁷.

Tuttavia, nel caso di specie la prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare, in concreto, molto gravosa, in quanto ai sensi della normativa *antitrust* l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica concreta della effettiva consapevolezza dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento¹⁸. In altre parole, l'elemento soggettivo è solo presunto al momento dell'accertamento della condotta illecita e, di conseguenza, il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrebbe

essere utilizzato in tal senso come prova, vincolante o privilegiata a seconda dei casi.

Al fine di garantire maggior effettività alla tutela dei privati, secondo la proposta avanzata dal ricordato Libro Bianco, una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione dovrebbe essere ritenuto responsabile per i danni causati, a meno che quest'ultimo non dimostri che la violazione sia il risultato di un errore realmente scusabile, configurabile esclusivamente laddove una persona ragionevole, che avesse agito con un elevato grado di diligenza, non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento fosse idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato¹⁹.

Tale proposta, però, non ha trovato spazio né all'interno della Direttiva né nel successivo Decreto, non prevedendo entrambi nulla al riguardo. Essendo però, in base alle loro disposizioni, le decisioni dell'Autorità di concorrenza vincolanti per il giudice del *private enforcement*, il tema dell'elemento soggettivo, quindi, resta assorbito nella fase di accertamento della consapevolezza dell'illecito in sede amministrativa.

c) Una volta provati il fatto illecito e l'elemento soggettivo, secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c., chi agisce per ottenere il risarcimento ha l'onere di provare il danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e la condotta illecita.

Applicando tale principio all'azione di danni da illecito *antitrust*, emerge la differenza fra il *public enforcement* e, appunto, il *private enforcement*.

Nel primo caso, infatti, è sufficiente la prova dell'esistenza di una violazione *antitrust* affinché l'autore della condotta venga sanzionato. In altre parole, la circostanza che la condotta vietata abbia o meno prodotto

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894, in *Foro amm. C.d.S.*, 2102, 9, p. 2329.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 977; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 890; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438 in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, p. 1314. Nella pronuncia n. 6917 del 2 agosto 2011, il TAR Lazio ha ritenuto che, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva «senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la norma [art. 3 della l. 689/1981] pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa».

Nella pronuncia n. 4506 del 4 settembre 2014, il Cons. di Stato ha ritenuto che «le disposizioni che vietano gli illeciti anticoncorrenziali, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancorano il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità *Antitrust* la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (*ex art. 3 l. 24 novembre 1981 n. 689*), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza».

¹⁹ Libro Bianco, § 2.4. Sull'errore scusabile cfr. TAR Napoli, sez. IV, 6 luglio 2012, n. 3277, in *Foro amm. TAR*, 2012, 7-8, p. 2452.

degli effetti pregiudizievoli sul mercato assume rilievo solo relativamente alla quantificazione della sanzione, ma non è elemento costitutivo per l'accertamento della condotta illecita.

Sull'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava, invece, come detto, l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione. L'accertamento della violazione da parte dell'Autorità *antitrust* (ove questo sia avvenuto), infatti, non implica necessariamente che un danno si sia prodotto. In ogni caso, come detto, il provvedimento accertante l'infrazione assume uno specifico valore probatorio in relazione alla sola sussistenza dell'illecito.

Il Libro Bianco non ha fornito alcuna indicazione in proposito, limitando l'analisi del nesso causale al solo caso di azioni di risarcimento del danno intentate da acquirenti indiretti, a favore dei quali si proponeva l'adozione di una presunzione semplice di traslazione del sovrapprezzo illegale nella sua interezza.

La disciplina successivamente introdotta dalla Direttiva e dal Decreto riprende quanto originariamente suggerito nel 2008, riaffermando, innanzitutto, la piena legittimazione al risarcimento del danno subito sia dagli acquirenti diretti che indiretti. Inoltre, l'art. 12, comma 2, del D. Lgs. n. 3/2017 introduce un meccanismo d'inversione dell'onere della prova che consente all'acquirente indiretto di non dover fornire prova dell'effettiva traslazione del danno (*passing on* offensivo) al fine di ottenere il risarcimento, al ricorrere di tre condizioni: che il convenuto abbia commesso una violazione *antitrust*, che tale illecito abbia determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto e che l'attore abbia acquistato beni o servizi oggetto della violazione o comunque che da questi ultimi derivano o che li incorporino. Di contro, al convenuto sarà

sempre consentito, da un lato, di fornire la prova della mancata traslazione, al fine di escludere o ridurre il proprio obbligo di risarcire il danno, e, dall'altro, nel caso di azione promossa da un suo acquirente diretto, di eccepire l'avvenuto integrale trasferimento del danno da parte dell'attore ai propri clienti (*passing on* difensivo), che potrà provare anche chiedendo l'esibizione di documenti custoditi dall'attore o da un terzo, secondo le modalità che si vedranno in seguito²⁰.

Rispetto alla portata dell'onere probatorio relativo al nesso causale, la nuova normativa si limita ad introdurre, all'art. 14, comma 2, del Decreto, una presunzione di esistenza del danno derivante da un cartello, in continuità con i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia e, pertanto, ancora pienamente applicabili.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, spetta agli Stati membri stabilire le modalità dell'azione di risarcimento, comprese quelle relative all'applicazione del nesso di causalità²¹ e, sul punto, la giurisprudenza nazionale è da tempo unanime nel riconoscere, in primo luogo, che il contratto a valle è inscindibile dalla volontà anticoncorrenziale dell'impresa, in quanto è lo strumento attraverso cui si realizza il vantaggio anticompetitivo²².

Nei casi di cartelli, in merito alla portata dell'onere probatorio gravante sull'attore, sin dal caso *Unipol*²³ la Cassazione

²⁰ Cfr. con quanto previsto dagli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva 2014/104/UE e riprodotto dal Legislatore italiano senza sostanziali variazioni.

²¹ C. giust. CE, cause riunite C-295-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, punto 61.

²² *Ex multis*, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495, in cui si osserva che «il cosiddetto contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

²³ Azione di *follow-on* ad un procedimento dell'AGCM, in esito al quale l'Autorità ha accertato un'intesa posta in essere da alcune compagnie assi-

ha riconosciuto che lo stesso possa dirsi assolto con la sola allegazione in giudizio dell'accertamento svolto dall'AGCM e della polizza assicurativa sottoscritta²⁴, spettando all'impresa sanzionata l'onere di fornire la prova contraria, allegando circostanze idonee a dimostrare che il livello del prezzo sia stato determinato da fattori diversi dalla partecipazione all'intesa illecita²⁵.

Altrimenti, l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno si potrebbe desumere «attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale»²⁶.

Il ricorso ad un simile ragionamento presuntivo, che trova oggi il proprio fondamento direttamente nella legge, si è però rivelato, nella prassi recente, di più complessa applicazione in tutti quei casi in cui l'illecito è stato sanzionato in virtù unicamente del suo oggetto anti-concorrenziale, senza che sia stato svolto, in sede di *public enforcement*, un approfondito accertamento circa gli effetti sul mercato dallo stesso prodotti. Specie là dove la violazione non risulti *prima facie* idonea a incidere direttamente sulla sfera giuridica del preteso danneggiato, l'attore è stato quindi gravato, in ossequio alle stesse disposizioni della Direttiva²⁷ e del

Decreto²⁸ dell'onere di dimostrare quantomeno la plausibilità della propria pretesa risarcitoria, al fine di poter avere accesso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio per l'accertamento e la quantificazione dell'eventuale pregiudizio subito²⁹.

In ogni caso, poi, l'operatività del ragionamento presuntivo sin qui descritto non impedisce al convenuto di offrire la prova contraria rispetto a detto rapporto di derivazione causale. Già da tempo, infatti, la giurisprudenza ha escluso in modo unanime l'ammissibilità del «danno *in re ipsa*», secondo cui ad ogni violazione *antitrust* sarebbe riconducibile un danno per i consumatori. Tale approccio è in primo luogo smentito dai fatti, ad esempio nel caso di intesa a cui non sia stata data attuazione. Inoltre, nella sentenza *Manfredi* è stato specificato che «l'art. [101] deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa e, quando esiste un nesso di causalità tra essa ed il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno». L'esistenza, e la prova, del nesso di causalità è dunque elemento imprescindibile ai fini della richiesta risarcitoria. In ragione di quanto sopra, la Cassazione, proprio nella sentenza n. 2305/2007, relativa al caso *Unipol*³⁰, ha definito l'approccio del danno *in re ipsa* «aberrante».

siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno».

²⁸ Art. 3.1 «... su istanza motivata della parte, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa».

²⁹ Sul punto, Cass., sez. III, ord. 3 luglio 2020, n. 13736, in *Studium juris*, 2021, 3, 383 ss.; Trib. Milano, sez. impresa A, 15 maggio 2023, n. 49143; marzo 2014, n. 3054; ord. 26 luglio 2022, n. R.G. 47822/2017; Trib. Napoli, sez. specializzata impresa, 22 maggio 2023, nn. 5266, 5237, tutte in *itaca.europeanlitigation.eu*.

³⁰ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

curative che aveva portato ad un aumento del 20% circa del prezzo medio delle polizze RC auto.

²⁴ In senso conforme, Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164 e Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 163.

²⁵ Cass., sez. VI, 11 settembre 2015, n. 17996, *Reale Muta Ass.*, in *Diritto & Giustizia* 2015, 14 settembre 2015.

²⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

²⁷ Art. 5.1 «...su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che

Dunque, l'accertamento della violazione *antitrust* ribalta sul convenuto (sia pure con alcune gradazioni, derivanti dalle specificità dell'illecito sanzionato) l'onere della prova circa la (in)sussistenza del nesso di causalità fra violazione e danno lamentato dal singolo, con la possibilità per il primo di «dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti causali nella produzione del danno»³¹.

Specificamente sul punto, inoltre, la Suprema Corte ha chiarito che il convenuto nel «fornire la prova contraria alla citata presunzione di responsabilità, [...], non può richiamare circostanze che sono già state oggetto di accertamento, nel procedimento sanzionatorio, da parte dell'AGCM, né sono ammissibili prove generiche, riferite alla situazione generale del mercato assicurativo; infatti, la prova dell'insussistenza del nesso causale deve riguardare situazioni specifiche, attinenti alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato, alla singola polizza, tali da dimostrare che l'aumento del premio sia riferibile a circostanze concrete e non, invece, all'intesa illecita posta in essere dalle compagnie»³².

Il giudice è tenuto a valutare tutte le prove offerte dal convenuto per superare la presunzione di causalità³³.

³¹ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

³² Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2675. In senso conforme Cass., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2674; Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 1175; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, p. 857; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577.

³³ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente il

d) Il danno consiste nella lesione dell'interesse del consumatore a godere dei vantaggi di un mercato competitivo³⁴.

Come chiarito nella sentenza *Manfredi*³⁵ il danneggiato ha diritto a vedersi riconosciuti il danno emergente ed il lucro cessante, oltre agli interessi, ossia ha diritto a vedere risarcito il valore reale della perdita subita.

Tale approccio risultava già condiviso dal Libro Bianco della Commissione, oltre che da alcune normative settoriali interne³⁶, e trova oggi la propria definitiva consacrazione nell'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, che attua quanto previsto dall'art. 3 della Direttiva sul diritto al pieno risarcimento.

In particolare, la Direttiva definisce quest'ultimo come il ripristino, per il danneggiato, della situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della concorrenza non fosse mai stata commessa. Essa, inoltre, al comma 3 del citato art. 3, esclude espressamente che il pieno risarcimento includa i c.d. danni punitivi, le ipotesi di risarcimento multiplo o altre forme di sostanziale *overcompensation*; in sede di recepimento la norma interna ha configurato la pienezza della reintegrazione con il danno emergente, il lucro cessante e gli

danno quantificandolo in misura pari alla sanzione irrogata alla compagnia assicurativa dall'Autorità Garante, definitivamente confermata dal giudice amministrativo, senza svolgere alcun accertamento, neanche mediante consulenza tecnica, in ordine ai fatti allegati dalla compagnia, al fine di verificare il nesso di causalità tra l'intesa ed il danno e senza detrarre dal premio lordo le somme non incassate dall'assicuratore perché relative ad imposte e oneri.

³⁴ Esso, in particolare, consiste nell'«interesse ultraindividuale della libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale» Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiaria Sai* in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164. In senso conforme Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495.

³⁵ C. giust. CE, «Manfredi», cit., § 95 e ss.

³⁶ Si vedano l'art. 125 Codice Proprietà Intellettuale e l'art. 158 legge sul diritto d'autore.

interessi su di essi maturati, escludendo che questa possa determinare qualsivoglia forma di sovra-compensazione.

Come già illustrato, l'accesso alla fase della quantificazione del danno è subordinato all'adeguata dimostrazione del ricorrere degli altri elementi costitutivi della domanda di risarcimento, quali l'esistenza dell'infrazione, la titolarità della pretesa risarcitoria vantata, la (plausibile) sussistenza del pregiudizio lamentato, e il legame causale fra quest'ultimo e la violazione accertata.

Sul punto, mentre per la prova del danno derivante da un'ipotesi di cartello, l'attore può oggi beneficiare della presunzione introdotta dall'art. 14, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, la giurisprudenza più recente è ferma nel richiedere al danneggiato la puntuale dimostrazione del proprio titolo al ristoro richiesto (i.e., la prova dell'avvenuto pagamento del prezzo asseritamente oggetto di collusione o, più in generale, l'evidenza del comportamento occasione del verificarsi del pregiudizio subito).

Rispetto alla valutazione quantitativa del danno, invece, l'art. 14, comma 1, del D. Lgs. 3/2017 sostanzialmente riproduce quanto già previsto in via generale dall'art. 2056 c.c., facendo anch'esso espresso rinvio agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

In via generale, per danno emergente si intende la perdita patrimoniale subita che, nel caso di procedimento per danni *antitrust*, sarà per lo più costituita dal maggiore esborso sopportato dall'attore per l'acquisto di beni o servizi (c.d. *overcharge*) o, comunque, per limitare gli effetti dannosi della condotta accertata (per esempio, nel caso di un cartello di prezzo da parte di alcuni distributori, il maggior costo dell'approvvigionamento delle materie prime presso un diverso fornitore³⁷). Tuttavia, tale pregiudizio ben potrebbe coincidere anche con il valore

degli investimenti sopportati dall'impresa danneggiata e che non hanno dato i risultati pianificati a causa degli effetti della condotta illecita subita (si pensi agli investimenti sopportati da operatori nuovi entranti nel mercato delle telecomunicazioni resi vani dalle condotte escludenti dell'operatore dominante³⁸ oltre ad eventuali vendite di beni e servizi in perdita – c.d. prezzo negativo), oltre a tutte le spese sopportate per l'accertamento del danno (spese giudiziali, ricorso alla consulenza tecnica).

Il lucro cessante sarà invece costituito dal guadagno che il danneggiato avrebbe potuto conseguire in assenza della condotta incriminata. Nel caso di abuso escludente, consistente ad esempio nel rifiuto a concedere l'accesso a risorse essenziali o nella conduzione di politiche di "*margin squeeze*" e di prezzi predatori, così come nel caso di intese fra concorrenti volte al boicottaggio di un soggetto terzo, il lucro cessante è costituito dal mancato profitto. Esso è rappresentato dal valore attuale dei margini di profitto persi in conseguenza del comportamento illecito (sia per mancato o ridotto margine sulle vendite effettive di beni e servizi sia per mancati ricavi aggiuntivi da cui sottrarre i costi fissi e variabili necessari per produrre tali ricavi).

I mancati ricavi aggiuntivi, al netto dei costi fissi e variabili aggiuntivi necessari per produrre tali ricavi, coincidono in determinati casi con il c.d. danno da perdita di *chances* che consiste nel mancato conseguimento, causato dalla condotta illecita, di un bene o di un vantaggio su

³⁸ Nel caso "Telsystem", App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602 è stato chiarito che «il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente in grado di offrire un servizio nuovo a causa dell'altrui condotta illecita si configura come danno da lucro cessante. Tale danno deve essere risarcito anche nel caso in cui il concorrente, non essendo potuto entrare sul mercato nel momento prescelto, abbia successivamente deliberato la messa in liquidazione della propria impresa, rinunciando definitivamente ad operare su tale mercato».

³⁷ Caso *International Broker*, App. Roma 31 marzo 2008 in *Il merito* 2008, 11, 29.

cui il soggetto danneggiato aveva riposto affidamento³⁹. A differenza del lucro cessante tradizionalmente inteso, il conseguimento di tale vantaggio, in assenza del comportamento restrittivo, non è certo, e, dunque, in questo caso il danno sarà calcolato applicando al valore del guadagno futuro la probabilità percentuale che esso potesse essere conseguito dal soggetto danneggiato. Ad esempio, nel caso *Telsystem*, la perdita di *chances* è stata dedotta dalla mancata opportunità per un'impresa di essere il primo operatore a fornire un servizio innovativo sul mercato⁴⁰. La perdita di *chances* può però in alcuni casi consistere in un danno emergente da maggior costo, ad esempio come nel caso *RC Auto*, dove si è ritenuto di farlo coincidere con la perdita di possibilità per i consumatori di concludere polizze assicurative più vantaggiose⁴¹.

In ogni caso, la quantificazione del danno da violazione delle norme antitrust mira a confrontare la posizione reale del soggetto danneggiato con quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione. Pertanto, le diverse voci di danno devono essere individuate attraverso un attento confronto tra lo scenario ipotetico di non infrazione e quello reale (cd. metodo controfattuale o "*but for*"), tenendo in adeguata considerazione tutte le variabili economiche

di interesse (i.e., prezzi, volumi delle vendite, utili, costi o quote di mercato).

Quasi in concomitanza con l'adozione della Dir. 2014/104/UE, la Commissione ha elaborato una Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE, allegata alla Comunicazione 2013/C 167/07; questa rappresenta un valido strumento, non vincolante, che offre ai giudici degli Stati Membri una panoramica delle varie forme di danno tipicamente causate dalle pratiche anticoncorrenziali e, in particolare, illustra loro i metodi e le tecniche disponibili ai fini della quantificazione, con lo scopo ultimo di incrementare l'efficacia delle azioni di *private enforcement*.

In estrema sintesi, i principali metodi indicati dalla letteratura economica per individuare lo scenario controfattuale si dividono in due ampie categorie, distinte dal fatto che gli uni utilizzano un approccio comparativo, mentre gli altri simulano l'alternativo andamento del mercato sulla base di modelli economici. Tra le metodologie più diffuse, si segnalano, in particolare, quelle: a) "*before and after*"; b) "*yardstick*"; c) i metodi contabili. Con il modello "*before and after*" la stima del "*counterfactual*" emerge dal confronto tra lo scenario precedente all'infrazione *antitrust* e quello successivo ad essa, prendendo a riferimento lo stesso mercato geografico e del prodotto. Tale metodo è stato utilizzato dal giudice italiano in diverse occasioni⁴². Il metodo "*yardstick*",

³⁹ Caso *Telsystem*, App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602.

⁴⁰ Nel caso *Telsystem* (App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602) è stato specificato che «il risarcimento del danno provocato dall'abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato liberalizzato dei gruppi chiusi di utenza. Tale opportunità deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa la cui realtà non è contraddetta dalla difficoltà pratica di una esatta quantificazione cui si può ovviare attraverso una consulenza tecnica d'ufficio».

⁴¹ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiar Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

⁴² Si veda, ad esempio, il caso *Albacom*, App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2474, avente ad oggetto un abuso escludente di Telecom Italia nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga. La condotta di Telecom Italia era stata sanzionata dall'AGCM nel procedimento A285 - *Infostrada/Telecom Italia - Tecnologia ADSL* del 27 aprile 2001. In particolare, era stato accertato che l'operatore monopolista offriva il servizio *broadband* ai concorrenti allo stesso prezzo applicato a livello *retail*, di conseguenza gli altri operatori non erano in grado di replicare le offerte sul mercato a prezzi competitivi. In questo caso

invece, confronta, in uno stesso periodo temporale, la situazione del mercato geografico o del prodotto nel corso dell'infrazione con quella di un mercato geografico contiguo o di un mercato del prodotto simile. Una delle poche applicazioni di tale metodo si rinviene nella sentenza *Avir c. Eni*, che ha avuto ad oggetto la fornitura di gas da parte dell'operatore dominante ad un cliente industriale a condizioni ingiustificatamente gravose⁴³. Infine, i metodi

il lucro cessante è stato quantificato nel mancato utile determinato dalla perdita di clientela, parametrata alla quota di mercato nei servizi su rete tradizionale (*narrowband*) detenuta dall'impresa attrice anteriormente all'infrazione. Tale percentuale è stata poi applicata alla dimensione complessiva del mercato dei servizi su banda larga nel periodo oggetto dell'abuso, ovvero al fatturato di Telecom Italia, unica impresa operativa sul nuovo mercato nel periodo dell'infrazione. In altre parole la corte ha ipotizzato che in assenza di infrazione, l'operatore nuovo entrante avrebbe acquisito sul mercato dei servizi a banda larga la stessa quota che deteneva sul mercato più maturo dei servizi su rete tradizionale. Sulla stessa fattispecie e con lo stesso esito si veda la decisione App. Roma, 20 gennaio 2003, *Wind*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 548. Un'altra applicazione del metodo "*before and after*" si rinviene nella decisione *Blu Vacanze* (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 597) dove il danno derivante da una condotta di boicottaggio è stato parametrato al fatturato realizzato dall'impresa lesa nell'anno precedente la condotta restrittiva rimodulato sulla base della crescita complessiva che il mercato aveva subito. In questo caso, dunque, lo scenario di riferimento ha subito aggiustamenti dovuti a fattori esterni. Altri esempi di applicazione del metodo "*before and after*" si rinviengono nel caso *Valgrana* (App. Torino, 7 febbraio 2002, confermato da Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 355 in *Foro it.*, 2008, 3, I, 739), *Inaz Paghe* (App. Milano, 10 dicembre 2004, confermata da Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901) e *International Broker* (App. Roma, 31 marzo 2008, in *Il merito*, 2008, 11, p. 29).

⁴³ In questo caso il danno, nella forma del sovrapprezzo versato, è stato calcolato facendo riferimento non alle condizioni di un mercato contiguo, ma a quelle di un mercato ritenuto vicino a condizioni di concorrenza perfetta, ovvero la piazza di Londra. Decisione App. Milano, 16 settembre 2006. Conforme Cassazione n. 7039, 9 maggio 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 577 (in cui si fa riferimento ai premi assicurativi pagati in Europa).

contabili utilizzano i bilanci dell'impresa per individuare i profitti contabili ottenuti nel passato dalla stessa per proiettarli nel futuro e stabilire il valore dei profitti che l'impresa vittima di un'infrazione avrebbe ottenuto se la condotta illecita non fosse stata attuata.

Una volta scelto il metodo di confronto, esistono diverse tecniche economiche idonee a definire lo scenario di "non-infrazione". Tra queste vi sono le "tecniche semplici", volte a confrontare direttamente i dati controfattuali con quelli dell'illecito (interpolazione lineare o estrapolazione lineare), e le analisi econometriche più complesse, tra le quali spicca l'analisi di regressione, una tecnica statistica che pone in rapporto diverse variabili economiche, calcolando in che misura una variabile (ad es. il prezzo) sia stata influenzata dalla violazione e/o da altre circostanze indipendenti da quest'ultima.

L'art. 14, comma 3, del D. Lgs. n. 3/2017, in attuazione di quanto già espressamente previsto dalla Direttiva, consente altresì al giudice di formulare specifiche richieste all'AGCM sugli orientamenti in materia di quantificazione del danno. Rispetto alla possibilità per quest'ultima di sottrarsi a questo dovere di assistenza, la normativa interna sviluppa il riferimento contenuto nella Direttiva al concetto di appropriatezza dell'intervento dell'Autorità, chiarendo che quest'ultimo non debba risultare in contrasto con la salvaguardia «dell'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza».

Inoltre, come previsto dall'art. 1226 c.c. – al quale, come già illustrato, l'art. 14 del Decreto fa espresso rinvio –, il danno può essere liquidato dal giudice anche in via equitativa, come ad esempio è accaduto nel caso *Fondiarria Sai*⁴⁴ ove il risarcimento è stato quantificato in una percentuale del premio pagato dagli assicurati, in base all'assunto secondo cui, se l'intesa non fosse stata

⁴⁴ Cass., n. 2305/2007.

posta in essere, questi avrebbero certamente sopportato un esborso inferiore.

Sul punto, la giurisprudenza, anche successiva, ha però chiarito che la determinazione del danno in via equitativa può essere compiuta dal giudice unicamente a condizione che l'attore abbia comunque fornito prova dell'esistenza del danno⁴⁵ e solo nei casi in cui ricorrano circostanze tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente difficile procedere una puntuale stima del di tale pregiudizio sulla base delle evidenze disponibili⁴⁶.

⁴⁵ Sul punto, si v. Cass., sez. III, 8 gennaio 2016, n. 127, in *Danno e Resp.*, 2016, 11, p. 1095, ove si afferma che: «il concreto esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice del merito dagli artt. 1226 e 2056 c.c. [...] trova ingresso, a condizione che la sussistenza di un danno risarcibile nell'an debeatursia stata dimostrata ovvero sia incontestata o infine debba ritenersi in re ipsa in quanto discendente in via diretta ed immediata dalla stessa situazione illegittima rappresentata in causa, nel solo caso di obiettiva impossibilità o particolare difficoltà di fornire la prova del quantum debeaturs (in senso conforme, Cass., sez. III, 18 aprile 2007, n. 9244). Già nella sentenza Cass., sez. III, 19 settembre 2013, n. 25912, in *Foro It.*, 2014, 1, 4, p. 1187, la Suprema Corte aveva avuto modo di chiarire che la natura sussidiaria della liquidazione equitativa del danno è tale «perché presuppone l'esistenza d'un danno oggettivamente accertato», aggiungendo altresì che «è l'impossibilità di quantificare un danno certamente esistente che rende possibile il ricorso alla stima equitativa. Se, invece, è l'esistenza stessa d'un pregiudizio economico ad essere incerta, eventuale, possibile ma non probabile, spazio non v'è alcuno per l'invocabilità dell'art. 1226 c.c.». Secondo la Corte, infatti, «questo principio costituisce da oltre cinquant'anni jus receptum nella giurisprudenza di legittimità (a partire da, Sez. 3, Sentenza n. 1536 del 19/06/1962, secondo cui «la valutazione equitativa del danno presuppone che questo, pur non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, sia certo nella sua esistenza ontologica»)».

⁴⁶ La Corte di Giustizia EU nella sentenza del 16 febbraio 2023, C-312/2021, *Tráficos Manuel Ferrer SL, D. Ignacio/Daimler AG*, ECLI:EU:C:2013:446, ha infatti confermato che «nell'ipotesi in cui l'impossibilità pratica di valutare il danno derivi dall'inerzia della parte attrice, non spetta al giudice nazionale sostituirsi a quest'ultima né rimediare alle sue

Come già innanzi illustrato, la Direttiva esclude che il «diritto al pieno risarcimento» includa anche i danni punitivi, laddove la normativa italiana, pur non menzionandoli tra le voci di danno, ribadisce che «il risarcimento [...] non determina sovracompenzazioni», in linea con il generale orientamento ermeneutico interno che valorizza la funzione compensativa del danno *antitrust* e con le limitazioni poste dal codice civile al danno risarcibile.

Invero, un isolato caso di condanna al pagamento dei danni punitivi si rinviene nel procedimento successivo alla pronuncia pregiudiziale relativa al caso *Manfredi*, nel quale il giudice ha riconosciuto all'attore non solo il sovrapprezzo pagato in conseguenza dell'intesa fra le compagnie assicurative, ma anche «una somma di danaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi»⁴⁷. Tale approccio non ha, però, trovato applicazioni ulteriori.

Anche più di recente, tuttavia, la Cassazione è tornata ad occuparsi del tema, ammettendo, in senso innovativo, il riconoscimento di sentenze straniere recanti una pronuncia di condanna al pagamento dei danni punitivi, ritenendo tale istituto

mancanze» (punto 57). In coerenza con tale pronuncia risultano i recenti arresti del Tribunale di Milano, n. 4292/2023, e di Napoli, nn. 5237/2023 e 5266/2023, poco sopra richiamati (nota n. 34) che, oltre a respingere la richiesta attorea di determinazione equitativa del danno per la mancata prova della fondatezza della pretesa risarcitoria, hanno anche sancito che rimane in capo al danneggiato provare l'impossibilità di allegare i parametri determinativi del danno, al fine di poter poi far operare criteri di stima equitativa che, tuttavia, devono comunque fondarsi valutazioni di natura giuridica.

⁴⁷ GdP Bitonto, 21 maggio 2007. In sostanza il giudice ha voluto fare applicazione del metodo inizialmente suggerito dalla stessa Commissione europea nel Libro Verde del 2005 in base al quale il danno avrebbe dovuto essere quantificato in un ammontare doppio di quello effettivo in ossequio al principio di effettività dettato dalla Corte di Giustizia nella propria pronuncia pregiudiziale.

come «non ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano», purché la sua applicazione da parte dell'organo giudiziario estero sia avvenuta in virtù di basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e ragionevoli limiti quantitativi al suo ammontare⁴⁸.

Quantomeno in relazione al più specifico ambito del *private enforcement antitrust*, però, tale orientamento appare confliggere con quanto previsto dall'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 3/2017, la cui formulazione esclude che il giudice nazionale possa ordinare un risarcimento punitivo. Anche tale specifica limitazione, tuttavia, non risulta di per sé idonea a escludere il riconoscimento di sentenza straniera proveniente da ordinamenti che riconoscono il danno punitivo, anche alla luce della circostanza che la Direttiva è diretta a dare attuazione ai principi di equivalenza ed effettività attraverso norme di armonizzazione minima che mal si conciliano con l'imposizione di un limite superiore come il divieto di *overcompensation* che non appare affatto

giustificato dalle finalità della Direttiva a cui il Decreto dà attuazione.

Invero, lo stesso Libro Verde del 19 febbraio 2005⁴⁹ sottolineava come le azioni di *private enforcement* fossero funzionali non solo al risarcimento dei singoli danneggiati, ma anche ad «assicurare, attraverso la disincentivazione di condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia del Trattato». Pertanto, sebbene sia il successivo Libro Bianco che la Direttiva abbiano privilegiato una prospettiva di carattere compensatorio, il riconoscimento di un regime di responsabilità punitiva, vigente all'interno di uno Stato terzo (o, in futuro, di uno Stato Membro) a garanzia dell'effettività della normativa *antitrust*, non appare di per sé confliggente con alcun principio di ordine pubblico europeo⁵⁰.

III. L'ostacolo dell'asimmetria informativa e gli strumenti processuali a disposizione dell'attore

III.1. Artt. 3 e 4 del D. Lgs. n. 3/2017 Artt. 115 c. 2, 116, 210, 213 c.p.c.

Nelle cause di risarcimento del danno *antitrust* un problema spinoso è rappresentato dall'accesso alle prove, visto che i consumatori (ma anche gli operatori di piccole dimensioni) si trovano, come detto, in una posizione di forte asimmetria informativa rispetto alle imprese che hanno adottato la condotta illecita.

⁴⁹ Libro Verde della Commissione Europea in materia azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 19 febbraio 2005.

⁵⁰ Come, d'altra parte già affermato dalla Corte di Giustizia CE nella già ricordata sentenza *Manfredi*, cit.

⁴⁸ Si v. la pronuncia Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, 16601, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 2, 226 ss., per il riconoscimento in Italia di una pronuncia statunitense in tema di violazione della proprietà industriale. La Corte ricostruisce che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema [anche] la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria». Con la successiva sentenza Cass., sez. I, 7 marzo 2023, n. 6723, in *CED Cassazione*, 2023, il medesimo Giudice ha specificato che «il riconoscimento di una sentenza estera di condanna al risarcimento dei danni c.d. punitivi non è incompatibile con l'ordinamento italiano, alla luce della funzione anche deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile. La deliberazione, in tal caso, presuppone che il provvedimento straniero sia stato reso su basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità e i limiti quantitativi della medesima, dovendosi avere riguardo, sempre in sede di deliberazione, agli effetti della sentenza e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

Invero, anche la Direttiva 2014/104/UE riafferma, nel *considerando* n. 15 e ss., l'importanza del superamento della disparità tra le parti nell'accesso a prove precise e circostanziate quale condizione essenziale per garantire l'effettività del diritto al risarcimento del danno da violazione *antitrust* e la conseguente piena funzionalità del sistema di *private enforcement*.

Già da tempo, quale valido rimedio all'asimmetria informativa nelle azioni *follow-on*, veniva auspicata la divulgazione del materiale probatorio acquisito durante l'istruttoria condotta dall'Autorità di concorrenza, malgrado l'elevato rischio di abusi che, in assenza di un'attenta limitazione delle informazioni rese accessibili, ne sarebbero potuti derivare.

Proprio al fine di bilanciare tali opposte esigenze, il Libro Bianco proponeva di riconoscere in tutta l'UE un livello minimo di divulgazione *inter partes*, sulla falsariga di quanto previsto dalla Direttiva 2004/48/CE in materia di diritti di proprietà intellettuale – c.d. Direttiva *Enforcement*⁵¹ –, volta a garantire che l'accesso alle prove, disposto dal giudice sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'Autorità per la concorrenza, trovasse il proprio fondamento sull'allegazione dei fatti da parte dell'attore e su un rigoroso controllo giurisdizionale della plausibilità dell'azione e della proporzionalità della richiesta di divulgazione.

Altro punto cruciale affrontato dal Libro Bianco e strettamente connesso al precedente era quello dell'interazione fra accesso alle prove nei procedimenti di *private enforcement* e l'attrattività dei programmi di clemenza nell'ambito del *public enforcement*.

Infatti, la divulgazione "indiscriminata" delle prove fornite da un'impresa nell'ambito della richiesta di trattamento favorevole

potrebbe tramutare quest'ultima in un *boomerang* per la società, che rischierebbe di essere esposta in sede civilistica alle richieste di risarcimento dei danni fondate proprio sulle prove fornite all'Autorità *antitrust*, costituendo una pericolosa minaccia per l'efficacia dei programmi di clemenza, valido strumento nella scoperta delle intese anticoncorrenziali.

Sul punto, il Libro Bianco proponeva che fosse comunque garantita una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese unitamente alla richiesta di trattamento favorevole relativamente ad una violazione dell'articolo 101 TFUE (anche quando la normativa nazionale *antitrust* viene applicata in parallelo) ed indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venisse accettata, respinta o che non facesse seguito alcuna decisione da parte dell'Autorità di concorrenza.

Altra proposta contenuta nel Libro Bianco al fine di garantire la perdurante attrattività dei programmi di clemenza era quella di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti, rimanendo in capo al primo l'onere di dimostrare la misura della limitazione della sua responsabilità.

In materia di accesso alla prova, anche la giurisprudenza comunitaria precedente alla riforma del 2014 aveva mostrato una notevole apertura.

In particolare, il Tribunale comunitario, sia nel 2011 che, successivamente all'adozione della nuova disciplina⁵², nel 2015, aveva chiarito che l'accesso ai documenti di un fascicolo non può essere negato per il sol fatto che esso possa rendere meno efficaci i programmi di clemenza. Un diniego all'accesso doveva essere, quindi, secondo i

⁵¹ Dir. 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004. Si veda in particolare l'art. 6.

⁵² Sebbene ovviamente non applicabile al caso controverso.

giudici, supportato da specifiche motivazioni in ordine allo scopo dell'investigazione⁵³.

Parimenti, lo stesso Tribunale ha ritenuto che l'interesse di una società, che ha preso parte ad un cartello vietato, a evitare azioni di risarcimento del danno non possa essere considerato un interesse commerciale meritevole di tutela tale da limitare l'esercizio del diritto alla raccolta delle prove, sottolineando che lo scopo del Regolamento 1049/2001 sia quello di dare a chiunque il più ampio diritto all'accesso alla documentazione detenuta dalle istituzioni comunitarie e, pertanto, ogni deroga a tale principio debba essere applicata in modo restrittivo.

Cruciale per la definizione dell'ampiezza della *disclosure* dei documenti raccolti nell'ambito di un procedimento di clemenza è stata per anni la sentenza *Pfleiderer*⁵⁴, in cui la Corte di Giustizia ha dato risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa dal giudice tedesco⁵⁵ in merito all'ampiezza del diritto di accesso agli atti di un procedimento istruttorio in materia di intese. In particolare, il Tribunale nazionale chiedeva se tale accesso, finalizzato alla proposizione di una domanda di risarcimento del danno in sede civile da parte di un'impresa terza danneggiata dall'accertato cartello, dovesse essere integrale e potesse essere accordato anche con riferimento ai documenti volontariamente trasmessi dalle imprese partecipanti al cartello e richiedenti il programma di clemenza. A tal proposito, l'Avvocato Generale Mazak nelle sue Conclusioni⁵⁶ aveva proposto che le dichiarazioni autoincriminanti non fossero rese

accessibili, a differenza di tutte le altre informazioni preesistenti presentate dall'impresa nell'ambito della procedura di clemenza.

Nella sentenza, la Corte di Giustizia osservava che, in assenza di specifiche disposizioni comunitarie che regolino il diritto di accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza, spetta al giudice nazionale adito stabilire di volta in volta se agli attori debba essere concesso tale accesso⁵⁷, valutando se le norme applicabili nel caso concreto non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano domande simili di natura interna né siano formulate in modo da rendere impossibile o eccessivamente oneroso il conseguimento del risarcimento⁵⁸. Una tale impostazione però gravava il giudice nazionale di una difficile decisione da adottare volta per volta e rischiava di creare una giurisprudenza differenziata e contraddittoria nei vari tribunali nazionali.

Pertanto, con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE e del D. Lgs. n. 3/2017 di recepimento, è stata invece introdotta una disciplina specifica ed uniforme in materia

⁵⁷ La Corte ha chiarito che «le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione» (*Pfleiderer*, § 32).

⁵⁸ Nel prosieguo della causa che ha generato la sentenza *Pfleiderer*, il giudice tedesco ha negato l'accesso ai documenti depositati dai *leniency applicants*, ritenendo che le vittime dell'intesa avessero già avuto accesso alla versione non confidenziale della decisione, all'indice dei documenti dell'istruttoria e ad altri documenti non legati al programma di clemenza, e che dunque disponessero già di elementi sufficienti per esercitare il diritto di difesa in sede civile. Dunque, nel caso concreto è stato adottato l'approccio suggerito dall'Avvocato Generale Mazak.

⁵³ Trib. UE, 15 dicembre 2011, T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Commissione*, ECLI:EU:T:2011:752, e, similmente, Trib. UE, 28 gennaio 2015, T-345/12, *Akzo Nobel/Commissione*, ECLI:EU:T:2015:50.

⁵⁴ C. giust. UE, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

⁵⁵ Decisione dell'*Amtsgericht Bonn*, 4 agosto 2009.

⁵⁶ Presentate il 16 dicembre 2010.

di esibizione delle prove e dei documenti nelle azioni di risarcimento del danno da violazione del diritto *antitrust*, sottraendo così tale materia alle valutazioni caso per caso dei giudici nazionali⁵⁹.

In dettaglio, l'art. 3 del Decreto, in fedele attuazione dell'art. 5 della Direttiva, introduce la possibilità per il giudice, su istanza motivata di una delle parti, di ordinare alla controparte, o anche ad un terzo, l'esibizione di prove rilevanti che rientrino nella loro disponibilità. Si tratta di uno strumento di grande efficacia per la tutela dei consumatori e degli altri soggetti cd. deboli, che ha trovato anche un'importante generalizzazione nella riforma della normativa sulla *class action*, introdotta con la legge 12 aprile 2019, n. 31 (si noti che il nuovo art. 840 *quinquies*, che disciplina l'esibizione

delle prove nell'ambito dell'azione di classe, ricalca fedelmente il contenuto degli artt. 3 e 6 del Decreto n. 3/2017, che qui di seguito si va ad illustrare, salve alcune differenze che si avrà modo di descrivere più avanti).

L'esercizio di tale penetrante potere è rimesso alla discrezionalità del giudice cui è riservato l'accertamento della proporzionalità dell'onere di esibizione, dovendo valutare, in particolare: *i*) la plausibilità della domanda di risarcimento o degli argomenti della difesa alla luce degli elementi di prova già disponibili per la parte istante; *ii*) la portata ed i costi dell'esibizione, soprattutto per i terzi interessati; *iii*) la presenza tra le prove richieste di dati ed informazioni riservate, specialmente se concernenti terzi.

Rispetto a quest'ultimo tema, il successivo comma 4 della disposizione dedica grande attenzione al bilanciamento tra l'effettività del diritto al risarcimento del danneggiato e la tutela della riservatezza della controparte o del terzo. In particolare, si prevede la facoltà per il giudice di accompagnare l'ordine di esibizione a «specifiche misure di tutela», tra cui l'obbligo del segreto, l'oscuramento di parti riservate del documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione degli atti esibiti e il conferimento ad esperti dell'incarico di rielaborare i contenuti rivelati in forma sintetica o aggregata⁶⁰.

⁵⁹ Altra applicazione concreta della sentenza *Pfleiderer* è rappresentata dal caso *National Grid (National Grid Electricity Transmission PLC c. ABB Limited and others*, 12 giugno 2009) azione *follow-on* intentata dalla società inglese di gestione della rete elettrica e gas per il risarcimento dei danni derivanti dal cartello "*Gas Insulated Switchgear*". In particolare, il giudice chiedeva l'intervento della Commissione per stabilire se la sentenza *Pfleiderer* (che riguarda un caso di *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria *antitrust* dinanzi il giudice nazionale) potesse essere applicato anche nei confronti della Commissione, ovvero se il giudice nazionale potesse chiedere alla stessa la *disclosure* di documenti raccolti durante un'istruttoria e, nel caso di risposta positiva, come dovesse effettuarsi il *balancing test* fra protezione dei richiedenti l'immunità e diritto alla *disclosure*. La Commissione, dopo aver risposto affermativamente al primo quesito, ha chiarito che le imprese che cooperano volontariamente nell'ambito di un programma di clemenza non dovrebbero essere esposte al rischio di subire conseguenze più dannose rispetto a quelle che non cooperano. Il giudice dovrebbe quindi decidere sull'istanza di accesso valutando di volta in volta se per ogni singolo documento richiesto la *disclosure* esponga o meno l'*immunity applicant* ad una responsabilità maggiore rispetto ai co-cartellisti. Inoltre, il giudice dovrebbe valutare la proporzionalità della richiesta, ovvero stabilire se il documento richiesto sia in effetti rilevante e non esistano mezzi alternativi per ottenere le informazioni in esso contenute.

⁶⁰ Sul punto, si segnala l'avvenuta adozione, da parte della Commissione europea, di una specifica "Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE" (del 22 luglio 2020, n. C/2020/4829), ove, oltre alla disamina dei presupposti per l'accoglimento di una richiesta di ostensione, sono descritte e discusse le principali misure che possono essere impiegate dai giudici nazionali al fine di assicurare il miglior equilibrio tra esigenze di tutela giurisdizionale e riservatezza delle informazioni oggetto di esibizione. In aggiunta, è di

I commi 5 e 6, invece, riproducono due ulteriori previsioni di garanzia contenute nella Direttiva, disponendo, il primo, il diritto della controparte e del terzo ad essere sentiti prima dell'adozione dell'ordine di esibizione – sebbene non siano specificate le modalità di tale audizione – e, il secondo, l'assoluta riservatezza delle comunicazioni degli avvocati con i propri clienti.

Un elemento di rilevante novità, introdotto con la disciplina in esame, è legato all'ampiezza della *disclosure* consentita e all'assenza di un onere per l'istante di provare l'effettiva esistenza dei singoli documenti richiesti, come invece previsto dagli artt. 210 e 213 c.p.c., avvicinandosi molto, sotto tale profilo, al modello anglosassone; tuttavia, è pur sempre richiesta l'indicazione, nell'istanza presentata, di fatti e prove che siano «ragionevolmente disponibili dalla controparte», circostanza anch'essa soggetta alla valutazione del giudice.

D'altra parte, al doppio fine di favorire l'accesso alla prova da parte del danneggiato, ma al contempo di prevenire le c.d. *fishing expedition*, ovvero l'uso meramente esplorativo dei poteri istruttori, il comma 2 dell'art. 3 del Decreto introduce il concetto europeo della «categoria di prova», disponendo che il giudice, nell'ordinare l'esibizione, sia tenuto a individuare «specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti

categorie di prova» oggetto della *disclosure*. In altre parole, l'ordine di esibizione non può avere ad oggetto un insieme indefinito di documenti, bensì deve risultare circoscritto, secondo la definizione contenuta nella medesima norma e mutuata dal considerando 16 della Direttiva, ad un gruppo di elementi probatori aventi caratteristiche essenziali comuni, quali la natura, il periodo di formazione, l'oggetto ed il contenuto.

La nuova disciplina, all'art. 4 del D. Lgs. 3/2017, ha altresì previsto il potere del giudice di richiedere, anche d'ufficio, l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato Membro, quando né le parti né i terzi siano ragionevolmente in grado di fornirle.

Tale strumento costituisce un rimedio residuale nei casi di giudizi *follow-on* caratterizzati da una forte asimmetria informativa che impedisce, o rende estremamente gravosa, la prova della violazione; risulta, però, tuttora controverso se la parte istante sia tenuta a dimostrare di aver richiesto l'accesso all'autorità nazionale e che questo sia stato negato, come invece previsto per l'esibizione *ex art.* 210 c.p.c.

Tuttavia, rispetto all'ordine di esibizione di cui all'art. 3 D. Lgs. 3/2017, l'utilizzo di questo strumento può comportare gravi interferenze con le esigenze di *public enforcement* e con il successo dei programmi di clemenza, come già illustrato in precedenza. Il Legislatore europeo, pertanto, ha individuato precisi limiti al potere del giudice, trasfusi poi nella normativa italiana. In particolare, l'art. 4 del D. Lgs. 3/2017 prevede che il giudice, prima di ordinare l'esibizione, valuti parimenti la proporzionalità di tale determinazione, anche in relazione alla specificità dell'istanza di parte, all'attinenza di quest'ultima all'azione per il risarcimento del danno promossa e, soprattutto, all'eventuale necessità di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione

particolare interesse notare, altresì, come, nella prassi più recente, i tribunali italiani abbiano esteso l'applicabilità di tali misure di confidenzialità anche alla documentazione e alle informazioni riservate prodotte spontaneamente dalle parti in giudizio. In particolare, l'accesso a tali dati, precluso nella fase introduttiva della controversia, viene poi concesso in forma piena, in sede di consulenza tecnica d'ufficio, unicamente ai periti economici, mentre i legali costituiti possono sovente esaminare le sole informazioni effettivamente rilevanti e, per di più, in modalità aggregata. In aggiunta, a tutti soggetti coinvolti nel procedimento sono comunque solitamente imposti puntuali obblighi di riservatezza e il divieto di impiegare i dati così conosciuti fuori dallo specifico giudizio nel quale gli stessi sono stati prodotti.

a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Proprio a garanzia delle esigenze pubblicistiche di tutela della concorrenza, inoltre, i commi 4, 5 e 6 dell'art. 4 del Decreto classificano le informazioni in possesso delle autorità garanti in tre categorie, solitamente individuate come liste, cui si collegano tre diversi regimi di esibizione. In dettaglio, esse sono:

i) la lista nera, che include tutte le dichiarazioni rese e i documenti connessi ad un programma di clemenza o a proposte di transazione che, anche se in possesso delle parti o di terzi, non solo non possono essere oggetto di ordine di esibizione, ma non sono neanche ammissibili in giudizio, comunque siano state ottenute. È previsto unicamente il potere del giudice di accedervi, anche con l'assistenza dell'autorità, al solo fine di valutarne la corretta classificazione;

ii) la lista grigia, in cui rientrano le informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza, quelle che quest'ultima ha redatto e comunicato nell'ambito dello stesso e le proposte di transazione revocate. Queste possono essere oggetto di esibizione o comunque ammesse anche se presentate dalle parti, solo dopo la conclusione dell'attività di *public enforcement*;

iii) la lista bianca, quale categoria residuale nella quale rientrano tutte le informazioni e gli elementi probatori non inclusi nelle categorie precedenti e di cui è possibile ordinare l'esibizione in qualsiasi momento.

All'autorità garante della concorrenza interessata è sempre consentita la facoltà di esprimere la propria valutazione in merito alla proporzionalità della richiesta di esibizione formulata da una delle parti, della cui presentazione riceve notizia dal giudice.

Inoltre, è espressamente prevista la facoltà per quest'ultimo di sospendere il giudizio sino alla conclusione del procedimento eventualmente in corso davanti

ad un'autorità garante, onde consentire, da un lato, la salvaguardia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e, dall'altro, la funzionalità dei meccanismi di coordinamento tra le forme di *public* e *private enforcing* descritti nel paragrafo precedente⁶¹.

A garanzia dei nuovi istituti di *disclosure* introdotti, il Decreto prevede anche un compiuto apparato punitivo volto a sanzionare sia l'inosservanza dell'ordine di esibizione e la distruzione del materiale probatorio che la violazione delle limitazioni imposte dalla legge o dal giudice a tutela delle esigenze pubblicistiche o della riservatezza delle controparti o di terzi. In particolare, in attuazione di una specifica indicazione europea in tal senso, oltre che con sanzioni amministrative pecuniarie, i commi 6 e 7 dell'art. 6 del D.Lgs 3/2017 puniscono le descritte violazioni anche riconoscendo la possibilità per il giudice di inferire da tali comportamenti illeciti conclusioni negative per il trasgressore, sino a presumere che la questione sia stata provata o a respingere in tutto o in parte domande e eccezioni formulate.

Da ultimo, è opportuno analizzare il rapporto tra questo nuovo strumento processuale e le disposizioni sull'accesso agli atti e sulla protezione dei documenti interni

⁶¹ Sul punto, risulta opportuno richiamare quanto di recente statuito dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza del 12 gennaio 2023, causa C-57/2021, *RegioJet a.s./České dráhy a.s.*, ECLI:EU:C:2023:6. In tale arresto, il Giudice europeo ha riconosciuto la facoltà per una corte nazionale, nell'ambito di un procedimento per il risarcimento del danno vertente su un'infrazione al diritto della concorrenza, di ordinare la divulgazione di elementi di prova malgrado la pendenza del procedimento avviato dalla Commissione europea per l'accertamento di detta violazione. Nella medesima sede, la Corte ha chiarito, altresì, che «il giudice nazionale deve tuttavia accertarsi che la divulgazione delle prove richiesta in tale fase del procedimento, che deve soddisfare le condizioni enunciate agli articoli 5 e 6 della direttiva 2014/104, non ecceda quanto necessario in relazione alla domanda di risarcimento di cui è investito» (punto 133).

dell'AGCM, che il comma 9 dell'art. 4 del Decreto espressamente fa salve.

In particolare, l'art. 14 l. 287/1990 e l'art. 12 del d.P.R. 217/1998 prevedono che tutte le informazioni ed i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'AGCM sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni e che gli stessi possono essere utilizzati soltanto per lo scopo per il quale sono stati richiesti.

Inoltre, con specifico riguardo al diritto di accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità nei procedimenti concernenti intese e abusi di posizione dominante, l'art. 13 del d.P.R. 217/1998 prevede che esso «è riconosciuto nel corso dei procedimenti stessi ai soggetti direttamente interessati di cui all'articolo 7, comma 1. Qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio. I documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi. Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, gli uffici tengono conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati».

Dunque, il d.P.R. 217/98 riconosce la facoltà di accesso "procedimentale" o "partecipativo" per consentire alle parti del procedimento ed agli intervenienti l'esercizio del diritto di difesa⁶². Esso appare,

pertanto, sostanzialmente coincidente con la *ratio* propria dei nuovi strumenti di *disclosure*, postulando, inoltre, un grado di garanzia del tutto coincidente, se non addirittura inferiore, a quello della disciplina sin qui descritta, nella quale, accanto alla tradizionale tutela della riservatezza, viene in considerazione anche l'impatto degli ordini di esibizione sull'attività di *public enforcement*.

Dall'accesso "procedimentale" deve distinguersi quello c.d. "informativo", ad opera di terzi che non hanno partecipato al procedimento e che è riconosciuto dagli artt. 22 e ss. della l. 241/1990. In particolare, l'art. 24, comma 7, prevede che «deve essere garantito ai richiedenti dei documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile». L'art. 23 prevede, inoltre, che «il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti». In questo caso il bene giuridico tutelato è la trasparenza dell'attività amministrativa ed i soggetti legittimati sono i titolari di un interesse diretto, concreto e attuale volto alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti collegata al documento del quale è richiesto l'accesso.

Sulla natura dell'interesse tutelato dall'accesso informativo, il Tar Lazio, nella sentenza n. 24996 del 13 luglio 2010⁶³ ha chiarito che «un interesse del tutto eterogeneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa posta in essere dall'Autorità non può ritenersi un interesse giuridico ai sensi dell'art. 24 comma 7 l. 241/1990, in quanto totalmente estraneo alle finalità, non

⁶² Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 6, p. 1868.

⁶³ Causa intentata dal Codacons a seguito del diniego di accesso da parte dell'AGCM a tutta la documentazione raccolta dalla stessa Autorità nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle commissioni di massimo scoperto bancario.

solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'Amministrazione⁶⁴. In definitiva, in ragione della ratio del "corpus" normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24 comma 7, l. n. 241 del 1990 devono ritenersi quelli – e solo quelli – coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso, ancorché successivamente alla conclusione del procedimento, sia stata avanzata». Applicando tale principio alla fattispecie di nostro interesse, dunque, l'accesso agli atti dell'AGCM è ammissibile purché si dimostri che l'interesse all'accesso sia collegato all'attività amministrativa cui inerisce il documento del quale è chiesta l'ostensione, circostanza che nella nuova disciplina è oggetto di una puntuale valutazione da parte del giudice.

L'accesso informativo incontra i limiti previsti per l'accesso procedimentale, cioè non può estendersi alle informazioni riservate di carattere commerciale.

Il punto è stato trattato dalla sentenza *Alitalia*⁶⁵, in cui il Tar ha specificato

⁶⁴ La decisione puntualizza che «diversamente opinando, d'altra parte, si perverrebbe alla paradossale conclusione che ogni p.a. potrebbe essere destinataria di richieste di accesso indiscriminate, per il solo fatto di formare – o detenere – stabilmente documenti, anche da parte di soggetti che perseguono un interesse completamente estraneo agli interessi, siano essi pubblici o privati, coinvolti dall'azione amministrativa e, quindi, per fini totalmente diversi da quelli per i quali l'accesso agli atti è stato legislativamente previsto».

⁶⁵ TAR Lazio, 10 febbraio 2012, n. 1344, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 452. *Alitalia*, in particolare, ha presentato ricorso al TAR Lazio per ottenere l'annullamento del provvedimento con cui l'AGCM le negava l'accesso ad alcuni atti del procedimento sanzionatorio *I/641* (conclusosi con il provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006) che aveva accertato il ricorrere di un'intesa fra alcune compagnie petrolifere nel mercato del *jet fuel*, accesso richiesto da *Alitalia* ai fini di valutare l'esperibilità di un'azione

che anche nel caso di accesso *ex art.* 24, comma 7, l. 241/1990 trovano applicazione le garanzie «di riservatezza delle informazioni di carattere commerciale, industriale e finanziario, e di inaccessibilità degli atti contenenti i segreti commerciali, recate dal ridetto art. 13 del d.P.R. 217/1998, che possono essere superate solo alle condizioni previste dalla stessa disposizione, ovvero specificamente laddove tali atti risultino essenziali per la difesa». Il Tar ha anche specificato che «il c.d. principio di parità delle armi non comporta, neanche per il diritto comunitario, che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica, più limitatamente, ma comunque incisivamente, che sia consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo in possesso della pubblica amministrazione, anche con l'indicazione degli atti eventualmente secretati e del relativo contenuto, e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento».

Anche con riferimento a quest'ultima tipologia d'accesso, gli strumenti di *disclosure* introdotti dal Legislatore nel 2017 presentano garanzie del tutto compatibili con i limiti ivi previsti, non sussistendo, quindi, particolari esigenze di coordinamento. Anzi, come già affermato, la precisa classificazione delle informazioni e delle prove oggetto di esibizione o ammissibili in giudizio in tre distinte categorie costituisce un'importante innovazione che

di risarcimento danni in sede civile. In particolare, l'AGCM ha consentito alla ricorrente accesso a tutta la documentazione non riservata e l'indice di tutti i documenti contenuti nel fascicolo, negando l'accesso ai documenti interni, predisposti dalle parti del procedimento, contenenti informazioni sensibili in tema di vendite, costi e strategie commerciali. Tale approccio è stato condiviso dal TAR.

consente di salvaguardare in modo efficace le esigenze pubblicistiche di promozione della concorrenza.

Oltre alle descritte novità introdotte dalla normativa interna per lo specifico ambito *antitrust*, la parte attrice ed il giudice, per l'accertamento del danno e per la quantificazione del risarcimento, possono avvalersi di altri mezzi istruttori previsti in via generale dall'ordinamento italiano, quali:

- su iniziativa o istanza di parte: *i*) produzione di documenti; *ii*) prove testimoniali; *iii*) interrogatorio formale della controparte; *iv*) richiesta di consulenza tecnica; *v*) richiesta di ordine di esibizione di documenti *ex art.* 210 c.p.c.;

- per ordine del giudice: *i*) consulenza tecnica; *ii*) richiesta di informazioni alla p.a.; *iii*) ispezioni; *iv*) interrogatorio libero delle parti; *v*) giuramento suppletorio o estimativo; *vi*) approfondimento della prova testimoniale.

Prima di esaminare alcuni esempi di uso concreto dei più comuni e rilevanti tra tali strumenti, vale la pena rilevare come la giurisprudenza faccia ampio ricorso al c.d. fatto notorio, cioè alle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 c. 2 c.p.c.), per la prova, ad esempio, della sussistenza del nesso causale⁶⁶.

Per quanto qui di interesse, ci si soffermerà ora sulla richiesta di ordine di esibizione dei documenti *ex art.* 210 c.p.c., sulla richiesta di informazioni alla p.a. – istituti che, sebbene siano stati sostanzialmente sostituiti dagli strumenti di *disclosure* introdotti dal D. Lgs. 3/2017 con specifico riferimento al diritto *antitrust*, nondimeno risultano ancora applicabili in via residuale, oltre che a tutti i giudizi promossi anteriormente al 26 dicembre 2014⁶⁷ – e sulla consulenza tecnica.

⁶⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fonditaria Sai*, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, p. 164.

⁶⁷ 30° giorno successivo all'adozione della Direttiva e data di entrata in vigore delle norme di cui agli artt. 3, 4, 5 e 15, comma 2, D.Lgs. 3/2017 ai sensi

Secondo quanto previsto dall'art. 210 c.p.c., su istanza di parte il giudice può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Tale istanza incontra i limiti previsti dall'art. 118 c.p.c. in relazione all'ispezione di cose. L'esibizione, invero, non può essere disposta qualora costringa la parte o il terzo a violare uno dei segreti previsti dagli articoli 351 e 352 del codice di procedura penale (cioè, segreto di stato, segreto professionale o segreto d'ufficio), oppure comporti un grave danno alla parte o al terzo⁶⁸, laddove quest'ultimo è parso ravvisabile, ad esempio, nella lesione del diritto alla riservatezza, allorché di notevole entità⁶⁹. Ai sensi di costante giurisprudenza di legittimità: *i*) l'ordine di esibizione è provvedimento discrezionale del giudice⁷⁰; *ii*) lo stesso deve riguardare non documenti generici, ma documenti che siano stati specificamente indicati dalla parte istante e dei quali sia noto il contenuto⁷¹; *iii*) che risultino indispensabili ai fini della prova

dell'art. 19 del medesimo testo che ha recepito quanto previsto dall'art. 22, comma 2, Dir. 2014/104/UE.

⁶⁸ App. Milano, 22 luglio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 246.

⁶⁹ Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 9772, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, 5; Cass., sez. VI, 23 agosto 2011, n. 17602, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1246.

⁷⁰ Cass., sez. III, ord. 20 agosto 2024, n. 22943, in *Massima redazionale Onelegale*, 2024; Cass., sez. III, 2 febbraio 2006, n. 2262, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., sez. I, 17 maggio 2005, n. 10357, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

⁷¹ In particolare, tale mezzo istruttorio «non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se la prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante». Cass., sez. lav., 8 agosto 2006, n. 17948, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5. In questo lo strumento processuale differisce dall'ordine di *discovery* tipico della procedura anglosassone che riguarda categorie di documenti anche solo potenzialmente esistenti e nella disponibilità della parte che riceve l'ordine.

dei fatti controversi⁷²; iv) che non siano altrimenti acquisibili dalla parte⁷³.

Applicando tali principi alla fattispecie di interesse, pare verosimile che anche gli atti di un'istruttoria condotta dall'Autorità antitrust possano essere oggetto di un'istanza ex art. 210 c.p.c., purché specificamente individuati dall'attore nella stessa. L'attore può chiedere, ad esempio, l'esibizione dei documenti richiamati dalla decisione finale a fondamento delle valutazioni dell'Autorità o di altri indicati nell'elenco dei documenti presenti nel fascicolo istruttorio. Inoltre, considerato il punto iv), la parte istante deve dimostrare di aver richiesto l'accesso all'AGCM e che le questo sia stato negato. A tale conclusione si perviene pure considerando il disposto dell'art. 213 c.p.c., ai sensi del quale il giudice, fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211 c.p.c., può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo – e che risulta oggi pienamente applicabile per le richieste formulate ad amministrazioni diverse dall'AGCM. La giurisprudenza è unanime nell'affermare che la richiesta di informazioni alla p.a. è provvedimento discrezionale del giudice che non può essere esercitato in sostituzione o in alternativa al mancato adempimento dell'onere probatorio della parte che ometta di chiedere l'esibizione a carico della p.a., qualora ne ricorrano i presupposti ex art. 210⁷⁴ e relativamente alle prove che essa sia in grado di procurarsi direttamente⁷⁵, interpretazione che,

come già illustrato, ha trovato piena conferma nella nuova disciplina di matrice eurounitaria, laddove l'art. 4 del D. Lgs. 3/2017 sottolinea il carattere residuale dell'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità. Il presupposto della richiesta è, quindi, oltre quello della necessità dell'acquisizione, l'impossibilità per la parte di produrre o fornire in giudizio documenti della p.a. e/o informazioni ad essi relativi, il che equivale a dire che l'iniziativa del giudice sia possibile con riguardo ai soli fatti o atti della p.a. che non potrebbero provarsi altrimenti⁷⁶.

Con riferimento alla garanzia della segretezza dei documenti posseduti dall'Autorità, invece, prima della novità del D. Lgs. 3/2017, la Corte di Cassazione aveva statuito che, nel caso in cui la richiesta di informazioni e dati raccolti durante un'istruttoria provenisse da un giudice, come per esempio nel caso di istanza ai sensi dell'art. 210 c.p.c. o in applicazione dell'art. 213 c.p.c., l'opponibilità del segreto d'ufficio dovesse essere circoscritta alla sola ipotesi in cui l'ostensione del documento potesse arrecare un grave danno al soggetto terzo, oltre a dover essere in ogni caso oggetto di adeguata ed analitica motivazione da parte dell'Autorità⁷⁷.

gno 2003, n. 10219, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6.

⁷⁶ Cass., sez. I, 12 dicembre 1988, n. 6734 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 12.

⁷⁷ L'AGCM si è opposta all'ordine di trasmissione di parte della documentazione acquisita dalla stessa Autorità nell'ambito del procedimento istruttorio A357 (avente ad oggetto l'abuso di posizione dominante perpetrato da Telecom e Wind, accusata delle stesse condotte Vodafone ha evitato la condanna offrendo impegni, sul mercato dei servizi di telefonia mobile), ordine formulato ai sensi dell'art. 213 c.p.c. dal Tribunale di Milano nell'ambito della causa civile intentata dalla società BT Italia contro Vodafone onde ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illecito. La richiesta, in particolare, riguardava la versione confidenziale della comunicazione delle risultanze istruttorie ed alcuni documenti utili alla ricostruzione dei costi interni di Vodafone (peraltro piuttosto datati perché risalenti a vari anni prima). In

⁷² Cass., sez. I, 8 settembre 2003, n. 13072, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9.

⁷³ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 149, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 42; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.

⁷⁴ Cass., sez. lav., 13 marzo 2009, n. 6218 in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 454.

⁷⁵ Cass., sez. V, ord. 2 dicembre 2021, n. 3806, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., sez. Trib., 27 giu-

Quanto all'ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c. rivolto invece alla parte convenuta, sebbene sia generalmente ritenuto non suscettibile di esecuzione coattiva in caso di rifiuto, in assenza di una norma che ne disciplini le modalità di attuazione⁷⁸, risulta comunque pacifico che il giudice possa trarre da tale "contegno processuale", se il rifiuto è ingiustificato, argomenti di prova a danno della parte in diretta applicazione dell'art. 116 c. 2° c.p.c., come analogamente è stato espressamente previsto in materia di *disclosure antitrust*.

III.2. (Segue) La consulenza tecnica d'ufficio e delle parti: artt. 191 e 201 c.p.c.

Altro mezzo istruttorio di cui può avvalersi il giudice, e la stessa parte nel contraddittorio (artt. 191 e 201 c.p.c.), in sede di risarcimento del danno *antitrust* è quello della consulenza tecnica. La consulenza tecnica non rappresenta un mezzo di prova, ma piuttosto un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti (la c.d. consulenza tecnica "deducibile"), la cui interpretazione richiede nozioni di scienza specialistica. In altre parole, la consulenza tecnica non può sopperire all'inerzia delle parti del procedimento, non potendo essere disposta per ovviare alle carenze probatorie

imputabili alle parti stesse⁷⁹. In alcuni casi, però, la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando in particolare si risolve in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate cognizioni tecniche, quando cioè i dati costituenti l'oggetto della prova invocata non siano percepibili, per la loro intrinseca natura, dall'uomo di normale diligenza e debbano essere perciò rilevati dal consulente tecnico, che dunque in questo caso adempie la duplice funzione di individuare e valutare l'oggetto della prova (la c.d. consulenza tecnica "percipiente")⁸⁰. In questo caso (in cui la consulenza costituisce fonte di prova) è necessario e sufficiente che la parte interessata deduca il fatto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche⁸¹.

Alla luce di quanto sin qui illustrato, ben si comprende l'utilità che, in sede di *private enforcement*, da tempo contraddistingue quest'ultimo modello di consulenza tecnica, cd. percipiente, specie in relazione al profilo della quantificazione del danno subito, ove, come si è visto, è frequente il ricorso a nozioni tecniche e a prove economiche di particolare complessità, al fine di definire con precisione lo scenario controfattuale alla base del calcolo del pregiudizio⁸².

D'altra parte, la stessa Direttiva 2014/104/UE, all'art. 17, impone agli Stati Membri di provvedere «affinché i giudici nazionali abbiano il potere [...] di stimare l'ammontare del danno» anche là dove sia praticamente impossibile, o eccessivamente

tale circostanza, l'Autorità ha motivato genericamente il suo rifiuto sulla base del vincolo del segreto d'ufficio di cui agli articoli 14 della l. 287/1990 e 12 del d.P.R. n. 217/1998, senza dare motivazioni ulteriori circa il danno che sarebbe derivato alla convenuta a seguito dell'ostensione degli stessi documenti. In casi successivi, l'AGCM ha invece fornito la documentazione richiesta dai giudici in busta sigillata, lasciando al giudice la decisione circa la sua apertura e messa a disposizione delle parti.

⁷⁸ Cass., sez. III, 10 dicembre 2003, n. 18833, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12; Cass., sez. lav., 6 dicembre 1983, n. 7289, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 11.

⁷⁹ Cass., sez. lav., 5 ottobre 2006, n. 21412, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. I, 5 luglio 2007, n. 15219, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

⁸⁰ Cass., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2663, in *Mass. Red. Leggi d'Italia*, 2013.

⁸¹ Cass., sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 898.

⁸² Cass., sez. I, 20 giugno 1996, n. 5718, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 898.

difficile, quantificarlo con esattezza; questa previsione appare, pertanto, legittimare la possibilità di riconoscere in capo al consulente tecnico poteri di indagine ampi e congrui, anche al di là delle tradizionali restrizioni in termini di prova a carico del danneggiato. In tal senso, la stessa Corte di Cassazione, proprio in riferimento ad un'azione di risarcimento del danno da illecito *antitrust*, al fine di «rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale e tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova», ha suggerito, già nel 2015, la necessità di valorizzare «in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione dei documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio»⁸³.

Non a caso, dunque, il medesimo Giudice aveva da tempo chiarito il portato dell'onere gravante sulla parte di un giudizio *antitrust* per accedere a tale strumento processuale, consistente nel dovere di «indicare specificamente quali momenti o fasi vadano verificati e su quali atti ritualmente acquisiti al processo» debba svolgersi l'indagine domandata⁸⁴.

Sul punto, più di recente, la medesima Corte ha ribadito come la dimostrazione degli elementi essenziali della fattispecie controversa rimanga una condizione sì necessaria, ma anche – e soprattutto – sufficiente, al fine del legittimo esperimento della consulenza tecnica d'ufficio⁸⁵.

⁸³ Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, *Cargest*, in Riv. dir. Ind., 2015, 6, 537, con nota di Geraci.

⁸⁴ Cass., sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347, in *Foro it.*, 2011, 6, I, p. 1723.

⁸⁵ In particolare, la Cassazione ha ribadito che «in tema di risarcimento del danno, è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione “percipiente”, ma

Invero, le Sezioni Unite hanno sottolineato con forza, in relazione proprio all'esatta individuazione dei poteri d'indagine del c.t.u. in veste percipiente, la necessità di distinguere tra gli elementi costitutivi della pretesa (o della difesa) e i cd. fatti secondari, privi di efficacia probatoria diretta, ma funzionali alla dimostrazione dei primi, statuendo che «il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite il cui accertamento si rende necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti fatti principali rilevabili d'ufficio»⁸⁶.

In altre parole, la rilevanza che – specie in ambito di *private enforcement* – viene riservata allo strumento dell'indagine peritale deriva e si giustifica proprio in virtù della carenza di *expertise* tecnica che caratterizza tanto il giudice quanto le stesse parti del procedimento e che rende dunque necessario il conferimento al consulente d'ufficio di penetranti poteri d'indagine e, in modo particolare, di esibizione, funzionali a «colmare proprio quella lacuna ricercando la prova che le parti non sono state in grado di offrire»⁸⁷.

Ben si comprende, dunque, la più recente prassi dei tribunali italiani che, in

a condizione che essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare, per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (cfr. Cass. Sez. 2, sent. 22 gennaio 2015, n. 1190), giacché, anche quando la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, resta pur sempre necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti; Cass., sez. IV, ord. 3 luglio 2020, n. 13736, in *Studium juris*, 2021, 3, p. 383.

⁸⁶ Cass., SS. UU., 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Quotidiano Giuridico*, 2022.

⁸⁷ *Ibidem*, punto 22.

risposta alle estese domande di esibizioni formulate dalle parti, sono solito demandare al c.t.u. il compito di individuare, nel contraddittorio tecnico-giudico, i documenti e le informazioni (anche ulteriori rispetto a quelle *ab origine* individuati dalle parti) che dovranno essere oggetto di acquisizione e la cui disamina risulta necessaria per il completamento di un'analisi econometrica pienamente attendibile. In ogni caso, però, sia pure in tale contesto di delega al consulente d'ufficio dell'identificazione dei dati da richiedere, tanto la potestà di imporre l'esibizione quanto la successiva valutazione delle conseguenze giuridiche dell'eventuale carenza probatoria permangono di esclusiva competenza dell'organo giurisdizionale. La giurisprudenza di merito ha infatti chiarito, più di recente, che «una volta individuato il metodo di verifica e gli strumenti con cui attuarlo, il CTU – ove l'impossibilità di effettuare analisi attendibili dipenda dalla carenza documentale deve investire il G.I. della questione – onde verificare in contraddittorio se detta carenza sia imputabile alle parti o ad una delle parti in ragione dell'onere probatorio (attrice) ovvero dell'ordine di esibizione (convenuto) che la riguarda, onde consentire al Giudice di valutare detti aspetti, se integrare l'ordine di esibizione ed in che termini; inoltre, se la mancanza di detti dati conduce addirittura all'impossibilità di rispondere al quesito deve condividere – sempre nel contraddittorio – il perimetro dei dati ritenuti necessari», residuando in capo al giudice anche il potere di valutare l'effettiva indispensabilità delle informazioni mancanti (e delle analisi tecniche che su di esse si dovrebbero basare) per la risposta ai quesiti formulati⁸⁸.

In tale contesto poi, le più recenti innovazioni intervenute nella disciplina

delle azioni risarcitorie, come poco sopra descritte, hanno viepiù esaltato tale centralità della c.t.u. oramai divenuta, specie nelle azioni *follow-on*, il vero e proprio cuore del giudizio risarcitorio, in quanto funzionale non solo all'individuazione del *quantum* del pregiudizio risarcibile, ma anche all'accertamento – quantomeno in via indiretta e presupposta – dell'*an* della pretesa e della sua piena riconducibilità causale ad un dato illecito concorrenziale.

Invero, a valle del riconoscimento, da parte del giudice del risarcimento, della presenza di un provvedimento sanzionatorio vincolante e della conseguente applicabilità delle presunzioni sancite a livello legislativo (o, comunque, dell'avvenuta prospettazione, ad opera dell'attore, della plausibilità della propria pretesa), l'accertamento tecnico del danno demandato all'analisi controfattuale del consulente d'ufficio finisce giocoforza per rappresentare il principale momento di verifica, nel contraddittorio tecnico tra le parti, della validità della prova contraria offerta dal convenuto e dunque, in ultima analisi, della fondatezza dell'azione promossa.

D'altra parte, se è vero che le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il giudice e che quest'ultimo, in applicazione del principio della libera valutazione delle prove *ex art.* 116 c.p.c., può legittimamente disattendere le conclusioni del perito, contrapponendovi la propria valutazione critica, congruamente motivata sulla base delle risultanze processuali⁸⁹ o di altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche⁹⁰, allo stesso modo, la consulenza sempre più costituisce fonte oggettiva di prova,

⁸⁹ Cass., sez. lavoro, ord. 6 agosto 2024, n. 22161, in *Quotidiano Giuridico*, 2024; Cass., sez. III, ord. 27 dicembre 2023, n. 36020, in *Massima redazionale Onelegale*, 2024.

⁹⁰ Cass., sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792, in *CED Cassazione*, 2013; Cass., sez. II, 26 febbraio 1998, n. 2145 in *Foro it.* 1998, I, 2197.

⁸⁸ Così, Trib. Milano, sez. impresa A, 25 marzo 2024, n. 3271, in *itaca.europeanolitigation.eu*.

dalla quale il giudice può trarre elementi di giudizio determinanti ai fini della decisione della controversia, anche nel caso in cui tali dati siano difformi o in contrasto con altre risultanze istruttorie⁹¹.

IV. Gli strumenti probatori previsti in caso di *class action*

La Direttiva non contiene alcuna previsione relativa all'applicabilità o meno delle sue disposizioni alle azioni collettive. Tuttavia, già nel Libro Bianco del 2008 si auspicava l'introduzione, nelle legislazioni nazionali, di meccanismi atti a consentire l'aggregazione delle singole istanze risarcitorie promosse dalle vittime delle violazioni delle norme *antitrust*.

La scelta del Legislatore italiano, espressa nell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge di delegazione europea 9 luglio 2015, n. 114 e successivamente trasposta nell'art. 1, comma 1, del Decreto, è stata quella di estendere la portata del D. Lgs. n. 3/2017 anche alle azioni collettive allora disciplinate dall'art. 140 *bis* del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo.

Gli istituti processuali sin qui descritti risultano, pertanto, pienamente applicabili alle *class action* promosse per il risarcimento di danni derivanti da illeciti concorrenziali. Successivamente all'entrata in vigore del Decreto, però, anche la disciplina delle azioni collettive è stata oggetto di una radicale riforma normativa – realizzata mediante la l. 12 aprile 2019, n. 31, che ha abrogato i previgenti artt. 139, 140 e 140 *bis* c. del consumo ed inserito un nuovo Titolo VIII *bis* all'interno del c.p.c. – che ha introdotto, tra

l'altro, interessanti innovazioni in materia di prova, che devono ora trovare un coordinamento con gli specifici strumenti previsti in materia *antitrust*.

In particolare, il nuovo art. 840 *quinquies*, comma 2, c.p.c. prevede, per le azioni collettive, il superamento del formalismo processuale, legittimando il tribunale ad omettere «ogni formalità non essenziale al contraddittorio» nel compimento di tutti gli atti di istruzione rilevanti per la definizione della controversia.

Il successivo comma 3 della disposizione in esame interviene, invece, sul riparto delle spese processuali, introducendo l'obbligo per il resistente di anticipare le spese e l'acconto sul compenso del consulente tecnico d'ufficio, al duplice fine di favorire la parte debole della controversia ed incoraggiare il ricorso a tale strumento processuale⁹².

Di assoluto rilievo appare anche il comma successivo, che consente al tribunale di avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici per l'accertamento della responsabilità che, da iniziale elaborazione giurisprudenziale, assurge ora a regola processuale codificata.

Da ultimo, come già accennato, il nuovo art. 840 *quinquies* c.p.c. estende a tutte le azioni collettive l'applicabilità dello strumento di *disclosure* processuale introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 3 del D.Lgs. n. 3/2017.

L'art. 840 *quinquies* riproduce, quasi alla lettera, sia i contenuti dell'art. 3 che del correlato art. 6 del Decreto (in materia di sanzioni e conseguenze processuali della violazione dell'ordine di esibizione), pur con alcune rilevanti differenze.

⁹² La previsione sembra in parte ispirata al sistema statunitense dove in materia di spese legali si applica un principio ancor più incentivante, il c.d. "one way litigation costs", in base al quale il resistente rimborsa i costi all'attore se il ricorso è accolto, ma quest'ultimo non viene condannato per le spese nel caso venga invece respinto.

⁹¹ Cass., sez. lavoro, 2 ottobre 2013, n. 22538, in *Massima redazionale Onelegale*, 2013; Cass., sez. III, 19 aprile 2011, n. 8989, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., sez. II, 19 aprile 1988, n. 3064, in *Mass. Giur. It.*, 1988.

In particolare, oltre a presentare valori edittali delle sanzioni pecuniarie amministrative lievemente inferiori a quelli individuati in materia *antitrust*, la disciplina della *disclosure* consentita per tutte le ipotesi di *class action* prevede che questa possa essere disposta solo nei confronti del resistente e non anche di terzi o degli attori, escludendo, così, quella reciprocità ammessa, invece, per le azioni risarcitorie conseguenti a violazioni concorrenziali.

Tuttavia, in ragione dell'espressa applicabilità del D. Lgs. n. 3/2017 anche alle azioni collettive (art. 1, comma 1, del Decreto), appare ragionevole sostenere che, in caso di *class action* in materia *antitrust*, debba trovare piena applicazione la tipologia più ampia di *disclosure*, introdotta nel 2017, quale disciplina speciale per i giudizi di *private enforcement* della normativa concorrenziale.

RINO CAIAZZO

Bibliografia

S. Bariatti – L. Perfetti, «Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione di norme *antitrust*” della Commissione e del Codice del consumo», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. Rossi Dal Pozzo – B. Nascimbene, 2009, p. 3 ss.; R. Caiazzo, «Illecito anticoncorrenziale, tutela del consumatore e *class action*: una nuova era per il *private enforcement* in Italia?», in *IX edizione della conferenza “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 20-21 maggio 2010; R. Caiazzo, «The scheme of Legislative Decree of implementation of Directive 2014/104/EU on *antitrust* damages actions», in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2, 2016, p. 6 ss.; A. Catricalà, C. E. Cazzato, F. Fimmanò (a cura di), «Diritto antitrust»,

Milano, 2021; E. Corapi, «Il risarcimento del danno *antitrust*, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto», Napoli, 2017; A. Fabbi, «La “esibizione” istruttoria nel *private enforcement* del diritto *antitrust*, in *Il private enforcement antitrust dopo il D.lgs. 19 Gennaio 2017*, n. 3, (a cura di) B. Sassani, Pisa, 2017; A. Frignani, «L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito *antitrust*», in *Dir. ed econ. dell'ass.*, 2011, IV, p. 1332 ss.; P. Manzini, «Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017» Torino, 2017; A. Mei, «Risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto di concorrenza: commento a prima lettura del d.lgs. 3 del 19.1.2017» in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2017; V. Mosca, «*Private enforcement antitrust*: accertamento e quantificazione del danno», in *Il dir. ind.*, 2010, V, p. 457 ss.; G. Muscolo, «La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust», in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2017, pp. 391-410; G. Muscolo, «Il danno da illecito *antitrust*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012; M. Tavassi, «Il risarcimento del danno in materia *antitrust* nella esperienza dei giudici italiani», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, (a cura di) F. Rossi Dal Pozzo – B. Nascimbene, 2009, p. 41 ss.; M. Todino – E. Botti, «Azioni risarcitorie per illecito *antitrust*. Recenti sviluppi e interazione con il *public enforcement*», in *X edizione della conferenza: “Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea”*, Treviso, 17-18 maggio 2012, p. 9 e ss.; L. Vasques, «*Private enforcement* della disciplina *antitrust* in Italia: si può fare?», in *Danno e responsabilità*, 2012, VIII-IX, p. 824 ss.; M. Zuliani, «Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante», in *Danno e Responsabilità*, 1° marzo 2022, 2, p. 204 ss.

IL POTERE CAUTELARE DEL GIUDICE NELL'AZIONE ANTITRUST

Sommario: **I.** Cenni all'evoluzione della competenza cautelare in materia *antitrust*. – **II.** La competenza cautelare dopo il D.L. 1/2012: le sezioni specializzate in materia di impresa. – **III.** Il recepimento della direttiva UE 104/2014: il d.lgs. 3/2017, le sezioni "superspecializzate" in materia *antitrust* e l'omissione della fase cautelare. – **IV.** La competenza per le azioni di classe *antitrust* alla luce della l. 31/2019. – **V.** Il rito applicabile e i problemi ancora aperti. – **VI.** Tutela cautelare e provvedimenti amministrativi. – **VII.** I requisiti per la concessione dei provvedimenti cautelari. – **VIII.** Il contenuto dei provvedimenti cautelari.

I. Cenni all'evoluzione della competenza cautelare in materia *antitrust*

Il legislatore del 1990, nel delineare la prima disciplina in materia *antitrust*, aveva originariamente devoluto alla Corte di Appello le controversie tra privati aventi ad oggetto la violazione delle norme interne in materia di concorrenza. La Corte decideva in unico grado, con conseguente deroga al principio del doppio grado di giurisdizione di merito, stante la ritenuta assenza di copertura costituzionale di tale principio. Come espressamente precisato dall'art. 33 della legge *antitrust*, ad essa era ovviamente devoluta anche la giurisdizione cautelare relativa alle medesime controversie.

Proprio con specifico riferimento alla normativa *antitrust*, la Consulta aveva di-

chiarato manifestamente inammissibili sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., avente ad oggetto l'asserita irragionevolezza della scelta di eliminare il doppio grado di giurisdizione di merito, sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., avente ad oggetto l'asserita disparità di trattamento, soprattutto nei confronti dei cittadini meno abbienti, nel prevedere la competenza della Corte di Appello anche per cause di modesta entità¹.

Tale opzione legislativa confermava, inoltre, l'impronta marcatamente amministrativista del sistema di tutele *antitrust* delineato dalla l. 287/1990. La già menzionata legge, infatti, ripartiva in modo chiaro i ruoli e le competenze spettanti all'AG e all'a.g.o., la prima destinataria di una funzione prettamente preventiva e deterrente, la seconda incaricata di intervenire nella fase risarcitoria. Nei fatti, tuttavia, una simile distinzione ha progressivamente perso di importanza. Anche a livello europeo, del resto, la distinzione tra la funzione deterrente e sanzionatoria (attribuita alla Commissione) e la funzione compensativa (attribuita all'a.g.o.) non è così netta come potrebbe apparire. Secondo la stessa Corte di Cassazione, del resto, le controversie in materia *antitrust*, pur se tra privati, assumono comunque rilevanza pubblicistica².

¹ Corte Cost. 2007, n. 351, in *Foro it.*, 2008, I, c. 713.

² Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, nota Pardolesi.

La scelta del legislatore trovava la propria *ratio* nell'esigenza di garantire una celere definizione della controversia, di evitare un'eccessiva dispersione dei contenziosi tra i vari uffici giudiziari e di assicurare un maggiore livello di specializzazione e, quindi, di preparazione dei giudici incaricati dell'applicazione delle norme *antitrust*.

Progressivamente, però, le originarie intenzioni sono state frustrate dalla frammentazione della competenza, sia di merito che cautelare, in materia.

Fino all'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa (su cui cfr. *infra*), infatti, la competenza è stata progressivamente suddivisa fra la Corte di Appello (per le controversie concernenti la violazione della normativa italiana, ai sensi dell'art. 33 l.at.), le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale (per le controversie concernenti la normativa sia italiana che europea interferenti con i diritti di proprietà industriale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 134 c.p.i.) e gli ordinari uffici giudiziari, giudici di pace e tribunali (per le controversie aventi ad oggetto la violazione della normativa *antitrust* europea).

II. La competenza cautelare dopo il D.L. 1/2012: le sezioni specializzate in materia di impresa

Il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (intitolato "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", detto più gergalmente "decreto liberalizzazioni"), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2012, n. 27, recuperando parzialmente un'idea già ipotizzata prima della riforma del diritto societario del 2003, ha trasformato le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale in sezioni specializzate in materia di imprese (la definizione

"tribunale delle imprese", contenuta nella rubrica dell'art. 2, non trova, infatti, successivo riscontro nel testo della norma).

Alla novella del 2012 (e precisamente alla legge di conversione) va certamente ascritto il merito di aver razionalizzato, una volta per tutte, le regole in tema di competenza per le controversie *antitrust*, devolvendo espressamente alle sezioni specializzate sia le controversie di cui al secondo comma dell'art. 33 l.at., come previsto dalla lett. c) del nuovo art. 2 D.lgs. 168 del 2003, sia quelle fondate sulla violazione della normativa *antitrust* europea. Semmai, il legislatore può essere criticato per non aver avuto il coraggio di devolvere alle sezioni specializzate tutte le controversie in materia di concorrenza, ivi comprese quelle in materia di concorrenza sleale c.d. pura, le quali, nonostante l'affinità con la materia *antitrust* rimangono tuttora di competenza del giudice ordinario.

Ciò ha creato particolari problemi nel caso in cui la violazione delle norme in tema di concorrenza è stata utilizzata come argomentazione difensiva a sostegno di mere difese o di eccezioni³. Ciò è avvenuto, specificamente, nel contenzioso connesso alle fidejussioni omnibus. In proposito, la giurisprudenza di legittimità sembra oggi orientata nel senso di riconoscere la competenza delle sezioni specializzate nelle ipotesi in cui la nullità rappresenti il fatto costitutivo della domanda principale⁴ o riconvenzionale⁵ o quantomeno il presupposto della domanda (come, per esempio

³ La giurisprudenza di merito è in parte contrastante sul punto. Ad esempio, alcune decisioni negano la competenza delle sezioni specializzate nel caso in cui la questione di nullità venga posta solo come eccezione riconvenzionale (cfr. T. Cuneo, 24 marzo 2023, reperibile nella banca dati onelegale.it; in senso analogo, cfr. T. Catanzaro 5 marzo 2020; in senso opposto, però, cfr. T. Napoli, 28 marzo 2023 e T. Rovigo, 19 giugno 2018, reperibile sempre nella banca dati onelegale.it).

⁴ Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 6523.

⁵ Cass., sez. III, 23 luglio 2024, n. 20463.

nel caso di azioni risarcitorie fondate appunto sulla non conformità delle clausole⁶), nelle ipotesi di connessione qualificata (ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.)⁷ e nelle ipotesi in cui la nullità è stata oggetto di specifica domanda o, quantomeno, di eccezione riconvenzionale⁸. La competenza delle sezioni specializzate, quindi rimarrebbe esclusa in caso di competenza funzionale⁹ o di connessione meramente occasionale¹⁰ e nelle sole ipotesi in cui la nullità per violazione delle norme in tema di concorrenza venga dedotta come mera eccezione, senza necessità di pronuncia con efficacia di giudicato¹¹.

L'opera di razionalizzazione compiuta dal legislatore del 2012 presentava, tuttavia, una ulteriore e più grave lacuna. La versione iniziale del D.L. 1/12 devolveva alle sezioni specializzate anche le azioni di classe ai sensi dell'art. 140-bis D.lgs. 206/05. La legge di conversione, tuttavia, pur avendo esteso la competenza delle sezioni alle controversie in materia *antitrust*, ha inspiegabilmente eliminato la predetta previsione in materia di azioni di classe.

Ciò sollevava evidenti perplessità ermeneutiche. Se non vi erano dubbi per le azioni di classe individuate dalle lett. *a*) e *c*) dell'art. 140-bis, le quali erano devolute ai tribunali ordinari secondo le regole di competenza territoriale individuate dal

co. 4 di tale norma, qualche perplessità sorgeva con riferimento alle azioni di classe in materia *antitrust*, vale a dire quelle individuate dalla lett. *b*) di cui sempre al predetto art. 140-bis. Non era chiaro, infatti, se tali azioni fossero comunque devolute alle sezioni specializzate in considerazione della generale attribuzione delle controversie in materia *antitrust* oppure se, invece, tale criterio non operasse per le azioni di classe, alle quali, quindi, continuassero ad applicarsi i criteri di competenza individuati dall'art. 140-bis c.p.c. La *ratio* della novella (volta ad individuare un unico giudice competente per le violazioni alla normativa in tema di concorrenza) avrebbe certamente portato a ritenere che anche le azioni di classe in materia *antitrust* fossero comunque devolute alle sezioni specializzate. Stando ad un'interpretazione più rigorosa, tuttavia, anche in considerazione del tradizionale brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, si sarebbe dovuto escludere che le azioni di classe in materia *antitrust* fossero devolute alle sezioni specializzate. Questi dubbi sono ora superati dalla l. 31/2019, di cui si dirà fra poco.

III. Il recepimento della direttiva UE 104/2014: il d.lgs. 3/17, le sezioni “superspecializzate” in materia antitrust e l’omissione della fase cautelare

Analogamente a quanto avveniva prima, anche dopo la novella del 2012 e al di là della concentrazione delle controversie su base “tendenzialmente” distrettuale, il riparto territoriale tra le varie sezioni è determinato secondo le regole ordinarie di competenza per territorio previste dal codice di rito. L'art. 4 di fatto prevede una competenza su base regionale, salvo stabilire, per le sezioni specializzate istituite in

⁶ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 556.

⁷ Cass., sez. I, 26 agosto 2024, n. 23112.

⁸ Cass., sez. III, 23 luglio 2024, n. 20460.

⁹ Qualora, ad esempio, la nullità venga eccepita in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice dell'opposizione, competente funzionalmente a deciderla, dovrebbe separare i procedimenti, eventualmente sospendendo l'opposizione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (Cass., sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 35661).

¹⁰ Cass., sez. II 20 maggio 2024, n. 13885.

¹¹ Cass., sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 3248. Si veda, però, Cass., sez. V, 2 marzo 2021, n. 5623, secondo cui la competenza delle sezioni specializzate sussisterebbe tutte le volte in cui venga comunque dedotta la nullità per violazione delle norme sulla concorrenza.

sedi che non siano capoluoghi di regione (di fatto, la sola sezione specializzata di Brescia), la competenza relativamente alle controversie che, secondo i criteri ordinari, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari del rispettivo distretto di Corte di appello. Si può certamente parlare di una scelta discrezionale e, in quanto tale, anche parzialmente discutibile, non essendo fondata su precise valutazioni quantitative del prevedibile carico di lavoro delle nuove sezioni e rendendo possibile il rischio, in un effetto di sostanziale *rebound*, di una “despecializzazione” di ritorno.

La situazione, tuttavia, è ulteriormente cambiata a seguito del recepimento della direttiva UE 104/2014 (la direttiva europea in tema di *private enforcement*), avvenuto con il d.lgs. n. 3/2017. Ebbene, in tale occasione, il legislatore ha, in via del tutto innovativa e inattesa (non essendo previsto nulla al riguardo nella direttiva), configurato nuovi criteri di competenza per territorio proprio per le controversie in materia *antitrust*. L'art. 18 del d.lgs. 3/2017, infatti, ha aggiunto all'art. 4, d.lgs. 168/2003 (istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, ora di impresa) il nuovo comma 1-*ter*, ai sensi del quale le controversie in materia di danno *antitrust* sono attribuite alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, anche in deroga al comma 1-*bis* della medesima norma e quindi pure nel caso in cui sia convenuta una società con sede all'estero. In altri termini, il d.lgs. 3/2017, prevedendo la competenza di sole tre sezioni, accentua e rafforza la tendenza a creare, se così si può dire, delle sezioni «super specializzate», come già era avvenuto per le controversie (rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. 168/2003, ma) coinvolgenti società estere, controversie devolute esclusivamente a undici delle sezioni specializzate istituite nel territorio italiano (cfr. l'art. 4, co. 1-*bis*, d.lgs. 168/2003, come

aggiunto dall'art. 2, d.l. 145/2013, come convertito dalla l. 9/2014). Non possono negarsi diverse perplessità al riguardo; tralasciando le possibili disparità di trattamento, la regola di competenza adottata dal legislatore si fonda sull'implicito (ma erroneo) assunto secondo cui le cause in materia di danno *antitrust* siano sempre di ingente valore e coinvolgano parti dotate di mezzi tali da consentire una facile gestione decentrata della controversia. In realtà, come dimostrato dal diffuso contenzioso in materia di assicurazione per la responsabilità civile da circolazione di autoveicoli (in cui gran parte delle azioni risarcitorie sono state promosse avanti a giudici di pace da singoli consumatori penalizzati da intese orizzontali messe in atto da compagnie assicuratrici), le azioni di risarcimento del danno *antitrust* possono essere di piccolo valore, soprattutto quando le violazioni riguardano direttamente i consumatori.

Il recepimento della direttiva europea si segnala, però, per un'evidente lacuna. Sia il legislatore europeo sia il legislatore italiano non hanno preso in considerazione la fase cautelare delle azioni *antitrust*, fase a cui non fa riferimento alcuna norma del d.lgs. 3/2017 (così come già nella direttiva). Tale scelta appare alquanto sorprendente, soprattutto in considerazione della possibile importanza di provvedimenti cautelari in materia di concorrenza. Invero, il d.lgs. 3/2017 contiene innovative previsioni in tema di divulgazione e di esibizione di prove; tuttavia, non specifica in alcun modo se tali provvedimenti istruttori possano essere richiesti in via cautelare, specialmente *ante causam*. Sarebbe stato certamente auspicabile un chiarimento sul punto, soprattutto considerando che le controversie *antitrust* sono caratterizzate da un grande asimmetria informativa fra le parti (asimmetria cui proprio le già menzionate norme cercano di far fronte). D'altro canto, la mancata percezione dell'importanza in

questa materia dei provvedimenti cautelari istruttori da parte del legislatore (sia europeo sia nazionale) è dimostrata anche dal fatto che la parte destinataria dell'ordine di divulgazione debba sempre essere sentita prima dell'emanazione dell'ordine stesso.

IV. La competenza per le azioni di classe *antitrust* alla luce della l. 31/2019

L'ultimo intervento normativo in tema di competenza *antitrust* (e, quindi, anche di competenza cautelare) è rappresentato dalla l. 31/2019, con cui il legislatore italiano ha generalizzato l'applicazione delle azioni di classe, disciplinandole nel Codice di procedura civile.

Ebbene, in base al primo comma del nuovo art. 840-ter c.p.c. tutte le azioni di classe (indipendentemente dall'oggetto delle stesse) sono devolute alla sezione specializzata in materia di impresa competente in base al luogo in cui si trova la sede dell'impresa convenuta. L'espresso riferimento alle azioni di classe è ora contenuto anche nella nuova lettera d-*bis* del primo comma dell'art. 3 della legge (inserita appunto dall'art. 6 della predetta l. 31/2019). La scelta è certamente condivisibile per quanto riguarda le materie già normalmente trattate dalle sezioni (fra cui appunto quelle *antitrust*). Qualche perplessità, invece, può sorgere con riferimento alle altre tipologie di azione di classe, sia per il possibile aggravio del ruolo delle sezioni sia per la scarsa attitudine delle sezioni stesse ad occuparsi di problemi relativi a consumatori e utenti.

Con specifico riferimento alle azioni di classe *antitrust*, poi, si pone l'ulteriore problema del coordinamento della nuova norma in tema di competenza con quella in tema di azioni individuali. Come detto, queste ultime azioni sono devolute solamente a tre sezioni specializzate, stando al comma 1-*bis* dell'art. 4 del d.lgs.

168/2003, come modificato a seguito del recepimento della direttiva UE 104/2014. Occorrerà capire, quindi, se tale criterio prevarrà (in quanto speciale) anche sulle azioni di classe *antitrust* oppure se, per queste ultime, varranno i criteri applicabili a qualsiasi azione di classe. Si può dire, comunque, che la questione sia sostanzialmente marginale per quanto riguarda la fase cautelare, essendo molto difficile configurare casi in cui sia necessario, nell'ambito di un'azione di classe, ricorrere a provvedimenti cautelari (soprattutto in considerazione del fatto che, come si è detto, appare molto difficile configurare possibili provvedimenti cautelari di natura istruttoria).

V. Il rito applicabile e i problemi ancora aperti

I vari interventi normativi succedutisi nel tempo non hanno risolto i dubbi sorti già con riferimento alla disciplina originaria in relazione alla natura delle sezioni specializzate. Il legislatore non ha mai chiarito se le sezioni specializzate in materia di impresa siano da ricondursi a mere suddivisioni interne al medesimo ufficio giudiziario, al pari delle sezioni lavoro, oppure se, invece, debbano essere qualificate come uffici giudiziari separati, al pari delle sezioni specializzate agrarie.

La questione aveva importanza non solo teorica, visto che, nel primo caso, il riparto tra le sezioni avrebbe integrato una mera questione di ripartizione degli affari interna all'ufficio giudiziario, mentre nel secondo caso ci si sarebbe trovati di fronte ad una vera e propria questione di competenza. Sul punto, la stessa giurisprudenza di legittimità era incerta. Da un lato vi erano pronunce che optavano per quest'ultima soluzione rilevando che i) da un punto di vista strettamente letterale, gli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 168/2003

parlerebbero espressamente di competenza, ii) le sezioni specializzate sarebbero istituite solo presso alcuni distretti di Corte d'Appello e la relativa competenza sarebbe ultra distrettuale, iii) infine, la *ratio* ispiratrice sarebbe diversa rispetto a quella sottesa all'istituzione delle sezioni lavoro¹². Dall'altro vi erano pronunce in senso esattamente opposto, in cui le sezioni specializzate venivano equiparate alle sezioni lavoro e alle sezioni fallimentari, stante la differenza, di disciplina e di criteri di composizione, rispetto alle sezioni specializzate in materia agraria¹³.

La questione è stata poi risolta dalle Sezioni Unite, le quali hanno ritenuto che il c.d. Tribunale delle Imprese non costituisce una sezione specializzata in senso proprio, ma una mera articolazione interna dell'ufficio giudiziario, riconoscendo, quindi, che il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nel caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza (con conseguente inammissibilità del regolamento di competenza sul punto), ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario¹⁴.

Per quanto riguarda gli aspetti più specificamente processuali trova certamente applicazione, pur in assenza di espresso riferimento, la disciplina generale dei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c., ferma restando, ovviamente, la deroga alla competenza del

tribunale ordinario a favore delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Sotto la vigenza dell'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust*, invece, si discuteva circa la composizione dell'organo giudicante in fase cautelare. Secondo una prima opinione, anche avanti alla Corte di Appello, in assenza di specifica previsione normativa che prevedesse la necessaria collegialità, i provvedimenti cautelari potevano essere validamente adottati dal Consigliere Istruttore nominato per la trattazione del procedimento cautelare¹⁵. Secondo un'altra opinione, invece, la trattazione necessariamente collegiale del procedimento avanti alla Corte di Appello avrebbe dovuto imporre analoga soluzione anche in sede cautelare¹⁶. Tale questione aveva significativi risvolti pratici, soprattutto in tema di competenza per la fase di reclamo, devoluta, nel primo caso, alla medesima sezione di Corte di appello in composizione collegiale, mentre, nel secondo caso, alla competenza di altra sezione della medesima corte oppure ad altra corte.

La devoluzione delle controversie in materia *antitrust* alle sezioni specializzate pare aver risolto la questione. Stante il generale principio di coincidenza del giudice del cautelare con il giudice del merito, considerando inoltre che la riserva di collegialità delle sezioni specializzate è prevista solo per la fase di decisione (cfr. art. 50-*bis* c.p.c.), il procedimento cautelare, così come l'istruzione della controversia, è affidato al giudice monocratico.

¹² Cass. 25 settembre 2009, n. 20690, in *Giur. it.*, 2010, p. 1365, Cass. 24 luglio 2015, n. 15619, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 851, con nota di Baccaglini, Cass. 20 novembre 2017, n. 27500 e Cass. 28 febbraio 2018, n. 4706, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2770.

¹³ Cass. 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95, Cass. 15 giugno 2015, n. 12326, in *Dir. ind.*, 2015, p. 502, Cass. 27 ottobre 2016, n. 21774, Cass. 22 marzo 2017, n. 7228, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3130.

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882.

¹⁵ Cfr. App. Milano 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3497, App. Milano 10 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187 e App. Milano 20 luglio 2005, in *Dir. ind.* 2005, p. 192, con nota di Criscuoli.

¹⁶ Cfr., App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di Portincasa, App. Roma 16 gennaio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 284, con nota di Bastianon, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.* 1999, I, c. 2359 e *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di Genovese.

VI. Tutela cautelare e provvedimenti amministrativi

L'assetto delineato dalla legge *antitrust* ha indotto alcuni interpreti, soprattutto nei periodi immediatamente successivi all'emanazione della medesima legge a ritenere che AG e a.g.o. non solo avessero ruoli e compiti distinti, ma che l'a.g.o. fosse in qualche misura subordinata alla prima. Secondo tale opinione, rimasta peraltro minoritaria, i poteri del giudice ordinario sarebbero meramente integrativi rispetto a quelli dell'AG¹⁷. L'opinione prevalente (e, ormai, consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza) ritiene, tuttavia, che la competenza del giudice ordinario (pur nella differenza dei ruoli svolti) sia concorrente e autonoma rispetto a quella dell'AG, soprattutto in considerazione della differenza di funzioni e di compiti tra organi amministrativi e giudice ordinario¹⁸.

Da ciò deriva, conseguentemente, che il procedimento pendente avanti all'Autorità non è pregiudiziale nei confronti dei giudizi avanti all'a.g.o. tra privati, non essendo neppure configurabile, del resto, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. (considerato oltre tutto che il procedimento avanti all'AG non ha natura giurisdizionale)¹⁹.

¹⁷ In questo senso si vedano Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.* 1993, p. 543, il quale ritiene che l'a.g.o. non possa riesaminare la valutazione compiuta dall'autorità garante, e Selvaggi, *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e competenza*, in *Riv. dir. comm.* 1993, p. 243.

¹⁸ Cfr. Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 (la quale, comunque, parla di "prova privilegiata"), Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, p. 1675, con nota di Canale, App. Napoli 24 novembre 2008, App. Catania 21 settembre 2006, App. Milano 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338, App. Milano 18 luglio 1995 e App. Milano 8 ottobre 1994, entrambe edite in *Foro it.*, 1995, I, c. 276, con nota di Barone.

¹⁹ In giurisprudenza cfr. App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di Portincasa, secondo cui è da escludersi la sussistenza

In proposito, tuttavia, va segnalato come, in tema di azione di classe, l'art. 840-ter c.p.c. (come il suo predecessore, ossia il sesto comma dell'art. 140-bis c. consumo), e l'art. 6 del d.lgs. 3/2017 prevedano (peraltro in modo analogo a quanto disposto dall'art. 16 Reg. UE 1/2003 per i procedimenti di rilevanza europea) che il tribunale possa disporre la sospensione qualora sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria dell'AG. Il carattere facoltativo della sospensione (unito alla specialità di tale previsione) parrebbe confermare, tuttavia, il summenzionato orientamento volto ad escludere un rapporto di automatica pregiudizialità della causa ordinaria rispetto al procedimento avanti all'autorità. Va detto, però, che la peculiare efficacia preclusiva dell'accertamento contenuto nei provvedimenti sanzionatori emessi dall'AG (come espressamente stabilito dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017) potrebbe fornire spunti esattamente opposti.

Indipendentemente da questo, con specifico riferimento alla materia cautelare, deve certamente escludersi che l'a.g.o. possa adottare provvedimenti cautelari intesi ad anticipare gli effetti di provvedimenti emessi dall'Autorità Garante²⁰. La misura cautelare disposta in sede civile, infatti, dovrà sempre essere strumentale e quindi funzionale ad una successiva (per quanto eventuale) pronuncia giurisdizionale di merito.

Più complicato, invece, è il rapporto tra il giudizio civile e le eventuali misure cautelari emesse a tutela della concorrenza proprio dall'AG, secondo quanto

dei presupposti della sospensione, sia con riferimento alla pendenza del procedimento avanti all'AG sia in relazione alla pendenza del procedimento di impugnazione del provvedimento emesso dall'Autorità avanti al giudice amministrativo; secondo App. Roma 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362, invece, la sospensione potrebbe essere richiesta solo in pendenza del procedimento amministrativo avanti al TAR.

²⁰ Cfr. App. Roma 14 gennaio 1993, *Foro it.*, 1993, I, c. 3377, con nota di Valdina.

previsto dall'art. 14-*bis* della legge *antitrust*. Analogo problema si potrebbe porre con riferimento alle misure cautelari emesse dalla Commissione Europea in applicazione dell'art. 8 del Reg. 1/2003.

Si tratta, tuttavia, di poteri cautelari certamente distinti e connotati da una differente funzione (tutela dei diritti soggettivi dei soggetti privati nel caso dell'a.g.o., tutela generale della concorrenza nel caso dell'AG e della Commissione). Non è casuale, del resto, che l'iniziativa per l'emissione di misure urgenti da parte di AG e Commissione sia necessariamente officiosa, senza alcuna possibilità di istanza ad opera dei privati (i quali, infatti, potranno limitarsi ad effettuare delle mere segnalazioni).

VII. I requisiti per la concessione dei provvedimenti cautelari

I presupposti per la concessione di una misura cautelare sono gli stessi previsti per le ordinarie misure cautelari, vale a dire il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Ovviamente, al pari delle azioni ordinarie, per quanto riguarda la dimostrazione del primo requisito e, quindi, la verosimiglianza della sussistenza di una condotta anticoncorrenziale illecita, occorre distinguere a seconda che l'azione risarcitoria segua (c.d. azioni "*follow-on*") o meno (c.d. azioni "*stand-alone*") un preventivo accertamento della violazione delle norme *antitrust* da parte dell'AG. I provvedimenti dell'Autorità, infatti hanno sempre agevolato la prova della condotta illecita anche, o forse soprattutto, in sede cautelare. In passato si discuteva se, nel giudizio di merito, per provare l'illecito fosse sufficiente la produzione del provvedimento *antitrust*, come ritenuto in giurisprudenza²¹,

²¹ In proposito, la Corte di Cassazione, in una delle più importanti pronunce in materia *antitrust*, ha ritenuto sufficiente, ai fini della dimostrazione

seppure un po' impropriamente (visto che la Suprema Corte ha spesso qualificato come "prova privilegiata" il provvedimento emesso dall'AG, o la decisione confermativa di tale provvedimento emessa dal giudice amministrativo, ma non ha specificato se ciò implicasse una presunzione²², una inversione dell'onere della prova²³ o un mero onere rafforzato a carico dell'impresa²⁴). In realtà, la questione è sostanzialmente superata visto che il legislatore italiano (all'art. 7 d.lgs. n. 3 del 2017, attuativo della direttiva UE 104/2014) ha espressamente previsto l'efficacia preclusiva dell'accertamento contenuto nei provvedimenti sanzionatori emessi dall'AG nei susseguenti giudizi risarcitori (in caso di mancata impugnazione dei medesimi provvedimenti o di loro conferma in sede amministrativa), al pari di quanto previsto dal Reg. UE 1/2003 per provvedimenti emessi dalla Commissione in applicazione del diritto europeo²⁵.

In ogni caso, a prescindere da questo, deve certamente ritenersi che, in sede cautelare, il provvedimento emesso dall'AG

della condotta illecita, la produzione di copia del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AG (cfr. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901; in senso conforme cfr. Cass. 14 marzo 2011, n. 5942, Cass. 21 marzo 2011, n. 6347, entrambe in *Foro it.*, 2011, I, c. 1724. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, sia consentito il rinvio a Comoglio, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie – Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 195.

²² Cfr., sostanzialmente in questi termini, Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2674 con nota di Palmieri, secondo cui non solo vi sarebbe un'inversione dell'onere della prova, ma l'impresa non potrebbe neppure contestare la sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattese dall'AG.

²³ Cfr. Cass. 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1724.

²⁴ Cfr. Cass. 31 agosto 2011, n. 17891, in *Resp. civ. on line*, 2011, p. 10 e Cass. 26 maggio 2011, n. 11610.

²⁵ In tema, sia consentito il rinvio a Comoglio, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie – Verso nuove forme di giudicato*, cit., p. 195.

possa costituire prova sufficiente per l'emissione di un provvedimento cautelare. Ovviamente, l'a.g.o. non potrà valersi, ai fini civilistici, né in sede cautelare né nel giudizio di merito di un provvedimento dell'AG la cui efficacia sia stata sospesa dal giudice amministrativo²⁶.

Per contro, nel caso di azioni promosse in assenza di provvedimenti dell'autorità (c.d. azioni "*stand-alone*"), l'attore deve farsi carico di un compito certamente più complesso, dovendo allegare e provare in termini di verosimiglianza i fatti costitutivi della pretesa cautelare e, quindi, l'illiceità della condotta e la potenziale lesività della stessa.

Sono doverose alcune brevi precisazioni soprattutto con riferimento alle domande cautelari strumentali ad azioni risarcitorie, in cui la sussistenza del *fumus boni iuris* presuppone la prova, in termini di verosimiglianza, della sussistenza di un danno.

Un primo problema si ha in caso di c.d. danno traslato (c.d. "*passing-on*"), il quale si realizza allorché un operatore posto in posizione intermedia nella catena economica trasferisca il danno subito da comportamenti anticoncorrenziali di un fornitore sui propri clienti. È discussa, infatti, la risarcibilità di tale forma di danno e, conseguentemente, la stessa legittimazione ad agire dei danneggiati finali. Ovviamente, qualora difetti la legittimazione in sede di merito analoga carenza si avrà anche in sede cautelare. A questo proposito, giova ricordare come la giurisprudenza, sia europea che italiana, pur con specifico riferimento alle azioni di nullità, abbia riconosciuto la legittimazione ad agire dei consumatori (in definitiva, quindi, di chiunque abbia subito un pregiudizio dalla condotta anticoncorrenziale) e, pertanto, paia aver dato risposta positiva alla stessa risarcibilità del danno

traslato²⁷. Tale orientamento è stato confermato dalla direttiva UE 104/2014 e dal susseguente recepimento mediante il d.lgs. 3/2017 (specialmente gli articoli da 10 a 13). A maggior ragione, quindi, tale legittimazione deve essere riconosciuta in sede cautelare.

Ulteriori problemi si hanno nel caso in cui si chieda una misura cautelare inibitoria in funzione di una successiva azione risarcitoria. Come si dirà meglio nel prossimo paragrafo, la giurisprudenza, pur negando la configurabilità di una tutela inibitoria di merito, ammette la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio strumentale ad un'azione risarcitoria o, ma è più discusso, ad un'azione di nullità. Nessun problema, ovviamente, si ha qualora si sia già prodotto un danno; in tal caso il provvedimento, finalizzato a contenere l'entità del danno, avrà contenuto conservativo rispetto alla pronuncia risarcitoria che sarà emessa nel giudizio di merito. Più problematico, invece, è il caso in cui il danno non si sia ancora verificato e il provvedimento inibitorio sia richiesto proprio per evitarne la causazione. In tal caso, infatti, il provvedimento inibitorio difetta di qualsiasi strumentalità (sia in funzione conservativa sia in funzione anticipatoria) rispetto alla futura sentenza di merito (evitando il danno, infatti, non vi potrà essere alcuna sentenza risarcitoria). Il dibattito sul punto non può certo dirsi concluso e assestato (stante anche il già segnalato silenzio del d.lgs. n. 3 del 2017), molto dipendendo, infatti, dalle ancora controverse questioni concernenti l'ammissibilità dell'azione inibitoria di merito e la nozione di strumentalità della misura cautelare rispetto al giudizio di merito.

²⁷ Cfr. C. giust. UE 13 luglio 2006, decisioni da C-295 a 298/04, in *Danno e resp.*, 2007, p. 19 e Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014, con note di Palmieri, Pardolesi e Scoditti. Cfr. anche App. Torino 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46, con note di Bastianon e Roscioni.

²⁶ Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Arch. civ.*, 2004, p. 210.

Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare è il c.d. *periculum in mora*, vale a dire la dimostrazione, sempre in termini di verosimiglianza, del rischio di incorrere in un pregiudizio grave e irreparabile nel tempo necessario per ottenere la tutela in via ordinaria. Sul punto, tuttavia, la materia *antitrust* non presenta significative peculiarità rispetto alla disciplina ordinaria dei procedimenti cautelari.

VIII. Il contenuto dei provvedimenti cautelari

Nel vigore della versione originaria della legge *antitrust* si discuteva se la Corte di Appello avesse una generale competenza in materia cautelare o se, invece, tale competenza fosse necessariamente strumentale alle controversie di merito (azione di nullità e azione risarcitoria) ad essa devolute. Dottrina e giurisprudenza erano orientate proprio in quest'ultimo senso, sulla base della necessaria strumentalità fra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito. Simile conclusione merita conferma anche dopo l'introduzione della c.d. strumentalità attenuata delle (o meglio di alcune) misure cautelari, frutto della riforma del codice di rito operata dalla l. 80/2005. Analogamente deve ritenersi ora per le sezioni specializzate in materia di impresa, le quali hanno competenza cautelare solo in relazione alle controversie *antitrust* ad esse devolute. In caso contrario, del resto, vi sarebbe il rischio di conflitti e sovrapposizioni, soprattutto con le funzioni attribuite all'AG.

Altro problema è quello relativo al possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza. L'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust* attribuiva specificamente alla Corte di Appello la competenza ad emettere "provvedimenti d'urgenza" in relazione alle violazioni di cui ai titoli da I a IV della legge *antitrust*. Pur non essendo richiamata direttamente la

norma, l'espressione utilizzata (provvedimenti d'urgenza) rimandava chiaramente ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. (misura di frequente utilizzo, del resto, in questa materia). Già nel vigore di tale norma, tuttavia, si riteneva che la competenza cautelare della Corte di Appello si estendesse a qualsiasi provvedimento cautelare, purché ovviamente strumentale ad una domanda di merito azionabile avanti alla medesima Corte ai sensi dell'art. 33 legge *antitrust*²⁸. Analoga soluzione deve ritenersi ora, stante la riproposizione della medesima formula normativa²⁹.

Altro problema concerne il possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza adottabili. Analogamente all'art. 700 c.p.c., infatti, l'art. 33, nella sua versione originaria, non specificava (né avrebbe potuto specificare) quali fossero i provvedimenti concretamente adottabili dalla Corte di Appello. I problemi sono rimasti immutati anche a seguito delle varie novelle legislative. Anzi, nel caso del recepimento della direttiva n. 104/2014, come già si è segnalato, l'omissione è particolarmente grave. Gran parte delle innovazioni contenute nel d.lgs. n. 3/2017 è rappresentata da previsioni di natura istruttoria, fra tutte quelle in tema di divulgazione di prove; previsioni chiaramente finalizzate ad ovviare alla marcata asimmetria che caratterizza le azioni *antitrust*. Ebbene, il legislatore non specifica in alcun modo se tali provvedimenti possano essere chiesti, in via cautelare, *ante causam*. Invero, il dato letterale della norma, unito alla tassatività delle ipotesi di provvedimenti cautelari istruttori previste nel codice di rito, parrebbe escludere una simile possibilità.

Per quanto riguarda i provvedimenti cautelari non istruttori, le maggiori incertezze si sono riscontrate in relazione ai

²⁸ Cfr., in giurisprudenza, App. Napoli 9 febbraio 1998, in *Gius.* 1998, p. 3077 e App. Torino 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 288.

²⁹ Trib. Roma 21 luglio 2014, in *Annali it. dir. autore*, 2014, p. 981.

provvedimenti di tipo inibitorio. Si tratta di una questione connessa alla configurabilità di provvedimenti inibitori definitivi; qualora, infatti, fosse possibile richiedere anche nel giudizio di merito un'inibitoria, allora inevitabilmente tale possibilità dovrebbe essere ammessa anche in sede cautelare, in quanto anticipatoria alla tutela di merito.

In realtà, a dire il vero dopo numerose incertezze, la giurisprudenza, pur escludendo la configurabilità di un'inibitoria di merito definitiva, ritiene comunque ammissibile una tutela cautelare inibitoria (svincolata da un successivo provvedimento di merito di tale contenuto), purché comunque strumentale all'azione di nullità o all'azione risarcitoria; la strumentalità della misura cautelare, infatti, si osserva sempre in giurisprudenza, non implica necessariamente anche l'identità del contenuto della misura cautelare rispetto al successivo provvedimento di merito³⁰.

Ancor più discussa è l'ammissibilità di provvedimenti cautelari inibitori a contenuto positivo, vale a dire provvedimenti che incidano sull'autonomia negoziale delle parti imponendo la conclusione di contratti o l'esecuzione di specifiche prestazioni. Sono ammesse misure cautelari positive in relazione a contratti già in essere³¹.

Per converso, la giurisprudenza prevalente esclude l'ammissibilità di provvedimenti che impongano, in via d'urgenza, obblighi di contrarre in quanto, in assenza di una preventiva manifestazione di volontà delle parti, il giudice finirebbe per sovrapporsi indebitamente all'autonomia

negoziale delle parti³². Nella sostanza, in tali casi difetterebbe il necessario requisito della strumentalità della misura cautelare rispetto alla possibile sentenza di merito (non essendo configurabile, salvi i pochi ed eccezionali casi previsti per legge, la possibilità di ottenere in via giudiziale una sentenza di merito che faccia luogo di un contratto non concluso)³³.

PAOLO COMOGLIO

Bibliografia

L. Arnaudo, «Le misure cautelari nel diritto *antitrust* comunitario e nazionale», in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 983; E. Camilleri, «La prova privilegiata "sbiadita" e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale "iuris tantum"», in *Foro it.*, 2023, c. 1667; F. Cintiola, «Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)», in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1209, Id., «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 109; M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012; C. Garilli, «Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia *antitrust*», in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 855; M. Granieri, «L'inibitoria e le misure cautelari nel diritto della concorrenza tra enforcement

³⁰ Cfr., in questo senso, Trib. Roma 21 luglio 2014 in *Annali it. dir. autore*, 2014, p. 981 e App. Milano 5 febbraio 1996; in senso conforme a tale orientamento, pur se con differenti sfumature, si vedano App. Milano 16 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 919, con nota di Guizzardi, App. Milano 23 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359 e in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di Genovese, e App. Roma 21 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3518.

³¹ App. Milano 19 aprile 2005.

³² Cfr., in questo senso, Trib. Trento 1° agosto 2016, in *Giur. dir. ind.*, 2016, p. 1158, App. Torino 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 371, con nota di Pagni e App. Milano 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3393, con nota di Marrorilli.

³³ In questo senso si veda App. Milano 23 luglio 2005, in *Rass. Dir. Farm.*, 2006, p. 15.

pubblico e privato – Un confronto tra ordinamenti», in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 263; M. Guernelli, «Class action e competenza *antitrust*», in *Dir. ind.*, 2010, p. 249; S. Lopopolo, «L'abuso di dipendenza economica alla prova dei mercati digitali tra presunzione e misure cautelari», in *Foro it.*, 2023, c. 432; Gu. Olivieri, «I nuovi poteri cautelari dell'autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto comunitario e diritto interno», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, 51; G. Oppo, «Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza», in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 543; L.F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo – Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla costituzione europea*, II ed., Milano, 2018; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente – Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*,

Milano, 2005; L. Querzola, «La tutela cautelare *antitrust* fra processo e amministrazione: riflessioni minime», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 279; A.A. Romano, «L'attuazione delle regole di concorrenza fra "private" e "public enforcement": contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti», in *Giusto proc. civ.*, 2022, p. 665, M. Scuffi, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale – Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale*, Milano, 2009; Id., «Le sezioni specializzate in funzione di «giudice unico» della concorrenza», in *Dir. ind.*, 2011, p. 271; L. Sordelli, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998; M.S. Spolidoro, «Provvedimenti provvisori del diritto industriale», in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 359; M. Tavaszi – M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.

L'AZIONE DI CLASSE PER VIOLAZIONI DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Legittimazione attiva. – **III.** Legittimazione passiva. – **IV.** Introduzione del giudizio e competenza. – **V.** Riunione delle azioni. – **VI.** Requisiti di ammissibilità dell'azione. – VI.1. Non manifesta infondatezza. – VI.2. Omogeneità dei diritti. – VI.3. Conflitto di interessi. – VI.4. Adeguatezza del proponente. – **VII.** Giudizio di ammissibilità. – **VIII.** Sospensione del giudizio. – **IX.** Trattazione e decisione. – **X.** Adesioni. – **XI.** Progetto dei diritti individuali omogenei. – **XII.** Impugnazioni. – **XIII.** Transazioni. – **XIV.** Spese del giudizio. – **XV.** Disciplina transitoria.

I. Introduzione

Molte violazioni del diritto della concorrenza causano alle vittime della violazione danni individuali di scarsa entità. Pertanto, una tutela efficace del diritto al risarcimento del danno causato da queste violazioni richiede una qualche forma di aggregazione delle pretese risarcitorie, che consenta alle vittime della violazione di suddividere tra loro i costi e i rischi dell'azione giudiziale o comunque di raggiungere le economie di scala necessarie per avere accesso al mercato del finanziamento della lite¹.

In Italia, per le violazioni antecedenti il 18 aprile 2020 i soli consumatori (e non anche le imprese) possono promuovere un'azione di classe *ex art. 140-bis c. cons.* (la c.d. vecchia azione di classe). Per le violazioni successive a questa data sia le imprese

che i consumatori (ma anche gli enti pubblici) possono promuovere un'azione di classe *ex art. 840-bis ss. c.p.c.* (la c.d. nuova azione di classe). Invece, per le violazioni del diritto della concorrenza non è disponibile l'azione rappresentativa *ex art. 140-ter c. cons.* Infatti, questo tipo di violazione non è ricompresa nell'elenco di violazioni per le quali può essere promossa la nuova azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori².

Rispetto alla disciplina previgente, la nuova azione di classe ha le seguenti caratteristiche fondamentali: *i)* l'azione può essere promossa non solo nell'interesse dei consumatori, ma anche nell'interesse di qualsiasi altro tipo di vittima di una violazione *antitrust* (ad esempio, nell'interesse di piccole o medie imprese); *ii)* i soggetti interessati ad aderire all'azione non hanno l'onere di aderire prima dell'avvio della fase istruttoria, ma possono aderire anche dopo che è stata pronunciata la sentenza che accerta la violazione e condanna l'impresa resistente al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito; *iii)* oltre alle due fasi relative rispettivamente al giudizio di ammissibilità e a quello di merito, è prevista una terza fase dedicata all'esame della posizione dei singoli aderenti; *iv)* è prevista una specifica disciplina dei costi del giudizio, la quale indirettamente influisce sul finanziamento dell'azione.

In questa terza edizione del Dizionario verrà trattata la nuova azione di classe. Per una trattazione della vecchia azione di classe si rinvia alla prima edizione del Dizionario.

¹ Cfr. C. giust. Ue, 28 gennaio 2025, *ASG 2*.

² Allegato II-*septies c. cons.*

II. Legittimazione attiva

L'azione di classe può essere promossa nell'interesse di qualsiasi categoria di soggetti abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza: consumatori, imprese, professionisti o enti pubblici.

L'azione di classe può essere promossa non solo nell'interesse di soggetti che hanno subito un danno avendo acquistato il bene o servizio oggetto della violazione direttamente dalle imprese che hanno partecipato alla violazione (c.d. acquirenti diretti), ma anche nell'interesse di soggetti che non hanno acquistato direttamente da queste imprese, ma sui quali il danno sia stato trasferito per effetto di un aumento dei prezzi lungo la catena produttiva o distributiva (c.d. acquirenti indiretti)³. Inoltre, l'azione di classe può essere promossa anche nell'interesse di soggetti che hanno acquistato da imprese che non hanno partecipato alla violazione, ma che hanno potuto alzare il prezzo approfittando dell'effetto inflazionistico del cartello, o – come usa dirsi – “sotto l'ombrello” del cartello (c.d. *umbrella claimant*)⁴.

L'azione di classe può essere proposta da qualsiasi vittima della violazione in nome proprio e nell'interesse proprio e degli altri componenti della classe che aderiranno all'azione, oppure da un'organizzazione o da un'associazione senza scopo di lucro rappresentativa degli interessi delle vittime della violazione, la quale propone l'azione in nome proprio, ma nell'interesse esclusivo dei componenti della classe che aderiranno all'azione. A questo fine è necessario che il proponente sia iscritto nell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni legittimate a promuovere le azioni di classe istituito presso il Ministero della giustizia (art. 840-*bis*, comma 2, c.p.c.).

Non sono invece legittimati a proporre in nome proprio un'azione di classe i comitati costituiti in occasione di una specifica violazione del diritto della concorrenza (ad esempio, un ipotetico comitato delle imprese di autotrasporto vittime del cartello degli autocarri). Infatti, il proponente non può ottenere una legittimazione *ad hoc* da parte del Tribunale adito, ma deve avere conseguito una legittimazione *ex ante* mediante l'iscrizione nell'apposito elenco. Tuttavia, nulla vieta a un ipotetico comitato costituito *ad hoc* di proporre un'azione di classe, non in nome proprio, ma in nome e per conto di uno o più soggetti dai quali abbia ricevuto mandato. In questo caso, come peraltro già in base alla disciplina precedentemente in vigore, questo ipotetico comitato avrà l'onere di indicare specificamente l'identità dei soggetti in nome e per conto dei quali agisce in giudizio⁵.

III. Legittimazione passiva

L'azione di classe può essere proposta sia nei confronti di imprese, che nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività (art. 840-*bis*, comma 3, c.p.c.). Pertanto, per quanto riguarda le violazioni del diritto *antitrust*, si deve ritenere che la nuova azione di classe possa essere proposta nei confronti di qualsiasi soggetto eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, indipendentemente dal suo *status* giuridico (persona fisica o giuridica, ente di diritto privato o pubblico) o dalle sue modalità di finanziamento, secondo la

³ Art. 12, par. 1, dir. 2014/104/UE.

⁴ Cfr. C. giust. UE, 5 giugno 2014, *Kone*.

⁵ Cfr. Trib. Genova (ord.) 13 giugno 2014, *Comitato Difesa del Risparmio c. CARIGE*.

definizione di impresa adottata ai sensi e per gli effetti degli art. 101 e 102 TFUE⁶.

Per le violazioni del diritto della concorrenza sussiste una responsabilità solidale con diritto di regresso tra tutte le imprese che hanno partecipato alla stessa violazione (art. 11, dir. 2014/104/Ue). Pertanto, può essere promossa un'unica azione di classe nei confronti di ciascuna impresa corrispondente anche nell'interesse degli acquirenti diretti o indiretti di tutte le altre imprese che hanno partecipato alla stessa violazione. In particolare, il proponente non ha l'onere di proporre l'azione nei confronti di tutte queste imprese, ma può liberamente decidere di agire nei confronti di solamente una o alcune di esse. Infatti, non sussiste una situazione di litisconsorzio necessario tra tutte le imprese solidalmente responsabili⁷.

Nel caso in cui l'azione di classe sia stata proposta solamente nei confronti di una o alcune delle imprese che hanno partecipato alla violazione, queste hanno la facoltà di chiamare in causa le altre imprese che siano rimaste estranee al giudizio, anche al fine di esercitare l'azione di regresso nei loro confronti. Tuttavia, il Tribunale non ha l'obbligo di autorizzare la chiamata in causa delle altre imprese corresponsabili, ma può negare l'autorizzazione per ragioni di economia processuale⁸. A questo fine, il Tribunale dovrà tenere conto, da una parte, dell'interesse dell'impresa resistente a rendere l'eventuale sentenza di condanna opponibile anche alle altre imprese corresponsabili e, dall'altra parte, del contrapposto interesse del ricorrente e delle altre vittime della violazione a che il giudizio sia contenuto entro limiti ragionevoli di complessità e durata.

Regole particolari valgono per il caso in cui una delle imprese che hanno partecipato alla violazione abbia ottenuto l'immunità dalla sanzione amministrativa, avendo per prima denunciato l'esistenza della violazione all'autorità garante della concorrenza (Commissione europea o AGCM). In questo caso, l'impresa immune non risponde in via solidale per il danno subito dalle vittime della violazione che non siano propri acquirenti diretti o indiretti, salvo che queste vittime non dimostrino l'impossibilità di ottenere il risarcimento da tutte dalle altre imprese che hanno partecipato alla violazione (ad esempio, perché sono diventate tutte insolventi) (art. 11, par. 4, dir. 2014/104/Ue). Pertanto, salvo casi eccezionali, non può essere promossa un'unica azione di classe nei confronti della sola impresa immune nell'interesse di tutte le vittime della violazione. Piuttosto, al fine di far valere in giudizio il diritto di tutte le vittime della violazione, è necessario promuovere un'unica azione di classe nell'interesse di tutte le vittime della violazione nei confronti di una o alcune delle altre imprese corresponsabili che non hanno ricevuto l'immunità, oppure due distinte azioni di classe: la prima nei confronti della sola impresa immune nell'interesse dei soli suoi acquirenti diretti o indiretti; la seconda nei confronti di una o alcune delle altre imprese corresponsabili nell'interesse di tutte le altre vittime della violazione. Considerazioni analoghe valgono anche per le azioni proposte contro Piccole o Medie Imprese, le quali pure a certe condizioni sono responsabili esclusivamente nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti (art. 11, par. 2-3, dir. 2014/104/Ue).

⁶ Cfr. C. giust. Ue, 19 marzo 2019, C-724/17, *Skanska*, la quale ha precisato che la definizione europea di impresa vale anche ai fini dell'individuazione del legittimato passivo in un'azione di risarcimento del danno.

⁷ Tra le molte v. Cass., sez. III, 6 aprile 2006, n. 8105.

⁸ Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309.

IV. Introduzione del giudizio e competenza

Diversamente dall'azione di classe precedentemente in vigore, che si proponeva con citazione in giudizio, la nuova azione di classe si propone con ricorso.

Come regola generale, per i giudizi introdotti con l'azione di classe la competenza esclusiva appartiene alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha la sede la parte resistente (art. 840-ter, comma 1, c.p.c.). Tuttavia, in caso di violazione del diritto della concorrenza nazionale o europeo, la competenza appartiene esclusivamente alle sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali di Milano (per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano), Roma (per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari) e Napoli (per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto, Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria) (art. 4, comma 1-ter, d.lgs. 168/2003). Pertanto, l'azione di classe per una violazione del diritto della concorrenza deve essere proposta davanti alla sezione specializzata in materia di impresa di uno di questi tre Tribunali.

L'azione deve avere per oggetto l'accertamento della violazione e la condanna al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito. Non è ammissibile un'azione di classe che abbia per oggetto il solo accertamento della violazione, riservando a un giudizio successivo la condanna al risarcimento del danno o alla restituzione (c.d. biforcazione)⁹. Questa regola vale anche per il caso in cui l'azione sia stata proposta

in nome proprio da un'organizzazione o da un'associazione legittimata. Anche in questo caso, il ricorrente deve avere cura di chiedere non solo l'accertamento della violazione, ma anche la condanna al risarcimento del danno o alla restituzione, ovviamente non a favore dello stesso ricorrente (che non fa valere interessi propri), ma a favore dei componenti della classe che aderiranno all'azione. In particolare, anche nel caso in cui il danno individuale è talmente ridotto da far ritenere che un numero molto basso di vittime aderirà all'azione, non è ammesso che l'organizzazione o l'associazione chieda che il resistente sia condannato a pagare una somma di denaro a una "causa prossima" (ad esempio, a favore di un fondo di solidarietà) (c.d. *cy pres*).

V. Riunione delle azioni

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere pubblicato, a cura della cancelleria, entro dieci giorni dal deposito del decreto, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia (art. 840-ter, comma 2, c.p.c.). Decorsi sessanta giorni dalla data della pubblicazione del ricorso non possono essere proposte nuove azioni di classe "sulla base dei medesimi fatti" e "nei confronti del medesimo resistente". Le azioni proposte prima di questo termine sono riunite alla prima (art. 840-quater, comma 1, c.p.c.). Pertanto, tutte le pretese fondate sui medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente devono essere trattate nell'ambito di un unico giudizio di classe e decise con un'unica sentenza (c.d. consumazione dell'azione di classe).

Anche dopo il decorso del termine di sessanta giorni dalla pubblicazione del ricorso nell'area pubblica, può comunque essere proposta una nuova azione di classe, quando quella precedentemente proposta sia stata

⁹ Cfr. App. Torino (ord.) 27 ottobre 2010, *Codacons c. Intesa Sanpaolo*.

dichiarata inammissibile, ad esempio per l'esistenza di un conflitto di interessi tra il ricorrente e il resistente o per l'inadeguatezza del ricorrente a curare gli interessi della classe, oppure quando sia stata dichiarata estinta prima di essere decisa nel merito, ad esempio per effetto di una transazione tra il ricorrente e il resistente con conseguente abbandono o rinuncia agli atti della causa (art. 840-*quater*, comma 2, c.p.c.). In quest'ultimo caso, è fatta espressamente salva anche l'eventualità che un soggetto che si era limitato ad aderire all'azione si renda disponibile ad assumere le vesti di ricorrente e quindi a proseguire l'azione (art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c.).

A mio avviso sussistono i presupposti per la riunione necessaria prevista dalla disciplina speciale dell'azione di classe (art. 840-*quater*, comma 1, c.p.c.), anche nel caso in cui, a fronte di una stessa violazione, siano state promosse distinte azioni di classe, nell'interesse rispettivamente di acquirenti diretti e acquirenti indiretti. Infatti, in questo caso, si deve ritenere che l'azione sia stata promossa "sulla base dei medesimi fatti", nel senso che la violazione della concorrenza contestata è la stessa.

Più complesso è il caso in cui, a fronte di una stessa violazione, siano state promosse distinte azioni di classe nei confronti di diverse imprese che hanno partecipato alla stessa violazione. In questo caso, non si può dire che le azioni siano state promosse "nei confronti dello stesso resistente". Tuttavia, in questo caso, pur non ricorrendo i presupposti per la riunione necessaria prevista dall'art. 840-*quater*, comma 1, c.p.c., sussistono i presupposti per la riunione facoltativa prevista dalla disciplina comune in caso di contemporanea pendenza di più cause tra loro connesse davanti allo stesso Tribunale (art. 274 c.p.c.) o davanti a Tribunali differenti (art. 40 c.p.c.). Pertanto, a seconda delle circostanze del caso, il Tribunale, il Presidente del Tribunale, oppure il Tribunale succes-

sivamente adito dovranno valutare l'opportunità di compiere gli atti necessari per disporre o provocare la riunione di queste distinte azioni.

In caso di riunione di distinte azioni di classe proposte nell'interesse rispettivamente di acquirenti diretti o indiretti, si determina un conflitto di interessi tra i diversi componenti della classe, dal momento che la soddisfazione dell'interesse degli acquirenti diretti tipicamente va a detrimento della soddisfazione dell'interesse degli acquirenti indiretti, e viceversa. Pertanto, il Tribunale deve avere cura di distinguere tra diverse sottoclassi (rispettivamente, per gli acquirenti diretti e indiretti), ciascuna delle quali deve essere assistita da un diverso legale¹⁰. In questo modo, viene eliminato il rischio del conflitto di interessi. Con questo accorgimento, la riunione di queste distinte azioni ha il vantaggio di consentire un migliore coordinamento delle pretese degli acquirenti diretti e indiretti, così come auspicato dalla direttiva 2014/104/Ue¹¹.

Nel caso in cui siano state proposte distinte azioni di classe nei confronti di diverse imprese che hanno partecipato alla stessa violazione accertata da un'autorità della concorrenza, il Tribunale dovrà tenere conto del fatto se la decisione dell'autorità è stata impugnata da tutte le imprese, ovvero se essa è diventata definitiva nei confronti di alcune e non di altre (ad esempio perché alcune imprese hanno rinunciato alla facoltà di impugnare la decisione per avere ottenuto l'immunità totale o una riduzione della sanzione). Infatti, l'azione promossa nei confronti delle imprese che hanno impugnato la decisione dell'autorità garante della concorrenza potrebbe

¹⁰ Vedi l'azione di classe proposta davanti al Competition Appeal Tribunal dalla Road Haulage Association per il cartello degli autocarri, e in particolare la decisione della High Court of Justice, 25 luglio 2023, Road Haulage Association Ltd. vs Man SE and others, [2023] EWCA Civ 875.

¹¹ Vedi il considerando n. 44.

dover essere sospesa sino al momento in cui la decisione non è divenuta definitiva. Invece, l'azione promossa nei confronti delle imprese che non hanno impugnato la decisione (ad esempio, l'impresa immune) non è suscettibile di sospensione. Pertanto, la riunione di queste distinte azioni avrebbe l'effetto di imporre ai ricorrenti che hanno agito contro le imprese corresponsabili che non hanno impugnato la decisione l'onere di attendere l'esito di un giudizio che non li riguarda.

VI. Requisiti di ammissibilità dell'azione

Prima dell'inizio della fase della trattazione della causa, il Tribunale deve pronunciarsi con ordinanza sull'ammissibilità dell'azione (art. 840-ter, commi 4-8, c.p.c.). L'azione è inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi tra il ricorrente e il resistente, quando i diritti fatti valere dal ricorrente non sono omogenei ai diritti degli altri membri della classe e, infine, quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe (art. 840-ter, comma 4, c.p.c.). Nonostante la legge non lo disponga espressamente, si deve ritenere che la mancanza di una qualunque di queste condizioni di ammissibilità dell'azione debba essere rilevata d'ufficio dal Tribunale¹². Infatti, tutte queste condizioni di ammissibilità sono poste a tutela di interessi pubblici o di terzi che non sono parti del processo, quali l'interesse pubblico alla buona amministrazione della giustizia o l'interesse privato dei potenziali aderenti all'azione.

¹² Cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria, par. 8.

VI.1. Non manifesta infondatezza

Il requisito della non manifesta infondatezza svolge una duplice funzione. Da una parte, si vuole evitare che l'impresa convenuta sia esposta al discredito che può derivare dalla promozione di un'azione di classe quando essa è manifestamente infondata. Dall'altra parte, si vuole evitare che i soggetti che hanno subito un danno ingiusto rinuncino anche solo temporaneamente al diritto di agire su base individuale per aderire a un'azione di classe che non ha alcuna possibilità di portare a un risultato utile. Il Tribunale si pronuncia sulla non manifesta infondatezza all'esito di un giudizio sommario sulla base degli atti difensivi delle parti (ricorso, comparso di costituzione e risposta ed eventuali memorie autorizzate) e della documentazione da queste prodotta in giudizio. Il ricorrente non ha l'onere di dimostrare la veridicità dei fatti allegati, salvo che questi siano manifestamente falsi (il giudizio è quindi fondamentalmente ispirato al principio *si vera sunt exposita*)¹³. Tuttavia, esso ha l'onere di allegare un insieme di fatti che, se provati nel corso del giudizio, sarebbero sufficienti a condurre all'accertamento della violazione e alla condanna del resistente al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito. Diversamente, il giudizio successivo all'ammissione dell'azione di classe non potrebbe portare ad alcun risultato utile, né per il ricorrente, né per gli aderenti all'azione. Ad esempio, sarà manifestamente infondata l'azione in cui il ricorrente si sia limitato ad allegare il solo fatto di un contemporaneo e rilevante aumento dei prezzi praticati dalle imprese convenute. Infatti, come è noto, il solo aumento dei prezzi – per quanto rilevante – non è di per sé un fatto sufficiente a dimostrare l'esistenza di una violazione

¹³ App. Roma (ord.) 27 gennaio 2012, *Codacons c. BAT*.

*antitrust*¹⁴. Tipicamente, invece, non sarà manifestamente infondata un'azione di classe promossa in seguito a un accertamento di un'autorità garante della concorrenza (c.d. azioni *follow-on*), salvo che l'azione non sia stata promossa da soggetti che manifestamente non hanno subito un danno a causa della violazione accertata dall'autorità garante.

VI.2. Omogeneità dei diritti

Il requisito dell'omogeneità dei diritti svolge la funzione di consentire al Tribunale di verificare che sussistano i presupposti affinché tutte le pretese del ricorrente e dei potenziali aderenti all'azione possano essere decise nell'ambito di un'unica istruttoria comune a tutti i membri della classe¹⁵. Questo è il presupposto fondamentale affinché l'azione di classe possa svolgere la propria funzione di economia processuale. Diversamente, l'azione di classe si ridurrebbe a una somma di azioni individuali di difficile se non impossibile gestione. A questo fine, il Tribunale deve verificare che il ricorrente sia in grado di dimostrare (nel corso del giudizio) mediante mezzi di prova comuni a tutti i membri della classe tutti i presupposti dell'accertamento della responsabilità del resistente e della sua condanna al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito. Correlativamente, il Tribunale deve anche verificare che il resistente sia in grado di dimostrare mediante mezzi di prova comuni a tutti i membri della classe tutte le eccezioni e i fatti contrari all'accertamento della propria responsabilità e alla conseguente condanna al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito.

Nel valutare la sussistenza di questi presupposti, il Tribunale dovrà anche tenere conto del margine di valutazione individuale che la nuova disciplina dell'azione di classe gli consente di svolgere nella fase, successiva alla sentenza di condanna, di liquidazione del danno a favore dei singoli aderenti (art. 840-*octies* c.p.c.).

Tipicamente nelle azioni di classe *antitrust* il ricorrente deve dimostrare la possibilità di una prova comune: *i*) della violazione; *ii*) del nesso di causalità, ovvero del fatto che la violazione ha causato un danno a tutti i membri della classe; e *iii*) del *quantum* del danno risarcibile. Nel caso in cui la violazione consista in un cartello già accertato da una decisione definitiva di un'autorità garante della concorrenza (c.d. azioni *follow-on*), l'onere del ricorrente è notevolmente agevolato. Infatti: *i*) la sussistenza della violazione è già stata accertata dall'autorità garante della concorrenza con decisione vincolante per il Tribunale (art. 9, par. 1, dir. 2014/104/Ue); *ii*) si presume che il cartello abbia causato un danno (art. 17, par. 2, dir. 2014/104/Ue); *iii*) come precisato nella disciplina previgente, si deve ritenere che anche nella nuova disciplina il Tribunale possa individuare un criterio omogeneo per la valutazione del risarcimento spettante in via equitativa al ricorrente e agli aderenti (ad esempio, una percentuale del prezzo pagato)¹⁶.

Anche nel caso di un cartello, rimane comunque ferma la possibilità che il resistente dimostri che per una qualche ragione la violazione – pur essendo diretta a determinare un aumento del prezzo – eccezionalmente non ha causato alcun danno agli acquirenti diretti o indiretti (nel qual caso, l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile perché manifestamente infondata), oppure che ha causato un danno ad alcuni acquirenti e non ad altri (nel quale caso

¹⁴ Cfr. negli USA con specifico riferimento a un'azione di classe *antitrust*, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 127 S.Ct 1955 (2007).

¹⁵ Cfr. Cass., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, *Altroconsumo et al. c. Trenord*.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.

l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile per difetto del requisito dell'omogeneità dei diritti). Ad esempio, il convenuto potrà cercare di dimostrare già nella fase preliminare del giudizio che l'intesa restrittiva della concorrenza non ha mai avuto esecuzione, oppure che alcuni acquirenti diretti o indiretti non sono stati interessati dagli effetti negativi dell'intesa, perché ad esempio godono di un regime tariffario "bloccato" in base alla legge o per contratto. In questo secondo caso, nulla vieta che il ricorrente, precisando o modificando le proprie domande e conclusioni, chieda che la classe sia definita in modo tale da escludere i soggetti i quali non si trovino in una posizione omogenea rispetto al ricorrente e agli altri membri della classe¹⁷.

Per le ragioni esposte, si deve ritenere che il requisito dell'omogeneità dei diritti dovrebbe essere agevolmente soddisfatto quando l'azione sia stata promossa nell'interesse di una classe di consumatori acquirenti diretti. Infatti, nella normalità dei casi, i consumatori si trovano in una posizione omogenea tra loro per la semplice ragione che le imprese hanno interesse a imporre a tutti i propri clienti consumatori condizioni contrattuali e politiche commerciali comuni. È prevedibile invece che il requisito dell'omogeneità dei diritti sia più problematico per le azioni di classe proposte nell'interesse di consumatori acquirenti indiretti. Infatti, in questi casi il prodotto o servizio oggetto della violazione *anti-trust* è interessato da diversi passaggi tra l'impresa che ha partecipato alla violazione e il consumatore finale, i quali possono amplificare le differenze esistenti tra i diversi consumatori e quindi far sì che non sia possibile ritenere che nella specie i diritti di tutti i membri della classe siano omogenei tra loro.

In ogni caso, si deve ritenere che il requisito dell'omogeneità dei diritti non debba essere interpretato in modo così rigoroso da rendere l'ammissione di un'azione di classe eccessivamente difficile o praticamente impossibile. Ciò si deduce agevolmente dalla scelta del legislatore italiano di adottare il requisito dell'omogeneità dei diritti, meno restrittivo di quello dell'identità dei diritti. Inoltre, un approccio non eccessivamente rigoroso è suggerito dalla considerazione che anche nella nuova disciplina dell'azione di classe il legislatore italiano ha mantenuto una serie di cautele (onere di adesione, valutazione preliminare nel merito, condanna alle spese per la parte soccombente, ecc.), tali da far ritenere che il rischio di abusi da parte del ricorrente sia praticamente inesistente.

VI.3. Conflitto di interessi

L'azione è inammissibile quando sussiste un conflitto di interessi tra il ricorrente e il resistente. Nonostante la disciplina non lo preveda espressamente, si deve ritenere che l'azione sia inammissibile anche quando sussiste un conflitto di interessi tra i membri della classe, così come definita dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio¹⁸. Quanto al primo caso, viene in mente l'esempio quasi di scuola del comitato organizzato o finanziato segretamente dallo stesso resistente al fine di promuovere un'azione di classe destinata a non andare a buon fine. Quanto al secondo caso, invece, viene in mente l'esempio del ricorrente che proponga un'azione di classe nell'interesse sia degli acquirenti diretti che degli acquirenti indiretti delle imprese che hanno partecipato alla violazione. In questo secondo caso, come detto, gli acquirenti del

¹⁷ Con riferimento alla disciplina previgente v. Trib. Milano (ord.) 20 dicembre 2010, *Codacons c. Voden Medical Instruments*.

¹⁸ La rilevanza del conflitto di interessi tra i membri della classe è stata ammessa come *obiter dictum* da Trib. Roma (ord.) 11 aprile 2011, *Codacons c. BAT*.

primo tipo avrebbero interesse a negare il trasferimento del danno, mentre gli acquirenti del secondo tipo avrebbero l'interesse opposto. Tuttavia, in un caso di questo tipo, c'è da dubitare che l'azione sia ammissibile, non tanto per il conflitto di interessi, quanto ancora prima per la mancanza dei requisiti dell'omogeneità dei diritti e dell'adeguatezza del ricorrente, il quale pretende di rappresentare al tempo stesso gli interessi degli acquirenti diretti e degli acquirenti indiretti. Come detto, invece, non dovrebbero esserci ostacoli a riunire distinte azioni di classe promosse nell'interesse rispettivamente degli acquirenti diretti e indiretti, avendo però cura di creare distinte sotto-classi, ciascuna delle quali assistita da un legale autonomo e indipendente. Infatti, in questo caso, non solo non sussisterebbe un conflitto di interessi tra i diversi componenti di ciascuna sotto-classe, ma relativamente a ciascuna sotto-classe sussisterebbe sia il requisito dell'omogeneità dei diritti, che quello dell'adeguatezza del ricorrente che pretende di curarne gli interessi in giudizio.

VI.4. Adeguatezza del proponente

Infine, l'azione è inammissibile quando il ricorrente non appare in grado di curare in modo adeguato l'interesse della classe. In particolare, nel caso in cui l'azione sia stata proposta personalmente da una delle vittime della violazione, si deve ritenere che il Tribunale debba valutare la capacità finanziaria del ricorrente a fare fronte ai costi e ai rischi dell'azione, anche in caso di soccombenza e quindi di condanna a pagare le spese di controparte. Invece, nel caso in cui l'azione sia stata proposta da un'associazione iscritta nell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni legittimate all'azione di classe *ex art. 196-ter* delle disposizioni di attuazione del c.p.c., si deve ritenere che

sussista una presunzione relativa di adeguatezza, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza in base alla disciplina previgente a favore delle associazioni iscritte all'elenco delle associazioni di consumatori e utenti rappresentative a livello nazionale istituito *ex art. 137 cod. cons.*¹⁹. Peraltro, si deve ritenere che il requisito dell'adeguatezza possa rilevare anche sotto profili diversi dalla mera capacità finanziaria. Ad esempio, potrebbe essere dichiarata inammissibile per inadeguatezza l'azione mediante la quale il ricorrente chiedi la condanna del resistente al risarcimento di solo una parte del danno causato dalla violazione *antitrust*. In questo caso, la mancata ammissione dell'azione di classe servirebbe a impedire che gli aderenti siano privati del diritto di agire individualmente per ottenere il risarcimento di quella parte di danno arbitrariamente lasciato fuori dall'azione di classe. Infatti, in base al principio della cd. infrazionabilità della domanda di risarcimento del danno, i soggetti che hanno aderito all'azione non possono proporre nuove azioni individuali, neppure per chiedere il risarcimento di quella parte del danno non richiesta nell'ambito dell'azione di classe²⁰.

VII. Giudizio di ammissibilità

Il Tribunale decide sull'ammissibilità dell'azione con ordinanza entro trenta giorni dalla prima udienza (*art. 840-ter*, comma 3, c.p.c.). Come già nella disciplina previgente, si deve ritenere che, anche nella nuova disciplina, quando lo richieda la complessità delle questioni da trattare, la prima udienza possa essere rinviata e

¹⁹ Trib. Napoli (ord.) 9 dicembre 2011, *Assoconsum c. Banca della Campania*, confermata sul punto da App. Napoli (ord.) 29 giugno 2012.

²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.

che la trattazione non debba essere necessariamente orale, ma che le parti possano essere autorizzate a depositare memorie scritte nel rispetto del principio del contraddittorio²¹. Infatti, come vedremo, nonostante la nuova disciplina preveda l'applicazione del rito sommario di cognizione, l'azione di classe di norma non si presta a una trattazione sommaria.

Nel caso in cui l'azione sia dichiarata ammissibile, il Tribunale definisce la classe (e cioè individua i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione) e fissa un termine perentorio non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza nel portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia per aderire all'azione (art. 840-*quinquies*, comma 1, c.p.c.). Tuttavia, come vedremo, diversamente che nella vecchia, nella nuova azione di classe è possibile aderire anche dopo che è stata pubblicata la sentenza che accoglie la domanda del ricorrente.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione è reclamabile davanti alla Corte d'Appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o, se anteriore, dalla sua notificazione. Sul reclamo la Corte decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre trenta giorni dal deposito del ricorso. Nel caso in cui il Tribunale abbia ammesso l'azione, il reclamo non sospende il procedimento davanti al Tribunale (art. 840-*ter*, comma 7, c.p.c.). Nel caso in cui l'azione sia stata dichiarata inammissibile perché manifestamente infondata, il ricorrente la può riproporre quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano

dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto (art. 840-*ter*, comma 6, c.p.c.). Se ne deduce, *a contrario*, che quando l'azione di classe sia dichiarata inammissibile per altre ragioni (sussistenza di un conflitto di interessi, inadeguatezza del ricorrente, non omogeneità dei diritti fatti valere), il ricorrente non può riproporre l'azione²². Tuttavia, l'azione potrà essere proposta da un altro ricorrente, il quale in ipotesi non si trovi in una situazione di conflitto di interessi o possa tutelare adeguatamente gli interessi degli altri componenti della classe. Ovviamente, nel caso in cui l'azione sia stata dichiarata inammissibile per mancanza del requisito di omogeneità dei diritti, il nuovo ricorrente dovrà avere cura di modificare le domande e/o la definizione della classe in modo che sia soddisfatto anche questo requisito.

Come precisato dalla giurisprudenza con riferimento alla disciplina della vecchia azione di classe, si deve ritenere che anche nella nuova non sia ammissibile il ricorso in Cassazione contro la decisione della Corte d'appello che decide sull'ammissibilità dell'azione, sia nel caso in cui l'azione sia stata ammessa²³, che nel caso opposto in cui sia stata dichiarata inammissibile²⁴. Infatti, anche nel vigore della nuova disciplina, questi provvedimenti non hanno il carattere della decisorietà, richiesto al fine dell'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione *ex* art. 11, comma 7, Cost. In particolare, nel caso in cui la Corte d'appello abbia dichiarato l'azione inammissibile, il ricorrente (che non sia un'organizzazione o un'associazione legittimata) riacquista la facoltà di promuovere un'azione individuale. Inoltre, come detto, la stessa azione

²² Nello stesso senso, con riferimento alla disciplina previgente, v. Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610, *Codacons c. BAT*.

²³ Cass., sez. III (ord.), 23 marzo 2018, n. 7245, *Altroconsumo c. Trenord*; Cass., sez. I, 21 novembre 2016, n. 23631, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*.

²⁴ Cass., sez. un., n. 2610/2017, cit.

²¹ Trib. Milano (ord.) 20 dicembre 2010, *Codacons c. Voden Medical Instruments*, confermata sul punto da App. Milano (ord.) 3 maggio 2011.

di classe può essere proposta da un nuovo ricorrente. Invece, nel caso in cui la Corte d'appello abbia ammesso l'azione di classe, il resistente conserva la facoltà di chiedere un riesame della sussistenza dei requisiti di ammissibilità, impugnando l'eventuale sentenza che dovesse accogliere nel merito le domande del ricorrente.

VIII. Sospensione del giudizio

Il Tribunale può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo (art. 840-ter, comma 3, c.p.c.). Questa disposizione deve essere coordinata con quelle che prevedono che il giudice ordinario è vincolato dalle decisioni definitive della Commissione Ue (art. 16, par. 1, reg. 1/2003) e dalle decisioni definitive dell'AGCM che accertano una violazione della concorrenza (art. 7, comma 1, d.lgs. 3/2017; art. 9, par. 1, dir. 2014/104/Ue) e con quella che prevede che una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza di un altro Stato membro che accerta una violazione della concorrenza costituisce prova *prima facie* dell'esistenza della violazione (art. 7, comma 2, d.lgs. 3/2017; art. 9, par. 2, dir. 2014/104/Ue).

Nonostante il Tribunale chiamato a pronunciarsi su un'azione di classe per una violazione del diritto della concorrenza sia vincolato dalle decisioni definitive sia della Commissione europea che dell'AGCM, la pendenza di un'istruttoria davanti a una di queste autorità non determina una ipotesi di sospensione necessaria del giudizio *ex art. 295 c.p.c.*²⁵. Infatti, per quanto riguarda le decisioni della Commissione,

è lo stesso regolamento comunitario a precisare che le autorità giudiziarie nazionali “*possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati*” (art. 16, par. 1, reg. 1/2013). Inoltre, per quanto riguarda le decisioni dell'AGCM, si può rilevare che la pendenza di un procedimento amministrativo non dà luogo a una situazione di pregiudizialità necessaria. In particolare, la legge si limita a stabilire che una violazione accertata da una decisione definitiva dell'AGCM deve ritenersi definitivamente accertata anche ai fini dell'azione per il risarcimento del danno (art. 7, comma 1, d.lgs. 3/2017). Pertanto, nulla vieta che il Tribunale accerti la sussistenza di una violazione della concorrenza, che invece è stata ritenuta insussistente dall'AGCM (essendo anche diverso il relativo onere probatorio: “oltre ogni ragionevole dubbio” per l'applicazione della sanzione amministrativa; “più probabile che no” per la condanna al risarcimento del danno).

Infine, nonostante la nuova disciplina non lo preveda espressamente, si deve ritenere che l'ordinanza del Tribunale che sospende il giudizio *ex art. 16, par. 1, reg. 2014/101/Ue* o *ex art. 840-ter, comma 3, c.p.c.*, può essere oggetto di regolamento di competenza in Cassazione *ex art. 42 c.p.c.* Infatti, è pacifico in giurisprudenza che, in mancanza di mezzi di ricorso specifici, il regolamento di competenza è disponibile anche per le cause di sospensione diverse da quella necessaria²⁶.

IX. Trattazione e decisione

La nuova disciplina dell'azione di classe dispone che il procedimento è regolato

è stata impugnata: cfr. Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027.

²⁶ Cass., sez. VI (ord.), 25 maggio 2016, n. 10880.

²⁵ A maggior ragione, il Tribunale non è obbligato a sospendere il giudizio quando la decisione della Commissione europea o quella dell'AGCM

dal rito semplificato di cognizione di cui agli art. 281-*decies* ss. c.p.c., precisando che non può essere disposto il mutamento del rito (art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c.). Come noto, il rito semplificato di cognizione è caratterizzato: *i*) dall'informalità; e *ii*) dalla natura sommaria dell'istruttoria. Esso è funzionale a consentire una più celere definizione delle controversie di natura più semplice, che non richiedono un'attività istruttoria complessa. Tuttavia, il giudizio di classe è per sua natura più complesso del giudizio individuale. Infatti, esso richiede tipicamente che tutti i presupposti dell'affermazione della responsabilità del resistente (violazione, nesso di causalità e danno risarcibile) siano accertati sulla base di criteri comuni a tutti i potenziali aderenti. Pertanto, mentre – come vedremo – la fase relativa alla verifica della posizione dei singoli aderenti deve essere svolta sulla base di un'istruttoria sommaria, la fase relativa all'accertamento della responsabilità e alla condanna del resistente al risarcimento del danno o alle restituzioni di norma richiede un'istruttoria piena di tipo non sommario. Ciò vale anche per le azioni di classe *antitrust*, dal momento che notoriamente l'accertamento dei presupposti o delle eccezioni alla responsabilità del resistente richiede accertamenti di fatto di tipo complesso. Ne consegue che il rinvio al rito semplificato di cognizione deve essere inteso nel senso che il giudizio di classe deve essere caratterizzato dall'informalità e solamente là dove ciò sia compatibile con le circostanze del caso concreto anche dalla sommarietà dell'istruttoria. Ad esempio, potrebbe essere ammissibile un'istruttoria sommaria nel caso in cui sia proposta un'azione di classe nell'interesse di consumatori acquirenti diretti nei confronti di imprese che hanno partecipato a un cartello già accertato da una decisione dell'autorità garante della concorrenza. In questo caso, infatti: *i*) la violazione è già stata accertata in via definitiva dall'autorità

garante della concorrenza; *ii*) trattandosi di acquirenti diretti si può presumere che essi abbiano pagato un sovrapprezzo a causa del cartello; *iii*) trattandosi di consumatori finali, non è ammissibile l'eccezione di trasferimento del danno; *iv*) trattandosi di rapporti tipicamente standardizzati, è possibile individuare un criterio omogeneo di calcolo del danno comune a tutti i consumatori che fanno parte della classe e pari a una percentuale del prezzo pagato da ciascuno di essi; *v*) trattandosi di danni tipicamente di scarsa entità, è possibile valutare l'entità di questa percentuale in via equitativa.

Dopo l'ammissione dell'azione (o contestualmente ad essa), il Tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio (art. 840-*quinquies*, comma 2, c.p.c.). La nuova disciplina precisa che, nel caso in cui debba essere nominato un consulente tecnico d'ufficio, le spese e l'acconto sul compenso del consulente devono essere posti a carico del resistente, salvo che sussistano specifici motivi (art. 840-*quinquies*, comma 3, c.p.c.). Questa innovazione consente di agevolare la posizione del ricorrente in un contesto in cui è già stato accertato che l'azione non è manifestamente infondata. Essa è particolarmente opportuna nel caso comune per le azioni di classe *antitrust* in cui la violazione sia già stata accertata da una decisione definitiva dell'autorità garante della concorrenza.

Nonostante la nuova disciplina preveda disposizioni specifiche in materia di esibizione delle prove nella disponibilità della controparte o di terzi, alle azioni di classe *antitrust* trovano applicazione le disposizioni speciali previste dagli art. 3. ss. d.lgs. 3/2017 di attuazione della dir. 2014/104/Ue (art. 6, comma 2, l. 31/2019). A grandi linee, queste disposizioni prevedono:

i) la possibilità di ottenere l'esibizione di elementi di prova e di rilevanti categorie di prova nella disponibilità di controparte o di terzi entro limiti molto più ampi di quelli consentiti dal rito ordinario, fermo restando il rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e tutela delle informazioni riservate (c.d. *discovery*); *ii)* specifiche sanzioni per il caso in cui una parte o un terzo si rifiuti senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del Tribunale, inclusa la possibilità per il giudice di ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce; *iii)* limiti alla possibilità di disporre l'esibizione da parte di controparte o della stessa autorità di documenti contenuti nel fascicolo istruttorio di un'autorità garante della concorrenza, e ciò al fine di tutelare l'efficacia del procedimento sanzionatorio e in particolare del programma di clemenza; *iv)* limiti alla possibilità di produrre in giudizio documenti ottenuti mediante l'esercizio del diritto di accedere al fascicolo istruttorio di un'autorità garante della concorrenza; *v)* divieto di fare commercio di questi documenti. Per una più approfondita descrizione di questa articolata disciplina si rinvia alla specifica voce di questo Dizionario.

Il giudizio è definito con sentenza resa nel termine di trenta giorni successivi alla discussione orale della causa (art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c.). Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, che deve essere pubblicata nell'area pubblica del portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia, il Tribunale tra le altre cose: *i)* provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie del ricorrente (salvo che l'azione sia stata proposta in nome proprio da un'organizzazione o associazione legittimata); *ii)* accerta che il resistente ha leso diritti individuali omogenei; *iii)* definisce i caratteri di questi diritti, specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti che possono

aderire; *iv)* stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità di questi diritti; *v)* dichiara aperta la procedura di adesione, fissando il termine perentorio non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni decorrente dalla data della pubblicazione della sentenza sul portale dei servizi telematici del Ministero per l'adesione da parte dei soggetti portatori dei diritti individuali omogenei lesi dal resistente; *vi)* nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; *vii)* nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare; *viii)* qualora necessario determina il fondo spese che ciascun aderente ha l'onere di versare per poter aderire all'azione (art. 840-*sexies* c.p.c.).

X. Adesioni

Come già l'azione di classe precedentemente in vigore, anche la nuova azione di classe è un'azione di tipo *opt-in*. Pertanto, le vittime della violazione che fanno parte della classe hanno l'onere di aderire all'azione se intendono avvantaggiarsi degli eventuali effetti favorevoli della sentenza che definisce il giudizio. Tuttavia, mentre la disciplina precedente imponeva a questi soggetti l'onere di aderire entro un certo termine dopo la pubblicazione dell'ordinanza di ammissione e quindi prima della decisione [art. 140-*bis*, comma 9, lett. b), c. cons.], la nuova disciplina consente a questi soggetti di aderire sia entro un certo termine dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissione (art. 840-*quinquies*, comma 1, c.p.c.), che entro un certo termine dopo la pubblicazione della sentenza che accerta la responsabilità del resistente [art. 840-*sexies*, comma 1, lett. e), c.p.c.]. Inoltre, mentre la disciplina precedente imponeva al proponente di dare pubblicità a proprie spese all'ordinanza

di ammissione nelle forme disposte dal Tribunale, la nuova disciplina prevede esclusivamente la pubblicità mediante la pubblicazione dei provvedimenti rilevanti sull'area pubblica dal portale dei servizi telematici del Ministero di giustizia. Entrambe queste innovazioni sono da valutare con favore. Infatti, la possibilità di aderire all'iniziativa di classe anche dopo la pubblicazione della sentenza avrà certamente l'effetto di aumentare il numero di adesioni, in un contesto in cui è già stato accertato che il resistente ha causato un danno ingiusto a ciascun componente della classe. Inoltre, l'abolizione dell'onere di pubblicare l'ordinanza di ammissione nelle forme disposte dal Tribunale (tipicamente mediante la pubblicazione su uno o più giornali a diffusione nazionale) avrà l'effetto di ridurre significativamente il costo dell'azione di classe, eliminando un adempimento che ha dimostrato di essere al tempo stesso molto costoso e del tutto inutile al fine di favorire le adesioni. Rimane ferma anche nel vigore della nuova disciplina la facoltà del soggetto che propone l'azione di classe di dare pubblicità alla propria iniziativa giudiziale nelle forme ritenute più appropriate al fine di ottimizzare il numero di adesioni, nel rispetto dei diritti della personalità del resistente.

Possono aderire all'azione tutti i soggetti che, essendo portatori di diritti individuali omogenei rispetto a quelli fatti valere dal ricorrente, rientrano nella classe così come definita dal Tribunale. Come abbiamo visto, il Tribunale definisce la classe due volte: una prima volta mediante l'ordinanza di ammissione dell'azione (art. 840-*quinquies*, comma 1, c.p.c.) e una seconda volta mediante la sentenza che accoglie le domande del ricorrente [art. 840-*sexies*, comma 1, lett. c)]. Nonostante la nuova disciplina non lo preveda espressamente, si deve ritenere che il Tribunale possa adottare nella sentenza una definizione parzialmente diversa da quella adottata

nell'ordinanza, avendo cura di precisare i caratteri dei diritti individuali omogenei anche alla luce dell'attività istruttoria svolta successivamente all'ammissione dell'azione. In un caso di questo tipo, le domande di coloro che hanno aderito all'azione confidando nella definizione della classe adottata con l'ordinanza, ma che non rientrano nella definizione adottata dalla sentenza, non potranno essere accolte.

Diversamente dalla disciplina precedente, la nuova disciplina opportunamente chiarisce le modalità di adesione. I soggetti interessati possono aderire mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici del Ministero di giustizia (art. 840-*septies*, comma 1, c.p.c.). La domanda è presentata su un modulo conforme a un modello approvato con decreto dello stesso Ministero. La sottoscrizione dell'aderente può essere autenticata nelle forme previste dall'art. 65 d.lgs. 82/2005 e in particolare allegando una copia di un documento di identità (art. 840-*septies*, comma 4, c.p.c.)²⁷. Sottoscrivendo il modulo di adesione l'aderente conferisce al rappresentante comune degli aderenti il potere di rappresentarlo e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale che processuale, relativi al diritto individuale omogeneo che l'aderente intende fare valere [art. 840-*septies*, comma 2, lett. h)].

Il soggetto che aderisce all'azione non è parte del giudizio. Pertanto, egli non può essere condannato alle spese in caso di soccombenza e non può impugnare l'eventuale sentenza che dovesse respingere l'azione²⁸. Di contro, nonostante la nuova disciplina non lo preveda espressamente, si

²⁷ Nel vigore della disciplina previgente, v. Cass., sez. I, 15 maggio 2019, n. 12997, *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*.

²⁸ Cfr. App. Milano, 26 agosto 2013, *Codacons c. Voden Medical Instrument*.

deve ritenere che il soggetto che abbia aderito prima della pronuncia della sentenza non sia vincolato da una eventuale pronuncia sfavorevole, ma possa promuovere un'azione individuale (arg. *ex art.* 840-*bis*, comma 4, in combinato disposto con l'art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c.). La domanda di adesione può essere presentata anche senza l'assistenza di un difensore. Tuttavia, nel caso in cui l'aderente decida di farsi assistere da un legale, questo ha diritto a un compenso determinato con decreto del Ministero della giustizia (art. 840-*octies*, comma 6, c.p.c.). La domanda di adesione produce gli stessi effetti della domanda giudiziale (art. 840-*septies*, comma 6, c.p.c.). In particolare, essa produce l'interruzione della prescrizione (art. 2943, comma 1, c.c.), la quale rimane sospesa sino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (art. 2945, comma 2, c.c.). Il legislatore italiano non ha avuto il coraggio di introdurre una regola per cui il deposito del ricorso da parte del soggetto che propone l'azione di classe interrompe la prescrizione non solo a favore del ricorrente (che non sia un'organizzazione o associazione che fa valere diritti altrui), ma anche a favore di tutti i soggetti che facendo parte della classe aderiranno all'azione²⁹. È per questo motivo che il legislatore italiano non ha potuto, come invece sarebbe stato più ordinato e razionale, prevedere un'unica finestra temporale per l'adesione all'azione (e precisamente dopo la pubblicazione della sentenza che accoglie il ricorso), ma ha dovuto prevedere anche la possibilità di aderire dopo la pubblicazione dell'ordinanza di ammissione. Infatti, una regola che avesse escluso la possibilità di aderire prima della pubblicazione della sentenza avrebbe comportato il rischio che per le

violazioni soggette a un termine di prescrizione breve o brevissimo (ad esempio, in materia di trasporto) i diritti dei soggetti interessati ad aderire fossero già prescritti prima dell'apertura della procedura di adesione³⁰.

XI. Progetto dei diritti individuali omogenei

La scelta di consentire ai membri della classe di aderire anche dopo la pubblicazione della sentenza che accoglie il ricorso ha comportato necessariamente l'introduzione di una fase di giudizio ulteriore rispetto alle due fasi di giudizio relative all'ammissibilità e al merito già previste dalla disciplina precedente. In questa terza fase, il Tribunale (mediante il giudice delegato nominato con la sentenza che accoglie il ricorso) accerta i diritti fatti valere dagli aderenti ed eventualmente condanna il resistente al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebito a loro favore. A questo fine, entro centoventi giorni dalla scadenza del termine previsto per le adesioni, il resistente ha la facoltà di depositare una memoria, dove prende posizione sui fatti che ciascun aderente ha posto a fondamento della propria domanda, eccependo eventuali fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere (art. 840-*octies*, comma 1, c.p.c.). Entro novanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito di questa memoria, il rappresentante comune degli aderenti predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno di essi le proprie motivate conclusioni (art. 840-*octies*, comma 2, c.p.c.). Entro trenta giorni dalla comunicazione del piano, il resistente e gli aderenti

²⁹ Questa regola è invece contemplata dall'art. 16, par. 2, dir. 2020/1828/Ue sulle azioni rappresentative a favore dei consumatori, recepito dall'art. 140-*duodecies* c. cons.

³⁰ Nel vigore della disciplina previgente, v. Cass., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, *Altroconsumo c. Trenord*.

possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.). Entro sessanta giorni dalla scadenza di quest'ultimo termine, il rappresentante comune degli aderenti apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo istruttorio (art. 840-*octies*, comma 4, c.p.c.).

Il giudice delegato pronuncia sulle domande degli aderenti con decreto motivato, con il quale se del caso condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o restituzione (art. 840-*octies*, comma 5, c.p.c.). Con lo stesso decreto il giudice condanna il resistente a corrispondere il compenso per l'attività da loro svolta al rappresentante comune degli aderenti, all'avvocato che ha difeso il ricorrente dell'azione principale, nonché agli avvocati delle altre azioni di classe eventualmente riunite all'azione principale, secondo le regole che vedremo. A questo fine, il decreto viene comunicato a cura della cancelleria, non solo al resistente, agli aderenti e al loro rappresentante comune, ma anche ai difensori dei ricorrenti (art. 840-*octies*, comma 5, c.p.c.). Invece, esso non viene comunicato ai ricorrenti, dal momento che la loro pretesa è già stata accolta con la sentenza che ha definito il giudizio aprendo la procedura di adesione [art. 840-*sexies*, comma 1, lett. a)].

In base ai principi generali, anche l'aderente, così come il ricorrente, ha l'onere di dimostrare la titolarità dei diritti che egli intende fare valere (art. 2697, comma 1, c.c.). Il procedimento di verifica della titolarità dei diritti degli aderenti è di tipo sommario. A questo proposito, la nuova disciplina dispone che nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.). In particolare, l'aderente ha l'o-

nere di allegare alla domanda di adesione la documentazione che prova la titolarità dei diritti che egli intende fare valere, così come precisata dal Tribunale nella sentenza che accoglie il ricorso (ad esempio, le fatture di acquisto dei beni o servizi oggetto della violazione *antitrust*) [art. 840-*sexies*, comma 1, lett. d) e art. 840-*septies*, comma 5, c.p.c.]. Tuttavia, da altre disposizioni della stessa disciplina risulta chiaramente che l'aderente può avvalersi anche di mezzi di prova diversi, e in particolare della prova testimoniale scritta, delle presunzioni semplici, e della non contestazione da parte del resistente. Infatti, la nuova disciplina prevede espressamente che l'aderente può produrre dichiarazioni di terzi rilasciate a un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizioni dell'art. 252 c.p.c. Queste dichiarazioni sono valutate dal giudice delegato secondo il suo prudente apprezzamento (art. 840-*septies*, comma 3, c.p.c.). Inoltre, nonostante la disciplina non lo preveda espressamente, non c'è ragione di escludere che, quando sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile dimostrare la titolarità del diritto mediante la prova scritta o testimoniale, il giudice delegato possa ritenerla provata sulla base di presunzioni semplici, se del caso avvalendosi anche di dati statistici (arg. *ex* art. 840-*quinquies*, comma 4, c.p.c.). Ad esempio, dovrebbe essere ammissibile e fondata la domanda di adesione di un consumatore che chiede il risarcimento di un danno ingiusto causato da un cartello tra i principali produttori di pasta, allegando il consumo medio annuale di pasta in Italia. Infine, la nuova disciplina prevede espressamente che i fatti dedotti dagli aderenti e non specificamente contestati dal resistente devono considerarsi ammessi (art. 840-*octies*, comma 1, c.p.c.).

XII. Impugnazioni

La sentenza che definisce il giudizio di classe può essere impugnata da ciascuno dei ricorrenti e dei resistenti. Come detto, essa non può essere impugnata dagli aderenti, che non sono parte del giudizio, se non per revocazione, quando ricorrono i presupposti previsti dall'art. 395 c.p.c. o quando la sentenza è effetto della collusione tra le parti (art. 840-*decies*, comma 2, c.p.c.). La nuova disciplina non chiarisce quale sia il rito applicabile all'appello. Essa si limita a stabilire che: *i)* non solo la sentenza di primo grado, ma anche i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione devono essere pubblicati sull'area pubblica del portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia (art. 840-*decies*, comma 1, c.p.c.); *ii)* ai fini dell'impugnazione della sentenza non si applica l'art. 325 c.p.c., il quale prevede i termini brevi di trenta e sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, rispettivamente per la proposizione dell'appello e per il ricorso in Cassazione (art. 840-*decies*, comma 2, c.p.c.). Dal combinato disposto di queste due disposizioni si deduce che l'appello può essere proposto entro sei mesi dalla data della pubblicazione della sentenza di primo grado sull'area pubblica del portale dei servizi telematici del Ministero. Analogamente, si deve ritenere che anche il ricorso in Cassazione possa essere proposto entro il termine di sei mesi dalla pubblicazione con le stesse modalità della sentenza di appello. In altre parole, per tutti i provvedimenti che definiscono qualsiasi grado di un giudizio di classe non è prevista la facoltà di notificare a controparte la sentenza al fine di far decorrere il termine breve per proporre l'impugnazione, ma è previsto il solo termine lungo di decadenza decorrente dalla data della pubblicazione del provvedimento con le forme speciali previste per il giudizio di classe. Inoltre, da queste

stesse disposizioni si deduce che, mentre al giudizio di primo grado è applicabile il rito sommario di cognizione, al giudizio di appello si applica il rito ordinario. Pertanto, si deve ritenere che nel giudizio di appello, non trovando applicazione l'art. 702-*quater* c.p.c., non sono ammissibili nuovi mezzi di prova e nuovi documenti neppure se il Collegio li ritenga indispensabili al fine della decisione, e salvo che la parte interessata non dimostri di non avere potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile (art. 345 c.p.c.). Il che costituisce un'ulteriore conferma del fatto che il procedimento di classe non è necessariamente di tipo sommario.

Regole particolari valgono per l'impugnazione del decreto che decide sulle domande degli aderenti. Contro questo decreto può essere proposta opposizione esclusivamente dal resistente e dal rappresentante comune degli aderenti. Gli avvocati dei ricorrenti possono proporre opposizione limitatamente alla parte del decreto relativa alla liquidazione dei compensi a loro favore (art. 840-*undecies*, comma 2, c.p.c.). I singoli aderenti non sono legittimati a proporre opposizione contro il decreto, ma possono solamente revocare la domanda di adesione, riacquistando in questo modo la facoltà di promuovere un'azione individuale (art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c.). L'opposizione si propone con ricorso che deve essere depositato davanti allo stesso Tribunale entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del decreto che si intende impugnare (art. 840-*undecies*, commi 1-2, c.p.c.). La proposizione del ricorso non sospende l'efficacia esecutiva del decreto opposto, ma il Tribunale può decidere diversamente su istanza di parte in presenza di gravi e fondati motivi (art. 840-*undecies*, comma 3, c.p.c.). Entro cinque giorni dal deposito del ricorso, il Tribunale fissa l'udienza di compara-

zione, che deve svolgersi entro quaranta giorni dal deposito. Sono previsti termini perentori per: *i*) la notifica del decreto alla parte opposta (a seconda dei casi, resistente, rappresentante comune degli aderenti, avvocati dei ricorrenti); *ii*) la costituzione della parte opposta e di eventuali altri controinteressati (che si deve ritenere siano tutti gli altri soggetti legittimati a proporre opposizione ai quali l'opponente non abbia avuto cura di notificare il ricorso con pedissequo decreto di fissazione di udienza) (art. 840-*undecies*, commi 4-6, c.p.c.). Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte interessata non dimostri di non avere potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile (art. 840-*undecies*, comma 7, c.p.c.). Il Tribunale decide entro trenta giorni dall'udienza con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato (art. 840-*undecies*, comma 8, c.p.c.). Nonostante la disciplina non lo preveda espressamente, trattandosi di provvedimento con natura decisoria, si deve ritenere che il decreto pronunciato dal Tribunale sia ricorribile in Cassazione *ex* art. 111 Cost. La nuova disciplina prevede anche disposizioni specifiche in materia di adempimento spontaneo del decreto di condanna da parte del resistente (art. 840-*duodecies* c.p.c.) di esecuzione forzata collettiva in caso di mancato adempimento spontaneo (art. 840-*terdecies* c.p.c.) e di chiusura della procedura di adesione (art. 840-*quingiesdecies* c.p.c.). In particolare, questa procedura non ha l'effetto di produrre la c.d. "esdebitazione" del resistente neppure nei confronti degli aderenti. Infatti, è espressamente previsto che, con la chiusura della procedura di adesione, gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte eventualmente non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi (art. 840-*quingiesdecies*, comma 3, c.p.c.).

XIII. Transazioni

La nuova disciplina dell'azione di classe prevede disposizioni articolate in materia di transazione. In particolare, occorre distinguere tra gli accordi raggiunti tra il ricorrente e il resistente prima della sentenza che definisce il giudizio di primo grado e gli accordi raggiunti tra il rappresentante comune degli aderenti e il resistente dopo questa sentenza.

Nel primo caso, l'accordo può essere raggiunto tra il ricorrente e il resistente di loro autonoma iniziativa oppure a seguito di una proposta formulata dal giudice prima della discussione orale. In questo caso, la transazione è vincolante solo per il ricorrente che l'ha sottoscritta e i soggetti che avendo aderito all'azione dopo la sua ammissione hanno anche aderito alla transazione (si tratta quindi di un accordo transattivo di tipo *opt-in*) (art. 840-*quaterdecies*, comma 1, c.p.c.). Come abbiamo visto, qualunque aderente che non abbia aderito alla transazione può assumere le vesti del ricorrente e proseguire l'azione di classe già promossa (art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c.). Nel caso in cui nessun aderente sia disponibile a proseguire l'azione, può essere promossa una nuova azione di classe sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente (art. 840-*quaterdecies*, comma 2, c.p.c.). Pertanto, questo tipo di transazione non ha natura tombale, dal momento che il resistente rimane esposto al rischio di una nuova azione di classe, salvi gli effetti dell'eventuale prescrizione dei diritti delle vittime della violazione *antitrust* alla quale ha partecipato.

Invece, nel secondo caso (transazione intervenuta tra il rappresentante comune degli aderenti e il resistente dopo la pubblicazione della sentenza), la transazione è vincolante per tutti i soggetti che hanno aderito, salvo che per quelli che si sono chiamati fuori, revocando il mandato al rappresentato comune degli aderenti (si

tratta quindi di una transazione di tipo *opt-out*) (art. 840-*quaterdecies*, commi 2-7, c.p.c.). A questo fine, lo schema di accordo convenuto tra il rappresentante comune degli aderenti e il resistente deve essere pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia e comunicato a ciascun aderente (art. 840-*quaterdecies*, comma 3, c.p.c.). Entro quindici giorni dalla comunicazione ciascun aderente può formulare le proprie motivate contestazioni (art. 840-*quaterdecies*, comma 4, c.p.c.). Entro i successivi trenta giorni il giudice delegato autorizza il rappresentante comune a sottoscrivere l'accordo qualora lo ritenga conforme all'interesse degli aderenti (art. 840-*quaterdecies*, comma 5, c.p.c.). Entro quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento del giudice, i soli aderenti che avevano formulato contestazioni possono chiamarsi fuori dall'accordo, revocando il mandato al rappresentante comune (art. 840-*quaterdecies*, commi 6-7, c.p.c.). All'accordo transattivo convenuto tra il rappresentante comune e il resistente può aderire anche il ricorrente (art. 840-*quaterdecies*, comma 9, c.p.c.). Inoltre, dopo la sottoscrizione di questo accordo, non può essere promossa una nuova azione di classe sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente, né da parte degli aderenti che hanno revocato il mandato al rappresentante comune, né da parte di qualsiasi altro soggetto (arg. *ex* art. 840-*quater*, comma 2, c.p.c.). Tuttavia, anche questo tipo di transazione non ha natura tombale. Infatti, rimane ferma la possibilità per ciascuna vittima della violazione che non abbia aderito all'azione di classe o che, avendo aderito all'azione, si sia chiamata fuori dalla transazione, di promuovere un'azione individuale (art. 840-*bis*, comma 4, c.p.c.). Inoltre, nel caso in cui siano state promosse più azioni di classe nei confronti delle diverse impre-

se corresponsabili che hanno partecipato alla stessa violazione (ad esempio, un cartello), rimane ferma la possibilità che una impresa corresponsabile convenuta in un'altra azione di classe eserciti il diritto di regresso nei confronti dell'impresa che ha transatto, eventualmente chiamandola in causa in questa nuova azione di classe.

XIV. Spese del giudizio

La nuova azione di classe prevede una articolata disciplina delle spese del giudizio. In particolare, essa prevede che con lo stesso decreto con cui liquida il risarcimento o le restituzioni dovute agli aderenti il giudice delegato condanna il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti un importo addizionale pari a una percentuale della somma complessivamente liquidata a favore degli stessi aderenti. Questa percentuale è inversamente proporzionale al numero di aderenti e varia da un massimo "non superiore al 9%" (nel caso in cui abbiano aderito da 1 a 500 soggetti) a un minimo "non superiore allo 0,5%" (nel caso in cui abbiano aderito oltre 1 milione di soggetti) (art. 840-*novies*, commi 1-2, c.p.c.). Questo importo si aggiunge al rimborso delle spese sostenute e documentate e può essere aumentato o ridotto dallo stesso giudice delegato in misura non superiore al 50%, in funzione di una serie di variabili (complessità dell'incarico, qualità dell'opera prestata, numero di aderenti, ecc.) (art. 840-*novies*, commi 3-4, c.p.c.). Lo stesso importo deve essere liquidato anche a favore dell'avvocato del ricorrente a titolo di "compenso premiale" e, nel caso in cui vi sia stata la riunione di più azioni di classe, anche a favore di ciascun avvocato di ciascun ricorrente. Gli importi liquidati a favore degli avvocati possono essere ridotti dal giudice delegato in misura non superiore al 50%, sulla base delle stesse variabili in funzione

delle quali può essere aumentato o ridotto l'importo dovuto al rappresentante comune degli aderenti.

Nonostante in sede di emendamento alla Camera sia stato eliminato l'inciso del disegno di legge che contemplava espressamente questa possibilità, è preferibile la soluzione che consente al Tribunale di nominare rappresentante comune degli aderenti l'avvocato che ha assistito il proponente. Infatti, questa soluzione sembra quella più coerente con l'obiettivo di incentivare la promozione dell'azione di classe, dal momento che consente di remunerare in misura percentuale rispetto all'esito complessivo dell'azione il soggetto che nella realtà delle cose è il vero motore di questa iniziativa giudiziale. Inoltre, nel caso in cui l'azione sia stata promossa da una organizzazione o associazione senza fine di lucro, si deve ritenere che siano validi ed efficaci gli accordi tra queste organizzazioni o associazioni e il loro avvocato al fine di dividere tra loro l'importo liquidato dal giudice. Infatti, in questi casi, tipicamente sono questi soggetti (e non l'avvocato) a farsi carico dei costi anche ingenti per promuovere e gestire il c.d. "flusso di adesioni". Anzi, in una prospettiva de *iure condendo* ci si potrebbe chiedere se non sarebbe più pratico, coerente ed efficace poter nominare rappresentante comune degli aderenti la stessa organizzazione o associazione che ha proposto l'azione di classe.

Infine, si deve ritenere che, nel caso in cui siano state riunite più azioni di classe, il compenso premiale previsto per gli avvocati non debba essere riconosciuto all'avvocato di ciascun ricorrente, ma debba essere suddiviso tra i diversi avvocati in funzione dell'attività concretamente svolta. Diversamente, il resistente sarebbe esposto al rischio di dover corrispondere più volte lo stesso compenso premiale a un numero potenzialmente elevatissimo di avvocati, i quali avrebbero

interesse a cercare una vittima alla quale far promuovere un'azione di classe da riunirsi a quella già proposta, al solo fine di ottenere il pagamento di questo compenso, senza avere contribuito in alcun modo al successo dell'iniziativa.

XV. Disciplina transitoria

La nuova disciplina dell'azione di classe è applicabile esclusivamente alle violazioni poste in essere successivamente alla sua entrata in vigore, mentre a quelle poste in essere precedentemente continuerà ad applicarsi la disciplina attualmente in vigore (art. 7, comma 2, l. 31/2019). Pertanto, è necessario individuare la disciplina applicabile alle violazioni che, pur essendo cominciate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, sono continuate o sono state scoperte dopo questa data. La soluzione preferibile sembra essere quella di ritenere applicabile la nuova disciplina anche a queste violazioni. Infatti, la scelta del legislatore di differire l'applicabilità di una disciplina di natura processuale alle violazioni poste in essere prima della sua entrata in vigore costituisce un'eccezione rispetto al principio generale per il quale le nuove disposizioni di natura processuale sono immediatamente applicabili ai processi in corso (*tempus regit actum*) o quanto meno ai processi avviati dopo la loro entrata in vigore (*tempus regit processum*). Indipendentemente da ogni considerazione sulla sua opportunità e ragionevolezza, questa eccezione è chiaramente funzionale a consentire ai potenziali resistenti di gestire in modo appropriato il rischio legale della propria attività, tutelando il loro affidamento sul fatto che le vittime delle proprie supposte condotte lesive di diritti individuali omogenei avrebbero potuto far valere le loro eventuali pretese solamente mediante l'azione individuale o entro i limiti dell'azione di classe attualmente in vigore. Tuttavia,

anche in questa prospettiva, non appare degno di tutela l'affidamento dell'impresa che abbia intenzionalmente continuato a violare le regole in materia di concorrenza anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina. Inoltre, non sembra conforme al principio di effettività una regola che impedisca alla vittima di una violazione segreta scoperta dopo l'entrata in vigore di una disciplina processuale più favorevole di avvalersi di questa nuova disciplina. Infine, la soluzione che rende applicabile la nuova disciplina anche alle violazioni cominciate prima ma continuate o scoperte dopo la sua entrata in vigore è maggiormente conforme al principio di economicità dei giudizi, dal momento che consente di promuovere un'unica azione di classe a favore di tutte le vittime della violazione, senza dover distinguere tra le vittime che hanno acquistato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina (le quali dovrebbero agire sulla base della vecchia disciplina) e quelle che hanno acquistato dopo questa data (le quali dovrebbero agire sulla base della nuova disciplina).

GIORGIO AFFERNI

Bibliografia

- Afferni, «La nuova azione di classe antitrust», in *Mercato concorrenza regole*, 2021, p. 437 ss.; Id., «Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 171 ss.; Id., «Class action e danno antitrust: il caso Traghetti», in *Consumatori, diritti e mercato*, 2012, p. 118 ss.; Id., «Azione di classe e danno antitrust», in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 491 ss.; Alpa, «Illecito e danno antitrust: un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'unione europea», in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1227 ss.; Assonime, «Disciplina dell'azione di classe e dell'azione inhibitoria collettiva nel Codice di procedura civile», circolare n. 17/2019; Id., «La nuova disciplina dell'azione di classe», circolare n. 38/2009; Bruzzone – Saija, «La class action da danno antitrust: prime considerazioni», in *Assonime note e studi*, n. 6/2009; Caponi, «Il nuovo volto della class action», in *Foro italiano*, 2009, V, c. 383 ss.; Camilleri, «Azione di classe a tutela dei consumatori e comportamenti anticoncorrenziali: criticità e velleità di un tentativo di trade-off», in *Annali Italiani del Diritto d'Autore*, 2010, 415 ss.; Caporusso, «L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere», in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 11199 ss.; P. Comoglio, «L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 1114 ss.; Consolo, «La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.: uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina», in *Corriere giuridico*, 2019, p. 737 ss.; Consolo – Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.: lineamenti processuali*, Padova, 2012; Dondi, «Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano», in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 434 ss.; Ferrante, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012; P. Fiorio, «L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori», in *I diritti dei consumatori e la nuova class action* (a cura di) Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss.; Giussani, «Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali», in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, p. 371 ss.; Klonoff, «The decline of class actions», *Washington University Law Review*, 2013, p. 729 ss.; Id., «Antitrust class action: chaos in the courts», in *Stanford Journal of Law Business and Finance*, 2005, p. 1 ss.; R. Lener – M. Rescigno, «Class action! (?)», in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008; Menchini

– Motto, «L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 1413 ss.; Negri, «L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile», in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 476 ss.; A. Pace, «Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"», in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 15 ss.; Prosperetti – Pani – Tomasi, *Il danno antitrust: una prospettiva economica*, Bologna, 2009; Santa Maria, «L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra Libro bianco e legge italiana», in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* (a cura di) Rossi Dal Pozzo – Nascimbene, Milano, 2009, p. 75 ss.; Ruffolo (a cura di), *Class action ed azione collettiva inibitoria*, Milano, 2021;

Sassani (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; Scarselli, «La nuova azione di classe di cui alla Legge 12 aprile 2019, n. 31», in *www.judicium.it*, 7 giugno 2019; Scuffi, «Tutela antitrust del consumatore e azioni di classe», in *Diritto industriale*, 2009, p. 341 ss.; Tavassi, «Tutela antitrust e azione di classe: il modello italiano, prime esperienze», in *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali* (a cura di) Benacchio - Carpagnano, Milano, 2012, p. 69 ss.; Villa, «L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza», in *Corriere giuridico*, 2017, p. 441 ss.; Waller – Popal, «The fall and rise of the antitrust class action», in *World competition*, 2016, p. 29 ss.

PROBLEMI DI GIURISDIZIONE E DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NELL'AZIONE *ANTITRUST*

Sommario: **I.** Considerazioni introduttive. Le fonti normative. – **II.** Il giudice competente in materia di atti limitativi della concorrenza. – **III.** La legge applicabile agli atti limitativi della concorrenza. – **IV.** Il giudice competente e la legge applicabile alle controversie derivanti da rapporti contrattuali.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. LE FONTI NORMATIVE

Con l'attribuzione ai giudici di tutti gli Stati membri del potere di applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE nella loro totalità, l'art. 2 Reg. Ue n. 1/2003 ha aperto la strada all'avvio di procedimenti giudiziari relativi a controversie tra le parti a un contratto vertenti sulla nullità di questo per contrasto con norme sulla concorrenza e a controversie sul risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale tra concorrenti o tra imprese e consumatori, fino ad allora piuttosto rare. Tali controversie sono in continuo aumento, soprattutto a seguito dell'adozione e trasposizione della Dir. Ue 104/2014 (c.d. Direttiva sul *private enforcement*), con cui sono state introdotte norme volte a garantire una protezione equivalente in tutta l'Unione a qualsiasi soggetto che abbia subito danni da una violazione *antitrust*¹, sia per effetto della previsione di disposizioni che permettono

azioni collettive in vari Stati membri, sia più in generale per la maggiore conoscenza e diffusione del diritto *antitrust* e la conseguente maggiore consapevolezza delle implicazioni della sua violazione.

Le norme del Trattato, le relative regole di applicazione contenute negli atti di diritto derivato e la prassi di riferimento disciplinano solo alcuni tra gli aspetti della fattispecie che rilevano per il giudizio davanti al giudice nazionale². Invero, esse permettono di valutare se un accordo è restrittivo (e dunque illecito), e di conseguenza se è colpito da nullità o se merita un'esenzione in deroga, e di determinare anche il momento della commissione dell'illecito e i soggetti responsabili. Le conseguenze dell'illiceità e della nullità sono invece lasciate al diritto nazionale, che deve essere individuato attraverso una norma di conflitto. Difficoltà possono poi nascere nella determinazione del luogo del comportamento illecito, che rileva anche per l'individuazione del giudice competente, soprattutto ove si tratti di cartelli, che vedano coinvolte numerose imprese stabilite in più Stati e/o che violino anche il diritto di Stati terzi. Non è dunque scontato che una controversia tra privati relativa alle conseguenze di un comportamento anticoncorrenziale sul mercato italiano sia soggetta solo alla competenza del giudice italiano, né che la legge regolatrice di tali conseguenze sia la legge italiana.

¹ La Direttiva sul *private enforcement* è stata traspunta nel nostro ordinamento mediante il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

² Si ricorda che le norme dell'Unione sulla concorrenza costituiscono il parametro di riferimento per l'interpretazione del diritto della concorrenza italiano per effetto del richiamo a esse operato dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Le regole sulla giurisdizione e il diritto applicabile in materia di comportamenti anticoncorrenziali devono ricercarsi in alcuni strumenti normativi, anch'essi di fonte europea, fondati sull'art. 81 TFUE, in particolare il Reg. Ue n. 1215/2012 sulla giurisdizione e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I *bis*)³, il Reg. Ce n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (c.d. Roma II) e il Reg. Ce n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I)⁴. Diversamente, la Direttiva sul *private enforcement* non contiene disposizioni specifiche per ciò che riguarda la competenza giurisdizionale e la legge applicabile alle azioni di danno da illecito anticoncorrenziale, pur riconoscendo il carattere spesso transfrontaliero di tali violazioni al nono considerando.

³ Il Regolamento sostituisce il Reg. Ce n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I) ed è divenuto applicabile dal 1° gennaio 2015. Nella misura in cui le previsioni dei due regolamenti sono equivalenti, l'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento alle disposizioni del Reg. Ce n. 44/2001 vale anche per il Reg. Ue n. 1215/2012 (C. giust. Ue 16 novembre 2016, causa C-417/15, *Schmidt*, EU:C:2016:881, punto 26). Su tale presupposto, nel prosieguo della trattazione si farà quindi riferimento alle sole previsioni del nuovo Regolamento. In via preliminare, giova sottolineare che la nozione di "materia civile e commerciale" non comprende "l'azione di un'autorità pubblica di uno Stato membro nei confronti di società stabilite in un altro Stato membro diretta a far accertare, sanzionare e cessare pratiche restrittive della concorrenza nei confronti di fornitori stabiliti nel primo Stato membro, allorché detta autorità pubblica eserciti poteri di agire in giudizio oppure poteri d'indagine che esorbitano rispetto alle norme di diritto comune applicabili ai rapporti tra privati": C. giust. Ue 22 dicembre 2022, causa C-98/22, *Eurelec Trading*, ECLI:EU:C:2022:1032.

⁴ Si ricorda che la Convenzione di Roma del 1980 è ancora in vigore per i contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore del Regolamento Roma I, cioè prima del 17 dicembre 2009.

II. Il giudice competente in materia di atti limitativi della concorrenza

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al Reg. Ue n. 1215/2012⁵, una controversia nella quale si discuta della violazione di obblighi disposti dalla legge quale è un illecito anticoncorrenziale è certamente una controversia in materia civile e commerciale, e in particolare in materia di obbligazioni non contrattuali⁶. Su di essa è competente in primo luogo il giudice naturale del convenuto, cioè il giudice dello Stato del suo domicilio ai sensi dell'art. 4 Reg. Al domicilio delle persone fisiche è equiparata la sede delle persone giuridiche, intesa sia come sede statutaria, sia come sede dell'amministrazione centrale, sia come centro dell'attività principale (artt. 4 e 63). Dato che l'art. 4 Reg. disciplina solo la giurisdizione, qualora il convenuto sia domiciliato in Italia, le norme processuali interne indicheranno poi quale tra i giudici italiani è fornito della competenza territoriale a pronunciarsi.

Fermo restando il criterio generale appena esposto, il Regolamento prevede altresì due ipotesi di attribuzione di competenza speciale all'art. 7, punto 2, e all'art. 8, punto 1.

In forza di quest'ultima previsione, in caso di pluralità di convenuti domiciliati anche in altri Stati membri⁷, questi

⁵ Si ricorda che davanti al giudice italiano i criteri di giurisdizione contenuti nel Regolamento si applicano anche nei confronti di convenuti domiciliati in Stati terzi rispetto all'Unione per effetto del richiamo dell'art. 3, comma 2, prima frase della l. n. 218/1995.

⁶ C. giust. Ue 23 ottobre 2014, causa C-302/13, *flyLAL*, EU:C:2014:2319.

⁷ L'art. 8, punto 1, del Reg. Bruxelles I *bis* non è invece applicabile a convenuti che non sono domiciliati sul territorio di uno Stato membro qualora questi ultimi vengano citati nel contesto di un'azione intentata contro una pluralità di convenuti tra i quali anche persone domiciliate nell'Unione europea (C. giust. Ue 11 aprile 2013, causa C-645/11, *Sapir*, EU:C:2013:228). Tuttavia, davanti al giudice

potranno essere attratti davanti al giudice del domicilio o della sede di uno di essi (c.d. “convenuto di riferimento”) qualora tra le domande sussista un nesso – presente fin dall'avvio della causa – così stretto da rendere opportune una trattazione unica e una decisione unica per evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili⁸, purché tale potenziale divergenza si collochi nel contesto di una medesima situazione di fatto e di diritto⁹. La presenza di un tale collegamento tra le domande proposte nei confronti dei diversi convenuti, tuttavia, è condizione sufficiente per l'applicazione dell'art. 8, punto 1: come affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Freeport*, non è necessario che le domande proposte nei confronti dei vari convenuti abbiano identico fondamento normativo e, una volta accertata la connessione tra le domande, non è neppure necessario «verificare ulteriormente che dette domande non siano state presentate esclusivamente allo scopo di sottrarre uno di tali convenuti ai giudici dello Stato membro in cui egli ha il suo domicilio»¹⁰, salvo che non sussistano indizi concludenti che consentano al giudice adito di ritenere che l'attore abbia creato o mantenuto artificiosamente le condizioni di applicazione dell'art. 8, punto 1¹¹.

italiano potranno essere attratti anche convenuti domiciliati al di fuori dell'Unione in forza dell'art. 3, comma 2, prima frase della l. n. 218/1995.

⁸ C. giust. Ue 27 settembre 1988, causa C-189/87, *Kalfelis*, in Racc. 1988, p. 5565.

⁹ C. giust. Ue 11 ottobre 2007, causa C-98/06, *Freeport*, in Racc. 2007, p. I-8319, punto 40.

¹⁰ C. giust. Ue “Freeport”, cit., punto 54.

¹¹ C. giust. Ue 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC*, EU:C:2015:335, punto 29. In questo caso la Corte ha altresì osservato che l'art. 8, punto 1, del Regolamento trova applicazione anche nel caso in cui l'attore abbia rinunciato all'esercizio dell'azione nei confronti dell'unico dei convenuti che sia domiciliato nello Stato membro ove ha sede il giudice adito (c.d. *anchor defendant*), salvo che non sia dimostrata l'esistenza di una collusione tra l'attore e detto convenuto allo scopo di creare o di mantene-

Così, nel caso *CDC*, la Corte di giustizia ha ritenuto che il nesso in questione sussista nel caso di una azione di risarcimento danni promossa nei confronti di imprese con sede in diversi Stati membri che abbiano partecipato (in maniera diversa) a un'intesa unica e continuata. A tal riguardo, il rischio di decisioni incompatibili deriverebbe dal fatto che, qualora siano proposte in diversi Stati membri azioni di risarcimento da parte di una vittima dell'intesa, le norme nazionali possono divergere riguardo alle condizioni della responsabilità civile dei partecipanti all'illecito in questione¹². Alla luce di quanto sopra, il giudice italiano avrà giurisdizione sia nei confronti di convenuti con domicilio o sede in Italia, ovunque si siano manifestate le conseguenze dell'illecito, sia nei confronti di soggetti che, pur domiciliati o con sede all'estero¹³, abbiano partecipato alla commissione di illeciti anticoncorrenziali accanto a convenuti domiciliati o con sede in Italia e quivi convenuti.

Lo stesso principio e la stessa norma sono stati utilizzati dal giudice italiano al fine di fondare la giurisdizione sulla domanda di accertamento negativo dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale e della sua incidenza sui prezzi proposta nei confronti di una pluralità di convenuti, potenzialmente lesi dall'eventuale intesa, aventi sede in parte in Italia, in parte all'estero. Secondo il giudice, tra le domande proposte nei confronti dei vari convenuti sussisteva l'esigenza di una trattazione unica nei termini indicati dalla Corte di giustizia poiché esse miravano a

re artificiosamente le condizioni di applicazione della previsione in questione (punti 30 e ss).

¹² C. giust. Ue “CDC”, cit., punto 22.

¹³ Sia in uno Stato membro dell'Unione europea, sia in uno Stato terzo, per effetto dell'estensione delle norme del Regolamento operata dall'art. 3, comma 2, prima frase della l. n. 218/1995.

far accertare l'insussistenza di un illecito sostanzialmente unico¹⁴.

Il giudice olandese si è pronunciato di recente sull'esistenza di un collegamento stretto, ai sensi e ai fini dell'art. 8, punto 1 Reg. Bruxelles I *bis*, anche quando la domanda sia rivolta nei confronti di una società capogruppo e di una società controllata, anche indirettamente, e solo la responsabilità della seconda sia stata accertata da un'autorità di concorrenza. Nel caso *MTB*, in particolare, l'autorità di concorrenza greca aveva sanzionato per abuso di posizione dominante un produttore di birra greco, Athenian Brewery (AB), il cui capitale sociale era detenuto quasi totalmente (98,8%), ma indirettamente, dalla società Heineken, con sede nei Paesi Bassi. Sull'azione di risarcimento dei danni proposta ad Amsterdam da un concorrente greco, MTB, nei confronti di AB e della controllante indiretta Heineken, il tribunale aveva ritenuto sussistente la giurisdizione nei confronti di quest'ultima ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, mentre aveva ritenuto non applicabile l'art. 8, punto 1, nei confronti della AB, dal momento che l'attrice non aveva dimostrato che le due convenute si trovassero nella medesima situazione di fatto e di diritto, atteso che dalla decisione dell'autorità di concorrenza greca non risultava il coinvolgimento diretto di Heineken nelle condotte abusive della propria controllata indiretta, né che su questa avesse esercitato un'influenza determinante¹⁵. La Corte di appello di Amsterdam aveva annullato la sentenza di primo grado e lo Hoge Raad aveva investito della questione

la Corte di giustizia. Il 26 settembre 2024 l'avv. gen. Kokott aveva concluso che uno stretto collegamento – ai sensi dell'art. 8, punto 1 del Regolamento – può sussistere tra le domande proposte nei confronti di una società madre e la sua società figlia, qualora queste siano responsabili in solido della violazione di norme sulla concorrenza in quanto parti della medesima entità economica ai sensi del diritto dell'Unione, richiamando ampia giurisprudenza della Corte di giustizia sulla cd. *parental liability*¹⁶. Dopo la pubblicazione di tale parere, il giudice olandese aveva comunque ritenuto di non dover attendere la decisione della Corte di giustizia e che AB potesse essere convenuta nei Paesi Bassi presso la sede della controllante indiretta in quanto soggetta all'influenza determinante di questa¹⁷.

La Corte di giustizia, dopo aver richiamato la pronuncia *CDC* sopra esaminata, ha affermato che l'art. 8, punto 1 Reg. n. 1215/2012 si applica anche quando l'autorità di concorrenza non abbia constatato la responsabilità solidale della società madre e della sua società figlia, parti della stessa unità economica e quindi di un'unica

¹⁶ Tale legame sussiste generalmente quando la società madre e la società figlia costituiscano una "unità economica" ossia, quando in sostanza, la società figlia è soggetta ad una influenza determinante della prima e non agisce in modo autonomo (C. giust. Ue sentenze 27 aprile 2017, *Akzo Nobel*, causa C-516/15 P; EU:C:2017:314, punti 52 e 53; nonché 6 ottobre 2021, *Sumal*, causa C-882/19, EU:C:2021:800, punto 43), e la società madre detiene la quasi totalità del capitale sociale della controllata, operando in questo caso una presunzione semplice, applicabile sia nel contesto del *public enforcement* sia in quello del *private enforcement*. Cf. le conclusioni dell'avv. gen. Kokott, 26 settembre 2024, causa C-393/23, *MTB*, EU:C:2024:798, punti 28 ss. Davanti alla C. giust. sono pendenti altri procedimenti per interpretazione pregiudiziale relativi all'art. 8, punto 1 del Regolamento: cf. causa C-672/23, *Electricity and Water Authority of the Government of Bahrain*; causa C-673/23, *Smurfit Kappa Europe*.

¹⁷ Rechtbank Amsterdam, 23 ottobre 2024, C/13/701248/HA ZA 21-421, ECLI:NL:RBAMS:2024:6476.

¹⁴ Trib. Milano, 8 maggio 2009, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2011, p. 404 ss. Il cartello in questione, nel settore della gomma sintetica, era stato accertato e sanzionato dalla Commissione con Dec. del 29 novembre 2006 (COMP/F/38.6838).

¹⁵ Rechtbank Amsterdam, 9 maggio 2018, C/13/626096/HA ZA 17-321, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203.

impresa, poiché “è proprio in un'ipotesi del genere che sussiste il rischio che decisioni incompatibili siano pronunciate nell'ambito di una stessa situazione di fatto e di diritto”. Inoltre, che la presunzione di influenza determinante e di responsabilità della società madre può trovare applicazione anche nel caso di una domanda di risarcimento del danno da presunto illecito anticoncorrenziale presentata nei confronti di quest'ultima, che detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della società sanzionata. Infatti, la nozione di «impresa», ai sensi delle regole di concorrenza, non può avere una portata diversa nel contesto dell'imposizione di ammende ai sensi dell'art. 23 Reg. n. 1/2003 e in quello delle azioni di risarcimento danni, come già affermato nel caso *Sumal*¹⁸. Infine, sebbene in sede di valutazione della sussistenza della propria giurisdizione il giudice adito della domanda di risarcimento del danno non sia tenuto a un'analisi dettagliata degli elementi di fatto del caso di specie, e quindi possa fondarsi sulla citata presunzione di responsabilità, deve nondimeno verificare che la domanda non abbia carattere artificioso ed esaminare “indizi probatori [presentati dai convenuti] che suggeriscono o che la società madre non deteneva direttamente o indirettamente la totalità o la quasi totalità del capitale della sua società figlia, o che tale presunzione dovrebbe comunque essere confutata”¹⁹.

Sempre in materia di *parental liability*, la Corte di giustizia ha tuttavia ritenuto che, ai fini della corretta instaurazione del procedimento ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 101 TFUE, non è validamente notificato l'atto di citazione a una società madre contro la quale sia stato proposto un ricorso

per il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza quando tale atto di citazione sia stato notificato all'indirizzo della sua società figlia, domiciliata nello Stato membro del giudice adito, quand'anche costituisca con essa un'unità economica²⁰.

Accanto al giudice del convenuto, la giurisdizione e la competenza territoriale spettano anche al giudice del luogo dell'illecito ai sensi dell'art. 7, punto 2, Reg. Bruxelles I *bis*, che è stato interpretato dalla Corte di giustizia come idoneo a indicare sia il luogo dell'azione, sia quello dell'evento dannoso, di modo che il convenuto può essere citato, a scelta dell'attore, dinanzi ai giudici di un luogo o dell'altro (c.d. teoria di ubiquità dell'illecito)²¹. Per ciò che riguarda le intese anticoncorrenziali, l'applicazione di questi criteri pone non poche difficoltà, proprio in ragione del carattere spesso transfrontaliero di questa tipologia di illecito: ad es., potrebbe risultare arduo individuare quale sia il luogo dell'azione nel caso di cartelli che risultino da una pluralità di accordi collusivi conclusi in diversi Stati membri²². Minori difficoltà applicative sembrano invece sussistere con riferimento agli abusi di posizione dominante, dal momento che tanto l'evento causale che gli effetti dannosi da questo derivanti generalmente hanno luogo nello stesso mercato.

Ciò detto, indicazioni utili circa l'interpretazione di questo criterio di giurisdizione in relazione a illeciti anticoncorren-

²⁰ C. giust. Ue 11 luglio 2024, causa C-632/22, *Volvo*, che ha anche richiamato il Reg. Ue n. 1393/2007 relativo alla notificazione in materia civile e commerciale.

²¹ C. giust. Ue 30 novembre 1976, causa C-21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, in Racc. 1977, p. 1735. In questo caso la norma europea individua direttamente il giudice territorialmente competente a pronunciarsi proprio per la prossimità all'illecito.

²² Cfr. High Court 27 ottobre 2009, causa *Cooper Tire & Rubber Company & ors v. Shell Chemicals UK Ltd & ors* [2009] EWHC 2609 (Comm).

¹⁸ C. giust. Ue 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal*, EU:C:2021:800, punto 38.

¹⁹ C. giust. Ue 13 febbraio 2025, causa C-393/23, *Athenian Brewery*, EU:C:2025:85, punto 29 ss.

ziali sono fornite ancora una volta nella sentenza *CDC*. In particolare, per ciò che riguarda il luogo dell'evento causale, la Corte ha ritenuto che, in prima battuta, questo coincida con il luogo in cui l'intesa unica e continuata è stata "definitivamente conclusa"²³. Diversamente, qualora tale intesa sia costituita da una pluralità di accordi collusivi adottati in diversi luoghi, e sia quindi arduo individuare un luogo unico in cui l'intesa è stata conclusa, dovrà allora farsi riferimento al luogo in cui sia stato adottato un «accordo specifico e identificabile di per sé come l'evento causale del danno asserito». Il luogo in cui il danno si è concretizzato è stato ritenuto coincidere con il luogo in cui il soggetto danneggiato ha la sua sede sociale, essendo consistito il danno lamentato dall'attore nei maggiori costi sostenuti in ragione dell'artificioso aumento dei prezzi dei prodotti interessati dall'intesa²⁴.

Più recentemente, la Corte ha fornito utili indicazioni sull'interpretazione del concetto di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" nel caso *Volvo*²⁵. La Corte ha innanzitutto chiarito che tale concetto non sia rilevante solo per determinare, da una prospettiva internazionale, in quale Stato membro dell'UE uno o più giudici abbiano competenza, ma anche, nel contesto nazionale, quale specifico giudice o quali specifici giudici all'interno di quello Stato membro abbiano competenza su una domanda di risarcimento danni conseguente a un cartello²⁶. Secondo la Corte,

poi, è necessario effettuare una distinzione a seconda che i prodotti oggetto del cartello siano stati acquistati in luoghi rientranti nella giurisdizione di un unico tribunale o di più tribunali all'interno dello stesso Stato membro. Nel primo caso, la Corte ritiene che il tribunale competente per un'azione di risarcimento sia quello del luogo in cui i beni sono stati acquistati, indipendentemente dal fatto che siano stati acquistati direttamente o indirettamente dai convenuti o trasferiti immediatamente al termine di un contratto di *leasing*²⁷. Dall'altro lato, nel caso in cui i prodotti oggetto del cartello siano stati acquistati in luoghi rientranti nella giurisdizione di più tribunali, il tribunale competente per un'azione di risarcimento è quello del luogo della sede legale della vittima: secondo la Corte, infatti, i membri del cartello non possono ignorare il fatto che gli acquirenti dei beni oggetto di cartello siano stabiliti nel mercato interessato dallo stesso cartello²⁸.

Fermo restando quanto sopra, la Corte ha però chiarito che il criterio del "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" non comprende la sede legale di una società madre che propone un'azione di risarcimento dei danni subiti esclusivamente dalle sue società figlie con sede in un altro Stato membro²⁹. Secondo la Corte, per quanto si possa ritenere che la società madre e le società figlie appartengano a una stessa "unità economica", gli obiettivi di prossimità e di prevedibilità delle norme sulla competenza e di coerenza tra il foro e la legge applicabile

²³ C. giust. Ue "CDC", cit., punto 47.

²⁴ *Ibidem*, punto 44.

²⁵ C. giust. Ue 15 luglio 2021, causa C-30/20, *Volvo*, EU:C:2021:604.

²⁶ C. giust. Ue "Volvo", cit., punti 33 e ss. Questo, tuttavia, lascia impregiudicato il fatto che uno Stato membro possa decidere di attribuire competenza esclusiva a un tribunale specializzato specifico, indipendentemente dal luogo in cui si è verificato l'evento dannoso all'interno di quello Stato membro, poiché ciò è coerente con gli interessi di una corretta amministrazione della giustizia.

²⁷ C. giust. Ue "Volvo", cit. punti 39-40. Ciò è in linea con la giurisprudenza della Corte secondo cui nei casi di acquisto di un bene che, a seguito di una manipolazione effettuata dal suo produttore, ha un valore inferiore a quello del prezzo di vendita, il giudice competente a conoscere di un'azione per il risarcimento del danno corrispondente ai costi aggiuntivi pagati dall'acquirente è quello del luogo di acquisto del bene (punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

²⁸ C. giust. Ue "Volvo", cit., punti 41-42.

²⁹ C. giust. Ue 4 luglio 2024, causa C-425/22, *MOL*, EU:C:2024:578, punto 46.

ostano a un'applicazione inversa della nozione di "unità economica" per la determinazione del luogo in cui l'evento dannoso si è concretizzato³⁰.

La Corte è stata altresì chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 7, punto 2, del Regolamento nel caso *flyLAL II*³¹, avente a oggetto un'azione promossa da una compagnia aerea lituana (flyLAL) avverso una compagnia aerea lettone (Air Baltic) e il gestore dell'aeroporto di Riga (Lettonia) per il risarcimento dei danni derivanti dalle condotte anticoncorrenziali che questi ultimi avrebbero posto in essere (ossia una politica di prezzi predatori di Air Baltic, asseritamente finanziata attraverso una riduzione concordata delle tariffe dei servizi aeroportuali praticate dal gestore alla stessa compagnia aerea). In tale pronuncia la Corte ha preliminarmente chiarito che, al fine di applicare l'art. 7, punto 2, è necessario distinguere il "danno iniziale", ossia quello derivante direttamente dall'evento generatore del danno, dalle "conseguenze negative successive", in linea con la precedente giurisprudenza in materia di illecito³²: solo il primo, infatti, può fondare un'attribuzione di competenza ai sensi dell'art. 7, punto 2, del Regolamento. La Corte ha quindi rilevato che la perdita di reddito consistente in un asserito calo delle vendite, subito a seguito di condotte anticoncorrenziali, può essere qualificata come "danno" ai fini dell'applicazione della previsione in parola³³. Da ciò derivando che, nell'ambito

di una azione di risarcimento per i danni cagionati da condotte anticoncorrenziali, la nozione di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" può quindi essere riferita al luogo in cui si è verificata una perdita di reddito consistente in un calo delle vendite, ossia il luogo del mercato interessato dalle condotte anticoncorrenziali in seno al quale la vittima sostiene di avere subito detto calo³⁴. Con riferimento al luogo in cui si è verificato l'evento generatore del danno, questo coincide sia con il luogo della conclusione di un accordo anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 101 TFUE, sia con il luogo dove sono stati proposti e applicati prezzi predatori, qualora questi costituiscano una infrazione dell'art. 102 TFUE³⁵.

Ad analoghe conclusioni era già giunto il giudice italiano nel caso *Viaggiare c. Ryanair*, concernente le condotte poste in essere da Ryanair al fine di limitare la vendita online dei propri biglietti aerei tramite la piattaforma online Viaggiare, che aveva affermato che il «luogo ove è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso [...] in materia concorrenziale coincide con quello in cui è avvenuto il lamentato turbamento del mercato, ed il potenziale sviamento illecito di clientela. Tale luogo risulta radicato nel territorio italiano, in cui opera Viaggiare, [in relazione] alle dedotte difficoltà indotte dall'abuso di dominanza»³⁶.

Nel caso *Tibor-Trans*, la Corte di giustizia ha poi rilevato che le vittime di un cartello possono esperire un'azione di risarcimento nei confronti anche di una sola

³⁰ C. giust. UE "MOL", cit., punto 44.

³¹ C. giust. UE 5 luglio 2018, causa C-27/17, *flyLAL II*, EU:C:2018:533.

³² C. giust. UE "flyLAL II", cit., punto 32. Cfr. per la giurisprudenza precedente C. giust. UE 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari*, in Racc. 1997, p. I-2719.

³³ C. giust. UE "flyLAL II", cit., punto 36. Invero, la Corte aveva già dichiarato che, nel contesto di un'asserita violazione del divieto di rivendita di prodotti al di fuori di una rete di distribuzione selettiva, la riduzione del volume delle vendite e la

perdita di profitto che ne derivava per il distributore autorizzato costituiscono un danno tale da rendere applicabile l'art. 7, punto 2, del Regolamento (C. giust. UE 21 dicembre 2016, causa C-618/15, *Concurrence*, EU:C:2016:976). Nel senso seguito dalla Corte cfr. già questa Voce, 1^a ed.

³⁴ C. giust. UE "flyLAL II", cit., punto 43.

³⁵ C. giust. UE "flyLAL II", cit., punto 57.

³⁶ Trib. Milano 4 giugno 2013, n. 7825. La sentenza è stata parzialmente riformata nel merito da App. Milano 2 ottobre 2015, n. 3900, cassata da Cass. I, 12 novembre 2019 n. 29238, con rinvio.

delle imprese coinvolte in tale infrazione – e ciò in ragione della responsabilità solidale sussistente tra gli autori di una infrazione unica e continuata del diritto della concorrenza – senza che sia neppure necessaria l'esistenza di un rapporto contrattuale tra il convenuto e la vittima dell'infrazione³⁷. Nello stesso caso, la Corte ha chiarito che, nel caso di un'azione di risarcimento per i danni derivanti da un cartello sui prezzi di vendita, il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto coincide con quello del mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale, in cui i prezzi del mercato sono stati falsati, nell'ambito del quale la vittima asserisce di aver subito tale danno³⁸. Una simile soluzione risponderebbe, secondo la Corte, agli obiettivi di prossimità e prevedibilità delle regole di competenza, oltre ad essere in linea con quanto previsto dall'art. 6, § 3, lett. a, del Regolamento Roma II (in forza del quale, in caso di azioni per il risarcimento del danno in relazione a una restrizione della concorrenza, la legge applicabile è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto)³⁹.

Per completezza, giova rilevare che l'applicazione dell'art. 7, punto 2, del Regolamento non è soggetta alla condizione che l'azione sia stata proposta dalla vittima dell'evento dannoso. La disposizione può quindi essere invocata nel contesto di una

domanda di accertamento negativo diretta a far dichiarare l'assenza di responsabilità da illecito civile⁴⁰. A tal riguardo, la Corte di giustizia ha ritenuto che sia irrilevante il fatto che in un'azione di accertamento negativo vi sia un'inversione dei ruoli abitualmente conosciuti in materia di illeciti civili, in quanto l'attore è il debitore potenziale di un'obbligazione fondata su un illecito, mentre il convenuto è la pretesa vittima di tale atto. Una siffatta conclusione è giustificata anche dal fatto che il criterio di cui all'art. 7, punto 2, del Regolamento non persegue l'obiettivo di offrire una tutela rafforzata alla parte più debole⁴¹.

È opportuno inoltre ricordare anche il Reg. Ue n. 1215/2012 prevede ulteriori attribuzioni speciali di giurisdizione, tra cui quelle relative al foro della succursale, agenzia o filiale, stabilito dall'art. 7, punto 5, per le controversie relative all'esercizio della loro attività, e il foro prorogato dalle parti, ai sensi dell'art. 25, che prescinde da qualsiasi collegamento tra il giudice e la controversia⁴².

Con riferimento a quest'ultima previsione, la menzionata sentenza *CDC* ha chiarito che il giudice adito non può rifiutarsi di tenere conto di una clausola attributiva

³⁷ C. giust. Ue 29 luglio 2019, causa C-451/18, *Tibor-Trans*, EU:C:2019:635, punti 35-36. Il caso riguardava la richiesta di risarcimento danni proposta da una società di trasporto merci (*Tibor-Trans*) nei confronti di un'impresa produttrice di autocarri coinvolta in un cartello pan-europeo relativo alla fissazione dei prezzi di vendita e all'aumento del prezzo lordo di tali veicoli (Commissione Ue, decisione del 19 luglio 2016, caso AT.39824). Tra le due imprese non sussisteva una relazione contrattuale, atteso che la *Tibor-Trans* aveva acquistato autocarri fabbricati da altre imprese coinvolte nell'intesa ricorrendo, peraltro, ad alcuni concessionari di veicoli.

³⁸ *Ibidem*, punti 33 e 37.

³⁹ *Ibidem*, punti 34 e 35.

⁴⁰ C. giust. Ue 25 ottobre 2012, causa C-133/11, *Folien Fischer*, EU:C:2012:664. Invero, seppure in un *obiter dictum*, il Trib. Milano era giunto a una simile conclusione nella menzionata sentenza dell'8 maggio 2009.

⁴¹ Si ricorda che in materia di atti illeciti non è previsto un foro speciale a favore del consumatore come avviene invece in materia di contratti di consumo.

⁴² C. giust. Ue 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Castelletti*, in Racc. 1999, p. I-1597; 8 febbraio 2024, causa C-566/22, *Inkreal*, ECLI:EU:C:2024:123. Si ricorda che il Reg. Ue n. 1215/2012 non si applica alle clausole arbitrali, come previsto dall'art. 1, § 2, lett. d. Per ciò che riguarda l'applicabilità di questo tipo di clausole nel contesto di azioni per il risarcimento dei danni da violazione *antitrust*, v. High Court of Justice 28 febbraio 2017, causa *Microsoft Mobile (OY) Ltd v Sony Europe & Others* [2017] EWHC 374 (Ch).

di competenza che sia conforme ai requisiti previsti dall'art. 25 per il solo motivo che tale clausola potrebbe non garantire alla vittima di un'intesa l'ottenimento del risarcimento integrale del danno subito⁴³. Ciò detto, una clausola attributiva di competenza può comunque riguardare solo controversie, presenti e future, che hanno origine dal rapporto giuridico in occasione del quale la clausola è stata conclusa. Questo requisito risponde alla necessità di evitare che una parte sia colta di sorpresa dall'attribuzione a un determinato foro del complesso di controversie che dovessero sorgere nei rapporti intrattenuti con la controparte, ma che abbiano origine da rapporti diversi da quello in occasione del quale è stata convenuta la clausola di scelta del foro. Pertanto, qualora tale clausola faccia riferimento in astratto alle controversie derivanti da relazioni contrattuali, essa non potrà estendersi alle controversie relative alla responsabilità extracontrattuale della controparte in ragione della sua partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale⁴⁴. Ciò in quanto una simile controversia non è ragionevolmente prevedibile dall'impresa vittima al momento della conclusione della clausola (essendo altresì ignota la partecipazione all'intesa della propria controparte), né può ritenersi che tale controversia trovi origine nei rapporti contrattuali con la controparte⁴⁵. A una diversa conclusione,

nel senso della piena applicabilità della clausola attributiva di giurisdizione, deve invece giungersi nel caso in cui tale clausola faccia espresso riferimento alle controversie relative alla responsabilità da illeciti anticoncorrenziali.

A completamento di quanto appena esposto, nel recente caso *Apple c. eBizcuss*⁴⁶, avente a oggetto un'azione di risarcimento danni proposta da un distributore nei confronti di un proprio fornitore ex art. 102 TFUE, la Corte ha chiarito che mentre una intesa ex art. 101 TFUE non è in linea di principio connessa al rapporto contrattuale tra il partecipante a detta intesa e un terzo, una condotta abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE può invece materializzarsi nei rapporti contrattuali intrattenuti da un'impresa in posizione dominante per effetto delle condizioni contrattuali applicabili tra le parti. Conseguentemente, nella misura in cui il preteso comportamento anticoncorrenziale ex art. 102 TFUE non è estraneo al rapporto contrattuale nell'ambito del quale è stata pattuita la clausola attributiva di giurisdizione, l'applicazione di quest'ultima non può essere esclusa per il solo motivo che essa non faccia espresso riferimento alle controversie vertenti sulla responsabilità per violazione delle norme antitrust⁴⁷.

Infine, la competenza può risultare da una proroga tacita ai sensi dell'art. 26 del Regolamento, quando il convenuto compare in giudizio senza eccepire l'incompetenza del giudice adito.

⁴³ C. giust. Ue "CDC", cit., punto 63.

⁴⁴ C. giust. Ue "CDC", cit., punto 70.

⁴⁵ Simili argomentazioni sono state adoperate dalla Court of Appeal nel caso *Ryanair c. ESO Italiana* che, nel ritenere che una clausola attributiva di competenza prevista all'interno di un contratto di fornitura non si estendesse alle controversie risarcitorie da illecito antitrust, aveva osservato che «*rational businessmen would be surprised to be told that a non-exclusive jurisdiction clause bound or entitled the parties to that sale to litigate in a contractually agreed forum an entirely non-contractual claim for breach of statutory duty pursuant to article 101, the essence of which depended on proof of unlawful arrangements between the seller and third parties with whom the buyer had no relationship*

whatsoever, and the gravamen of which was a matter which probably affected many other potential claimants, with whom such a buyer might very well wish to link itself» (causa *Ryanair Ltd v ESO Italiana Srl* [2013] EWCA Civ 1450).

⁴⁶ C. giust. Ue 24 ottobre 2018, causa C-595/17, *Apple c. eBizcuss*, EU:C:2018:854.

⁴⁷ C. giust. Ue "Apple c. eBizcuss", cit., punto 30.

III. La legge applicabile agli atti limitativi della concorrenza

Il secondo problema riguarda l'individuazione del diritto che il giudice nazionale competente dovrà applicare agli atti limitativi della concorrenza e alle loro conseguenze, che trova ora soluzioni specifiche, e del tutto inedite in questo settore, nel Regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (c.d. Roma II)⁴⁸.

Il Regolamento Roma II contiene una regola generale, che stabilisce in primo luogo l'applicazione della legge dello Stato ove si verifica il danno diretto (art. 4 § 1) o, in secondo luogo, quella dello Stato della residenza abituale del presunto responsabile e della vittima, se comune (art. 4 § 2), e una disposizione ancora più generale che a determinate condizioni permette alle parti di scegliere la legge applicabile all'illecito e alle sue conseguenze (art. 14). Queste disposizioni però non si applicano nel caso di alcuni illeciti specifici, tra i quali rientrano proprio gli atti limitativi della concorrenza⁴⁹, che sono invece soggetti esclusivamente alle disposizioni dell'art. 6.

⁴⁸ Il Regolamento è applicabile a partire dall'11 gennaio 2009. Nel caso di illeciti anticoncorrenziali che abbiano avuto luogo prima di tale data, la legge applicabile sarà determinata con riferimento alle norme di diritto internazionale privato dello Stato membro in cui l'azione di risarcimento è avviata. Sul punto v. High Court of Justice 9 marzo 2018, *Deutsche Bahn AG & Ors v Mastercard Incorporated & Ors* [2018] EWHC 412.

⁴⁹ Il Regolamento Roma II definisce la restrizione della concorrenza al considerando n. 23 come comprendente «divieti di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in uno Stato membro o nel mercato interno, nonché il divieto di abusare di una posizione dominante nell'ambito di uno Stato membro o del mercato interno, quando tali accordi, decisioni, pratiche concordate e abusi di posizione dominante

Questo prevede in via generale l'applicazione del diritto dello Stato sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto (art. 6, § 3, lett. a)⁵⁰. Il considerando n. 22 precisa inoltre che l'art. 6 riguarda le violazioni della legislazione sulla concorrenza a livello sia nazionale che comunitario.

Il legislatore europeo ha però voluto indicare una soluzione nei casi in cui l'atto limitativo della concorrenza produca effetti in più Stati (*multijurisdiction violations*), che, sulla base dell'art. 6, § 3, lett. a, sarebbero soggetti al diritto di ciascuno di essi. In questi casi, ai sensi della lett. b, se l'azione di risarcimento del danno sia stata proposta dinanzi al giudice del domicilio del convenuto, l'attore può scegliere di fondare tutte le proprie pretese su una sola legge, quella del giudice adito, «purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa». Inoltre, se il giudice sia stato adito in quanto giudice del domicilio di uno dei convenuti, l'attore può scegliere di fondare le proprie pretese esclusivamente sulla *lex fori* «qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice». Sembra doversi ritenere che per l'applicazione di questa disposizione debbano sussistere entrambe le condizioni – una restrizione della concorrenza che produca effetti in più Stati e una pluralità di convenuti.

Per gli illeciti che ostacolano la concorrenza in più Stati, quindi, l'attore avrà una pur limitata possibilità di scegliere

siano vietati dagli articoli [101] e [102] del Trattato o dalla legge di uno Stato membro».

⁵⁰ Si ricorda che tutte le norme di conflitto del Regolamento hanno carattere universale, possono cioè richiamare sia la legge di uno Stato membro dell'Unione, sia la legge di Stati terzi.

la legge applicabile alla controversia, tra la *lex fori* e il diritto di ciascuno Stato le cui norme *antitrust* sono state violate. Nel primo caso il convenuto o i convenuti si troveranno così esposti a un diritto unico, anche se i comportamenti abbiano violato normative di Stati diversi. Non si tratta però di un diritto non prevedibile per i convenuti, dato che la *lex fori* può applicarsi alla generalità dei comportamenti solo se il mercato di questo Stato sia direttamente e sostanzialmente interessato dal comportamento.

Il giudice si troverà quindi ad applicare una legge diversa dalla *lex fori* quando la giurisdizione si fonda sul domicilio del convenuto e la concorrenza sul mercato di questo Stato non è ostacolata dal comportamento, oppure quando, in caso di *multijurisdiction violations* che interessino anche questo paese, l'attore non abbia chiesto che venga applicata in via esclusiva questa legge. Ancora, il diritto applicabile potrà essere un diritto straniero quando la giurisdizione sia determinata dalla localizzazione di una filiale o succursale o dalla scelta delle parti.

L'art. 15 Reg. Roma II fornisce poi un elenco non esaustivo delle questioni che rientrano nell'ambito della legge applicabile. Tuttavia, alcune di esse vengono risolte dal diritto dell'Unione quando si lamenti la violazione delle disposizioni di questo. Ove si tratti di un'intesa di dimensione europea, invero, le norme di riferimento sulla base e sulla portata della responsabilità, compresa la determinazione dei soggetti responsabili del comportamento (art. 15 lett. a Reg.), sono contenute nel Trattato e soprattutto nel diritto derivato, comprensivo della prassi applicativa della Commissione e delle sentenze della Corte di giustizia, che forniranno una nozione unitaria dei comportamenti vietati e permetteranno di accertare l'esistenza di deroghe (art. 15 lett. b Reg.), che escludano l'illiceità e quindi qualsiasi risarcimento. Divergenze

potranno aversi sul diritto al risarcimento del danno a causa dell'esistenza di notevoli differenze nelle legislazioni nazionali dal punto di vista del diritto sostanziale e processuale. Difficoltà potranno presentarsi, ad es., in relazione alla prescrizione, che è disciplinata dall'art. 25 § 2 Reg. Ue n. 1/2003 con riferimento all'attività di controllo della Commissione (e delle autorità nazionali quando applichino in via diretta le norme comunitarie di concorrenza). È possibile anche che la durata del termine per la proposizione dell'azione privata differisca nei diversi Stati o che decorra da momenti diversi. Nella sentenza *Manfredi* la Corte di giustizia ha affermato che «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica concordata vietata dall'art. [101 TFUE], purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività», ma che il giudice deve garantire la piena efficacia delle norme comunitarie e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli⁵¹.

Quando, invece, si tratti della violazione di norme nazionali – seppur ormai rara nella prassi, almeno italiana – tutti gli elementi dell'illecito, elencati all'art. 15 Reg. Roma II, saranno regolati dalla legge nazionale individuata ai sensi dell'art. 6. Se l'illecito produce effetti in uno o più Stati diversi da quello del foro, il giudice dovrà applicare le norme nazionali di tali Stati, tenendo in considerazione anche la loro concreta applicazione da parte delle autorità nazionali. Il giudice in questo caso non potrà però richiedere o ricevere aiuto dalle autorità degli altri Stati membri sulla base della Comunicazione del 2004 poiché l'art. 15 § 3 Reg. Ue n. 1/2003 prevede che le autorità naziona-

⁵¹ C. giust. Ue 13 luglio 2006, cause riunite da C-296/04 a C298/04, *Manfredi*, in Racc. 2006, p. I-06619, punti 81 e 89.

li possano presentare osservazioni scritte solo ai giudici del proprio Stato. Inoltre, data la diversità delle norme nazionali in materia di illecito e delle sue conseguenze, le soluzioni potranno divergere quanto all'esistenza del danno, all'ammontare del risarcimento, e così via.

IV. Il giudice competente e la legge applicabile alle controversie derivanti da rapporti contrattuali

È poi possibile – sebbene si ritenga che avvenga con minore frequenza – che il giudice nazionale si trovi a conoscere di controversie nascenti da un contratto nelle quali vengano in considerazione le norme *antitrust*, ove, per esempio, gli venga chiesto di dichiarare che un contratto non produce restrizioni alla concorrenza, oppure una parte opponga la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 101 § 2 TFUE o delle corrispondenti norme nazionali, alla domanda della controparte di adempimento o di risarcimento del danno per inadempimento del contratto stesso⁵².

Analizzando le disposizioni rilevanti in modo molto sommario, in questi casi il foro competente è diverso secondo la qualità dell'attore. Ai sensi dell'art. 18 Reg. Bruxelles I *bis*, infatti, il consumatore può promuovere l'azione sia davanti ai giudici dello Stato del domicilio o della sede del

convenuto, sia al giudice del proprio domicilio. Il primo è criterio di giurisdizione, e deve essere integrato dalle norme nazionali processuali, il secondo è anche criterio di competenza territoriale⁵³. Questa disposizione, che mira a proteggere la parte debole del contratto, si applica nel caso di contratti di vendita a rate di beni mobili materiali, di prestito con rimborso rateizzato o altra operazione di credito connessa con una tale vendita, o per qualsiasi altro contratto di consumo se l'attività del professionista si svolge nello Stato del consumatore o è rivolta a tale Stato. È dubbio, peraltro, che essa si applichi ad azioni collettive in cui i consumatori agiscono attraverso un'associazione poiché la disposizione in parola sembra volta a tutelare la parte debole singolarmente considerata.

Per gli altri contratti di consumo e per la generalità dei contratti si applicherà invece l'art. 7 punto 1 Reg., che prevede la competenza del giudice del luogo della consegna della merce o della prestazione del servizio per le controversie fondate, rispettivamente, su un contratto di compravendita o di prestazione di servizi, o del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio negli altri casi⁵⁴. Potranno venire in considerazione, se del caso, anche il giudice del domicilio di uno dei convenuti ai sensi dell'art. 8 punto 1, il giudice della filiale ai sensi dell'art. 7 punto 5, o il giudice prorogato esplicitamente o implicitamente ai sensi, rispettivamente, degli articoli 25 e 26 Reg. Ue n. 1215/2012.

Quanto alla legge applicabile, è noto che ai sensi Reg. Roma I le parti possono scegliere la legge regolatrice del contratto (art. 3), e che, in mancanza di scelta, sono

⁵² Seppure nel contesto del Reg. Ue n. 1215/2012, la Corte di giustizia ha chiarito che al fine di determinare se una controversia abbia natura contrattuale o extracontrattuale è necessario verificare se il comportamento contestato a una parte può essere considerato un inadempimento alle sue obbligazioni contrattuali, quali possono essere determinate tenuto conto dell'oggetto del contratto (C. giust. Ue 13 marzo 2014, causa C-548/12, *Brogsitter*, EU:C:2014:148, punti 23 ss.).

⁵³ C. giust. Ue 29 luglio 2024, causa C-774/22, *FTI Touristik*, ECLI:EU:C:2024:646.

⁵⁴ Si ricorda che questa competenza, per costante orientamento della Corte di giustizia, sussiste anche quando viene contestata la nullità del contratto.

previsti criteri di collegamento specifici per alcuni tipi contrattuali più frequenti. Negli altri casi si applica la legge dello Stato della residenza o della sede del prestatore caratteristico (art. 4). Regole speciali volte a proteggere la parte debole sono poste all'art. 6 a tutela dei consumatori, che – a differenza di quanto avviene per la giurisdizione, come detto poc'anzi – si applicano anche quando l'azione venga avviata da associazioni. La “sostituzione” del soggetto legittimato ad agire non pare debba influire sulla determinazione della legge applicabile al contratto, che vedrebbe altrimenti modificata la propria legge regolatrice secondo l'identità dell'attore.

L'art. 9 Reg., poi, introduce alcune modifiche al trattamento delle norme di applicazione necessaria rispetto all'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980, che, come si è accennato, continua ad applicarsi ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del Reg. Roma I. L'art. 7 della Convenzione permette l'applicazione delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* (§ 2) e la considerazione delle norme di applicazione necessaria della legge di un altro paese con il quale il contratto presenti uno stretto legame (§ 1). Le norme *antitrust* nazionali, quindi, possono applicarsi o venire in considerazione, secondo i casi, attraverso queste disposizioni. Quando, invece, il contratto violi il divieto di intese dell'art. 101 TFUE, il § 2 dell'art. 7 si applicherà direttamente sancendo la nullità del contratto per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, che nella sentenza *Ecoswiss* ha qualificato le norme *antitrust* del diritto dell'Unione come regole di ordine pubblico dell'Unione⁵⁵.

L'art. 9 Reg. Roma I, invece, contiene una definizione delle norme di applicazione necessaria come le disposizioni «il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per

la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto» secondo lo stesso Regolamento. Viene confermata l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del foro (§ 2), mentre viene limitato il ricorso alle norme di applicazione necessaria di Stati terzi ove si prevede che possa essere dato effetto alle leggi di polizia «del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali leggi di polizia rendono illegale l'adempimento del contratto» (§ 3). Questa disposizione permette dunque di mantenere il rispetto delle regole di concorrenza europee e nazionali nella misura in cui, ad esempio, si discuta di un obbligo di non concorrenza, di una clausola di fissazione dei prezzi o di ripartizione dei mercati, che debbano trovare esecuzione in uno o più Stati.

STEFANIA BARIATTI –ANTONINO CUTRUPI

Bibliografia

T. Ackermann, «Antitrust Damages Actions under the Rome II Regulation», in M. Bultermann – L. Hancher – A. McDonnell – H. Sevenster (eds.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009, p. 116 ss.; J. Adolphsen, «The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the Effects Doctrine», in *J. Priv. Int. Law*, 2005, p. 151 ss.; J. Ashton, *Competition Damages Actions in the EU*, 3rd ed., Cheltenham, 2023; S. Bariatti, «Violazione di norme *antitrust* e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli», in *Riv. dir. intern. priv. proc.*,

⁵⁵ C. giust. Ue 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Ecoswiss*, in *Racc.* 2001, p. I-3055.

2008, p. 349 ss.; J. Basedow, *Weltkartellrecht*, Tübingen, 1998; Id., «Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law», in J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Dordrecht, 2007, p. 229 ss.; J. Basedow – S. Francq – L. Idot, *International Antitrust Litigation. Conflicts of Laws and Coordination*, Oxford, 2012; C. Benini, «La localizzazione dell'illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della sentenza FLYLAL II della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2019, p. 693 ss.; P. Bertoli, «Jurisdiction and Applicable Law in Follow-on Actions», in S. Marino – L. Biel – M. Bajčić – V. Sosoni (eds.), *Language and Law. The Role of Language and Translation in EU Competition Law*, Cham, 2018, p. 87 ss.; P. BUCCIROSSI e a. (eds.), *Collective Redress in Antitrust*, IP/A/ECON/ST/2011-19, PE 475.120, giugno 2012, www.europarl.europa.eu/studies; M. Danov, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, 2010; M. Danov, *Private International Law and Competition Litigation in a Global Context*, Oxford, 2023; L. Di Giambattista, «Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green Paper», in *Dir. UE*, 2006, p. 729 ss.; J. Fitchen, «Allocating Jurisdiction in Private Competition Law Claims within the EU», in *Maastricht J. Eur. and Comp. Law*, 2006, p. 381 ss.; C. Fratea, «Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato», in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, (a cura di) P. Manzini, Torino, 2017, p. 171 ss.; L. Geelhand – S. Gartagan, «CDC v Akzo Nobel and Others: Clarifications on the Jurisdiction Rules in Cartel Damages Claims», in *Journ. Eur. Competition Law & Practice*, 2015, p. 713 ss.; M. Hellner, «Private International Enforcement

of Competition Law. The Application of Foreign Competition Law», in *Yb. Priv. Int. Law*, 2002, p. 257 ss.; L. Hornkhol – N. Imgarten, «Antitrust Damages Actions in National Courts: Trends in the Case-Law of the European Court of Justice», in *Yb. Proc. Law of the Court of Justice of the European Union*, 5a ed., 2023, p. 24 ss.; L. Idot, «Les conflits de lois en droit de la concurrence», in *J. dr. intern.*, 1995 p. 321 ss.; L. Idot, «Droit de la concurrence», in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs – H. Muir Watt – E. Pataut (dir.), Paris, 2004, p. 255 ss.; C. Kessedjian, «Competition», in *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, 1996, p. 173 ss.; G. Mäsch, «Vitamine für Kartellpöfer – Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht», in *IPRax*, 2005, p. 509 ss.; A. Maton – S. Latham – M. Kuijper – T. Angerbauer, «Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation», in *Journ. Eur. Competition Law & Practice*, 2012, p. 586 ss.; A. Miglio, «The Private Enforcement of Competition Law and Digital Markets: Issues of Jurisdiction and Applicable Law», in J. Alberti – L. Calzolari – C. Cellerino – F. Croci – A. Miglio (eds.), *Public and Private Enforcement of EU Competition Law in the Age of Big Data*, Torino, 2024, p. 167 ss.; F. Munari, «L'entrata in vigore del Regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement», in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 757 ss.; F. Munari, «L'incidenza delle norme comunitarie antitrust sull'autonomia delle imprese», in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 593 ss.; R. Nazzini, «Are claims for tortious damages for breach of the antitrust rules arbitrable in the European Union? Some reflections on the CDC case in the Court of Justice», in *Italian Antitrust Review*, 2016, p. 70 ss.; M. Negri, «Il "cartello delle vitamine" e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust», in

Int'l Lis, n. 3-4, autunno 2007, p. 143 ss.; S. Peari, M. Teo, «Justifying Concurrent Claims in Private International Law», in *Cambridge Law Journal*, vol. 81, 2023, p. 138 ss.; C. Ryngaert, «Foreign-To-Foreign Claims. The US Supreme Court's Decision (2004) v. The English High Court's Decision (2003) in The Vitamins Case», in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, p. 611 ss.; T. Schreiber – C. Krüger – P. Burke, «Practical challenges for cross-border follow-on actions», in P. L. Parcu – G. Monti – M. Botta (eds.), *Private Enforcement of EU Competition Law*, Cheltenham, 2018, p. 15 ss.; T. Thiede, «Fine to follow-on? Private anti-trust actions in European law», in *China-EU Journal*, 2017, p. 233 ss.; J. Turner – A. Howard – M. Armitage, «Litigating Infringements in the National Courts», in D. Bailey – L. E. John (eds.), *Bellamy & Child - European Union Law*

of Competition, Oxford, 2018, p. 1366 ss.; C. Withers, «Jurisdiction and Applicable Law in *Antitrust Tort Claims*», in *Journ. Bus. Law*, 2002, p. 250 ss.; W. Wurmnest, «Plotting the Boundary between Contract and Tort Jurisdiction in Private Actions against Abuses of Dominance: *Wikinghof v. Booking*», in *C.M.L.Rev.*, vol. 58, 2021, p. 1571 ss.

ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE E DIRITTO ANTITRUST

Sommario: I. Premessa. – II. Arbitrabilità delle controversie *antitrust* negli Stati Uniti. – III. Arbitrabilità delle controversie *antitrust* nell'Unione europea. – IV. Cooperazione tra giudici, arbitri e Commissione UE in materia *antitrust*. – V. Arbitrato commerciale internazionale, ordine pubblico e diritto della concorrenza. – VI. Controllo del giudice in sede di impugnazione e riconoscimento del lodo arbitrale.

I. Premessa

Da tempo il tema dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust* e dei problemi ad essa sottesi è divenuto un punto fermo sia delle trattazioni maggiormente orientate verso i profili dell'arbitrato commerciale internazionale, sia delle trattazioni maggiormente orientate verso quello che viene comunemente definito il *private enforcement* del diritto della concorrenza. Le ragioni di ciò sono alquanto intuitive: da un lato, in quanto nell'attuale momento storico l'arbitrato commerciale rappresenta, con riferimento al commercio internazionale, il principale strumento di soluzione delle controversie nelle quali, molto spesso, vengono in rilievo anche aspetti direttamente connessi al diritto della concorrenza; dall'altro lato, in quanto gli arbitri, proprio perché sempre più spesso chiamati a dirimere controversie in materia *antitrust*, concorrono in misura rilevante a favorire l'attuazione del diritto della concorrenza ad opera dei privati.

II. Arbitrabilità delle controversie *antitrust* negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti il tema dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust* ruota essenzialmente intorno a due contrapposti *leading cases*. Il primo è costituito dalla sentenza *American Safety Equip. Corp v. J.P. Maguire & Co.* del 1968 nella quale i giudici della Corte di appello del secondo distretto hanno escluso la compromettibilità in arbitri delle controversie *antitrust*. In tale pronuncia, infatti, rilevato che la normativa a tutela della concorrenza era stata emanata con lo specifico fine di tutelare l'interesse nazionale nell'ambito di una libera e competitiva economia di mercato, i giudici americani hanno ritenuto che l'avvio di un'azione legale ai sensi dello *Sherman Act* o del *Clayton Act* presentasse una rilevanza che trascende le singole parti coinvolte per cui doveva ritenersi che il Congresso non avesse inteso prevedere la possibilità che tali controversie fossero definite al di fuori delle aule delle corti giudiziarie¹. Leggendo la sentenza, peraltro, risulta evidente che le vere ragioni della soluzione adottata dai giudici americani erano: a) l'intimo legame esistente tra il *private enforcement* della normativa *antitrust* ad opera della giustizia togata e la possibilità per le corti di concedere il tipico risarcimento "triplo"; b) i contratti che presentano elementi di illiceità sotto il profilo concorrenziale sono, molto spesso, contratti di adesione, per cui non può escludersi il rischio che

¹ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Morgan*, 391 F.2d 821, 826 (1968).

la clausola arbitrale negli stessi contenuta sia il frutto dell'imposizione unilaterale ad opera della parte economicamente più forte, e non il risultato di una libera ed equa negoziazione tra le parti; c) la presunta incompatibilità tra le caratteristiche tipiche dell'arbitrato (semplicità, rapidità e riservatezza) e l'intrinseca complessità delle controversie in materia *antitrust*; d) il fatto che il diritto della concorrenza costituisce una materia troppo seria per essere devoluta alla competenza di soggetti che, il più delle volte, provengono da quel mondo economico la cui attività rappresenta il destinatario naturale delle regole antimonopolistiche.

Il secondo *leading case* risale al 1985 ed è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Pl Plymouth, Inc.* Con tale pronuncia la Corte Suprema, pur senza procedere ad un formale *overruling* della pronuncia del 1968, ha sancito il principio dell'arbitrabilità delle controversie internazionali *antitrust* rilevando che considerazioni di cortesia internazionale, rispetto delle capacità dei tribunali stranieri e sensibilità alle esigenze del commercio internazionale impongono il rispetto delle clausole arbitrali sottoscritte dalle parti².

Per giungere a tale conclusione la Corte Suprema ha, innanzitutto, escluso qualsiasi rilevanza della tesi secondo cui le controversie *antitrust* nascono, di regola, da contratti di adesione e che, conseguentemente, la clausola arbitrale in essi contenuta si espone al rischio di essere unilateralmente imposta dalla parte economicamente più forte. In secondo luogo, con specifico riferimento all'asserita inidoneità dell'istituto dell'arbitrato a consentire un'efficace e corretta gestione delle complesse liti *antitrust* la Corte suprema ha dichiarato apertamen-

te di dubitare che le controversie *antitrust* possano essere ritenute aprioristicamente inadatte ad essere compromesse in arbitri. Infine, con specifico riferimento alla fondamentale importanza della legislazione *antitrust* all'interno del sistema capitalista statunitense e del ruolo svolto dalla *treble damages action*, la Corte suprema ha escluso che l'istituto dell'arbitrato potesse rappresentare un ostacolo alle funzioni compensativa e deterrente di tale azione. Partendo, infatti, dall'assunto secondo cui gli arbitri sono vincolati al rispetto della volontà delle parti, i giudici hanno messo in luce il fatto che se le parti hanno convenuto di devolvere alla competenza di un collegio arbitrale determinate controversie, ivi comprese quelle relative al diritto *antitrust* statunitense, il collegio arbitrale è tenuto a risolvere tali controversie facendo applicazione della legge nazionale da cui originano le controversie medesime.

Per quanto riguarda, invece, il tema dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust* domestiche la sentenza *Mitsubishi* non ha inciso sulla perdurante validità dell'*American safety doctrine*. Tuttavia, nel corso degli anni successivi diversi giudici distrettuali hanno spontaneamente esteso la giurisprudenza *Mitsubishi* anche a fattispecie puramente di diritto interno³, contribuendo in tal modo a rafforzare ulteriormente l'istituto dell'arbitrato.

³ *Genna v. Lady Foot Int'l., Inc.*, 1986-2 Trade cas. (CCH) (E.D. Pa. 1986); *Gemco Latinoamerica, Inc., v. Seiko Time Corp.*, 671 F. Supp. 972, 980 (S.D.N.Y. 1987); *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168, 173 (7th Cir. 1988); *GKG Caribe, Inc. v. Nokia-Mobira, Inc.*, 725 F. Supp. 109 (d.P.R. 1989); *Cindy's Candle Co. v. WNS, Inc.*, 714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989); *Western Int'l. Media Corp v. Johnson*, 754 F. Supp. 871, 873-874 (S.D. Fla. 1991); *Syscomm Int'l. Corp. v. Synoptics Comms., Inc.*, 25 F. 3d 1437 (9th Cir. 1994); *Crown Homes, Inc., v. Landes*, 27 Cal. Rptr. 2d 827 (cal. App. 2 Dist., 1994); *Georges Fischer Foundry System, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 1994 - 1 Trade cas. (CCH) 70.556 (E.D. Mich. 1994).

² *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Pl Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

III. Arbitrabilità delle controversie *antitrust* nell'Unione europea

All'interno dei Trattati (intendendosi con tale espressione sia il TUE sia il TFUE) non esiste una previsione che sancisca esplicitamente la possibilità di deferire agli arbitri la soluzione di controversie attinenti al diritto *antitrust*. L'art. 272 TFUE, infatti, prevede unicamente la competenza della Corte di giustizia a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato dall'Unione europea o per conto di questa; mentre il successivo art. 273 TFUE stabilisce che la Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso. Da un punto di vista strettamente letterale, pertanto, le norme in questione nulla dicono a proposito del tema di fondo della compromettibilità in arbitri di controversie *antitrust*, posto che tali norme non sanciscono in alcun modo, né escludono, la possibilità per i privati di devolvere alla giustizia arbitrale le loro controversie in materia *antitrust*. Da sempre, tuttavia, la prassi decisionale della Commissione ha mostrato un deciso *favor* nei confronti dell'istituto dell'arbitrato con specifico riferimento al tema delle controversie *antitrust*. A mero titolo esemplificativo, infatti, si deve osservare che, nella vigenza del Reg. 17/1962, la Commissione ha spesso subordinato la concessione di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101, § 3 TFUE alla comunicazione, da parte dei beneficiari, di ogni lodo o procedimento arbitrale relativo all'applicazione o all'interpretazione degli accordi esentati dal divieto⁴. Inoltre, lo

stesso Reg. 556/89 in materia di esenzioni per categoria di accordi di licenza di *know how* prevedeva espressamente la possibilità per la Commissione di revocare il beneficio dell'esenzione nel caso in cui fosse stato accertato che un lodo arbitrale relativo ad un accordo esentato era in grado di produrre effetti anticoncorrenziali incompatibili con le condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE⁵. Infine, merita di essere ricordata la decisione *UIP*, relativa ad una serie di accordi conclusi da tre società americane per la distribuzione in comune dei film all'interno dell'Unione europea, nella quale la Commissione ha imposto alle parti l'obbligo di sottoporre a giudizio arbitrale qualsiasi controversia relativa all'assegnazione dei film che sarebbe potuta insorgere con un gestore⁶. Una simile prassi è stata seguita anche in tempi più recenti: nel mese di maggio 2018 la Commissione europea ha adottato una decisione che impone a Gazprom una serie di obblighi volti a dissipare le riserve della Commissione relative alla concorrenza e a consentire il libero flusso di gas a prezzi competitivi sui mercati dell'Europa centrale e orientale, a vantaggio delle imprese e dei consumatori europei. Tra questi obblighi, in particolare, è previsto che se Gazprom e i suoi clienti non si accordano su un nuovo prezzo entro 120 giorni, la controversia può essere deferita ad un arbitro. L'arbitro imporrà un prezzo del gas competitivo che tenga pienamente conto dei suddetti parametri di riferimento in Europa occidentale.

p. 13; dec. Comm. UE, 23 dicembre 1971, *Henkel/Colgate*, in G.U.C.E. L14, 18 gennaio 1972, p. 14; dec. Comm. UE, 18 luglio 1975, *Kabelmetal*, in G.U.C.E. L222, 22 agosto 1975, p. 34.

⁵ Reg. 556/89 della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 85 § 3 del trattato a categorie di accordi di licenza di know-how, in G.U.C.E. L61, 4 marzo 1989, p. 1.

⁶ Dec. Comm. UE, 12 luglio 1989, *UIP*, in G.U.C.E. L226, 3 agosto 1989, p. 25.

⁴ Dec. Comm. UE, 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist Brocades*, in G.U.C.E. L30, 5 febbraio 1976,

E' stato, inoltre, previsto che l'arbitrato deve svolgersi all'interno dell'UE e che i tribunali arbitrali nell'UE hanno l'obbligo di rispettare e applicare il diritto della concorrenza dell'UE. Significativo, infine, risulta l'esplicita previsione secondo cui la Commissione ha il diritto di intervenire in tali casi in veste di *amicus curiae*.

Considerazioni analoghe si impongono con riferimento alla prassi della Commissione in materia di operazioni di concentrazioni. Come noto, il Reg. 139/04 (come, del resto, il Reg. 4064/1989) prevede la possibilità per la Commissione di dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune in considerazione degli impegni assunti dalle imprese e finalizzati a fugare i dubbi della Commissione sulla natura anticoncorrenziale dell'operazione di concentrazione. In tale contesto, sovente la Commissione ha subordinato l'accettazione degli impegni di natura comportamentale al fatto che le parti della concentrazione si obbligassero a devolvere alla giustizia arbitrale la soluzione di eventuali controversie relative al rispetto degli impegni assunti nei confronti della Commissione (c.d. impegno ad arbitrare o *arbitration commitment*).

Per quanto riguarda il panorama giurisprudenziale, per contro, da un lato non può essere sottaciuto il fatto che ad oggi la Corte di giustizia non si è mai pronunciata esplicitamente sul tema dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust*; dall'altro lato, che nelle sentenze *Nordsee*⁷, *Comune di Almelo*⁸ e sentenza *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton*⁹ la questione della deferibilità agli arbitri della controversie *antitrust* è stata ritenuta un dato ormai acquisito.

⁷ C. giust. CE, 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.* 1984, p. 1095 ss.

⁸ C. giust. CE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.* 1996, p. I-1477 ss.

⁹ C. giust. CE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton*, in *Racc.* 2001, p. I-3055.

Tale conclusione trova ulteriore conferma a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 relativo alla c.d. modernizzazione delle regole *antitrust* nell'Unione europea. A tale proposito, infatti, si osserva che la regola della riconosciuta compromettibilità delle controversie *antitrust* ha sempre trovato un limite nell'impossibilità per gli arbitri (al pari dei giudici nazionali) di concedere un'esenzione individuale *ex art.* 101, par. 3 TFUE e di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di accertata violazione della normativa *antitrust*, in quanto di competenza esclusiva della Commissione. Sennonché, nel momento in cui tale monopolio della Commissione viene meno a vantaggio di una competenza concorrente dei giudici nazionali, il principio della generale compromettibilità in arbitri delle controversie *antitrust* impone di riconoscere anche in capo agli arbitri il potere di applicare l'art. 101 TFUE nella sua interezza, con il solo limite del divieto di comminare sanzioni.

Con riferimento al tema dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust*, l'entrata in vigore (e il successivo recepimento nei vari ordinamenti giuridici nazionali) della direttiva 2014/104/UE sulle azioni risarcitorie *antitrust* ha chiaramente confermato la giurisprudenza e la prassi applicativa sopra descritte. Infatti, il Considerando 48 sottolinea l'importanza di "pervenire ad una transazione «definitiva» per i convenuti al fine di ridurre le incertezze per gli autori della violazione e i soggetti danneggiati. Pertanto, gli autori della violazione e i soggetti danneggiati dovrebbero essere incoraggiati a concordare il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza per mezzo di meccanismi di composizione consensuale delle controversie, come le transazioni stragiudiziali (comprese quelle in cui un giudice può dichiarare vincolante una transazione), l'arbitrato, la mediazione o la conciliazione". In altre parole, il fatto che l'istituto dell'arbitrato sia stato espres-

samente menzionato nel novero dei meccanismi di composizione consensuale delle controversie che la direttiva stessa incentiva conferma, seppur indirettamente, che le controversie *antitrust* (e, in particolare, le azioni di risarcimento del danno per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE) rientrano a pieno titolo tra le controversie arbitrabili.

Un altro aspetto emerso soprattutto negli ultimi anni in ordine alla questione dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust* riguarda il problema di stabilire se e fino a che punto una clausola arbitrale redatta in termini generali e senza alcun esplicito riferimento alle controversie *antitrust* possa essere ritenuta riferita anche a simili controversie.

Ad oggi, tale specifica questione non è stata ancora affrontata direttamente dalla Corte di giustizia la cui giurisprudenza sull'analoga questione riferita, tuttavia, alle clausole di giurisdizione ai sensi del Regolamento n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis) è stata espressamente richiamata in alcune pronunce rese da giudici nazionali. Come noto, la Corte di giustizia ha stabilito, da un lato, che una clausola attributiva di competenza ai sensi del citato Regolamento (e dei Regolamenti che lo hanno preceduto) che si riferisce astrattamente alle controversie che sorgono in relazione ad un rapporto contrattuale non copre una controversia relativa alla responsabilità extracontrattuale in cui una controparte è asseritamente incorsa a causa della sua partecipazione ad un'intesa vietata dall'art. 101 TFUE: secondo la Corte di giustizia, infatti, poiché una controversia del genere non è ragionevolmente prevedibile per l'impresa vittima nel momento in cui essa ha prestato il suo consenso a detta clausola (per l'ovvia ragione che l'intesa illecita le è ignota a tale data), non si può ritenere che tale controversia trovi origine nel rapporto contrattuale in questione¹⁰;

dall'altro lato, tuttavia, la stessa Corte di giustizia ha escluso che tali considerazioni possano essere utilmente invocate con riferimento ad una clausola attributiva di competenza invocata nell'ambito di una controversia relativa alla responsabilità di un'impresa per violazione dell'art. 102 TFUE: mentre, infatti, il comportamento anticoncorrenziale vietato dall'art. 101 TFUE non può essere, in linea di principio, ricollegato direttamente al rapporto contrattuale tra il partecipante ad un'intesa ed un terzo sul quale l'intesa produce i suoi effetti, l'abuso di posizione dominante ben può materializzarsi nei rapporti contrattuali dell'impresa egemone per effetto delle condizioni contrattuali; di conseguenza, la Corte di giustizia ha stabilito che l'applicazione ad un'azione di risarcimento del danno proposta da un distributore nei confronti del proprio fornitore ai sensi dell'art. 102 TFUE di una clausola attributiva di competenza giurisdizionale contenuta nel contratto concluso tra le parti non può essere esclusa per il solo motivo che detta clausola non fa espresso riferimento alle controversie *antitrust*¹¹.

Anche sul versante delle pronunce dei giudici nazionali relative alle clausole arbitrali si registrano diverse impostazioni. Nella pronuncia *Kemira Chemicals Oy v. CDC*¹² la Corte di appello di Amsterdam si è conformata alla pronuncia della Corte di giustizia nel caso CDC escludendo che un'azione risarcitoria per violazione dell'art. 101 TFUE potesse essere ricompresa nell'ambito di una clausola arbitrale redatta in termini generali; per contro, nella pronuncia *Microsoft Mobile Oy (Ltd) v. Sony Europe Limited & Ors* dell'English High Court i giudici inglesi hanno ritenuto che

¹⁰ C. giust. UE, 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC*, ECLI:EU:C:2015:335.

¹¹ C. giust. UE, 24 ottobre 2018, causa C-595/17, *Apple Sales International c. MJA*, ECLI:EU:C:2018:854

¹² Court of appeal of Amsterdam, *Kemira Chemicals Oy v. CDC*, case No. 200.156.295/01, 21 July 2015.

un'azione risarcitoria per violazione dell'art. 101 TFUE fosse ricompresa nell'ambito di una generale clausola arbitrale inserita nel contratto di fornitura sottoscritto dalle parti in quanto quest'ultimo prevede l'obbligo di negoziare i prezzi in buona fede, a nulla rilevando il fatto che l'attore avesse qualificato la propria domanda come un'azione per responsabilità extracontrattuale e non come un'azione per inadempimento contrattuale¹³; infine, la Corte regionale di Dortmund, ha ritenuto ricompresa nell'ambito di una clausola arbitrale redatta in termini generali una controversia risarcitoria per violazione di una decisione resa dal Bundeskartellamt sottolineando che le clausole arbitrali devono essere interpretate in modo estensivo, tenuto altresì conto del fatto che, di regola, le parti, quando sottoscrivono una clausola arbitrale, non intendono fare alcuna distinzione tra le azioni di natura extracontrattuale e le azioni di natura contrattuale¹⁴.

IV. Cooperazione tra giudici, arbitri e Commissione UE in materia *antitrust*

Il regolamento n. 1/2003, oltre a sancire la diretta applicabilità da parte dei giudici e delle autorità garanti nazionali degli artt. 101 e 102 TFUE, contiene una serie di norme in materia di cooperazione tra la Commissione, da un lato, e le giurisdizioni nazionali, dall'altro lato, finalizzate principalmente ad assicurare un'effettiva, efficace ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza europee. Tali disposizioni assumono nell'economia del Reg. 1/2003 una

portata fondamentale, in quanto strettamente funzionali al sistema dell'eccezione legale previsto dalla riforma legislativa. È chiaro, infatti, che all'interno di un sistema caratterizzato dalla competenza parallela della Commissione, delle autorità garanti nazionali e delle giurisdizioni degli Stati membri ad applicare integralmente l'art. 101 TFUE, il riconoscimento in capo ai giudici nazionali del potere di effettuare le complesse valutazioni relative alla ricorrenza, nei singoli casi concreti, delle condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE presuppone un efficace sistema di monitoraggio e collaborazione tra l'organo centrale e gli organi periferici. In tale contesto, una meccanica applicazione degli strumenti di cooperazione previsti dal regolamento n. 1/2003 ai giudizi arbitrali sembra doversi escludere per la fondamentale ragione che la cooperazione di cui al Reg. 1/2003 tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali si fonda essenzialmente sull'art. 4, § 3 TUE (già art. 10 TCE) il quale si riferisce ai rapporti tra l'Unione e gli Stati membri. Ciò, peraltro, non significa che non si possa immaginare una qualche forma di cooperazione anche tra la Commissione e gli arbitri, che sia compatibile con le caratteristiche tipiche (riservatezza, rapidità, autonomia) dell'arbitrato. D'altra parte, la sempre crescente diffusione dell'arbitrato nel commercio internazionale e la sempre maggiore frequenza con la quale gli arbitri sono chiamati ad interpretare ed applicare le norme *antitrust* rende opportuno, anche per gli stessi arbitri, ricercare la possibilità di una cooperazione con la Commissione al fine di ottenere informazioni e/o pareri in grado di chiarire talune questioni di concorrenza particolarmente complesse, difficili o nuove. L'art. 15, § 1 sancisce la possibilità per i giudici degli Stati membri di chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative

¹³ English High Court, *Microsoft Mobile OY (Ltd) v. Sony Europe Limited & Ors*, 2017, EWHC 374 (Ch).

¹⁴ Regional Court of Dortmund, sentenza 13 settembre 2017.

all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Sebbene la norma non specifichi l'oggetto di tali informazioni e/o pareri, è ragionevole ritenere che l'auspicato scambio di informazioni abbia quale scopo quello di mettere in grado le giurisdizioni degli Stati membri di raccogliere dati in merito alle procedure in corso nonché pareri su questioni giuridiche ed economiche. Per quanto riguarda le questioni c.d. "giuridiche", preso atto che a questi ultimi è fatto divieto di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, a maggior ragione dovrebbe ammettersi per gli arbitri la possibilità di sottoporre alla Commissione quesiti su questioni giuridiche, giacché solo per tale via sarebbe possibile instaurare un'efficace forma di cooperazione con la Commissione, indispensabile per favorire una corretta applicazione della normativa *antitrust* europea da parte dei tribunali arbitrali. Sotto tale profilo, d'altra parte, si osserva che nel contesto del controllo delle concentrazioni, la Commissione è solita, nell'ambito dei cc.dd. *commitments to arbitrate*, prevedere espressamente la possibilità per gli arbitri di richiedere alla Commissione un'interpretazione autentica degli impegni prima di prendere una decisione finale nonché la possibilità per la stessa Commissione di sottoporre agli arbitri proprie osservazioni motivate¹⁵. Per quanto riguarda, invece, eventuali richieste di informazioni di natura economica, lo strumento che più si addice a fornire un'adeguata copertura dogmatica è senz'altro quello della consulenza tecnica d'ufficio, espressamente prevista in Italia per il processo ordinario di cognizione (art. 191 e ss. c.p.c.) e pacificamente ammessa con riferimento al giudizio arbitrale. L'art. 15, n. 3 del regolamento

n. 1/2003 prevede, inoltre, la possibilità per le autorità garanti della concorrenza nazionali di presentare d'ufficio osservazioni scritte, e previa autorizzazione della giurisdizione competente anche osservazioni orali, agli organi giurisdizionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Analoga facoltà è attribuita anche alla Commissione. A tale proposito, appare evidente che se si ritiene che le osservazioni (orali e/o scritte) dell'autorità garante e della Commissione costituiscono una sorta di intervento del terzo, si dovrebbe necessariamente escludere la possibilità che tali osservazioni vengano presentate nell'ambito di un giudizio arbitrale rispetto, al quale l'istituto dell'intervento del terzo non ha cittadinanza. L'arbitrato, come noto, deriva la propria legittimazione dalla natura pattizia della convenzione arbitrale sottoscritta dalle parti e, pur nel silenzio della legge, segue fedelmente uno schema dualistico. Per tale motivo, a meno che non si voglia vanificare del tutto il diritto dell'autorità garante e della Commissione di presentare osservazioni, si potrebbe pensare ad una forma di cooperazione tra la Commissione, le autorità garanti nazionali e gli arbitri, sulla falsariga di quanto da tempo riconosciuto nell'ambito degli arbitrati internazionali in materia di investimenti, senza che ciò determini necessariamente una violazione del carattere privato ed indipendente dell'arbitrato.

Anche sotto tale profilo l'entrata in vigore della direttiva 2014/104/UE sembra porsi in grado di provocare importanti effetti di ricaduta sull'istituto dell'arbitrato. Come noto, la direttiva ha introdotto una serie di regole finalizzate a consentire ai giudici nazionali di ordinare alla controparte, ai terzi e alle autorità garanti della concorrenza la divulgazione di prove rilevanti ai fini del giudizio che si trovano nella disponibilità di tali soggetti al fine

¹⁵ Dec. Comm. UE, 22 novembre 2004, *Piaggio/Aprilia*, COMP/M3570, in G.U.C.E. C7, 11 gennaio 2005, p. 5.

di ovviare a quella asimmetria informativa tipica delle azioni risarcitorie. Sebbene tali disposizioni riguardino soltanto le giurisdizioni nazionali, e non i tribunali arbitrali (che non rientrano nel concetto di giurisdizione elaborato dalla Corte di giustizia), non appare azzardato sostenere che le stesse disposizioni sulla divulgazione delle prove trovino applicazione anche nei procedimenti arbitrali. Invero, se gli artt. 101 e 102 TFUE sono elementi di ordine pubblico e devono essere applicati efficacemente in tutta l'Unione al fine di garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta e se le disposizioni della direttiva 2014/104/UE altro non sono che gli strumenti attraverso cui l'Unione europea mira a realizzare l'attuazione di quell'ordine pubblico, ne consegue che anche i tribunali arbitrali non potranno esimersi dal dare attuazione a quelle stesse norme in tema di divulgazione della prova proprio perché norme di ordine pubblico. Ovviamente, resta il fatto che un tribunale arbitrale non può autonomamente ordinare la divulgazione di prove a soggetti terzi non parte del procedimento arbitrale né, a maggior ragione, ad una autorità garante della concorrenza. Tuttavia, attraverso la collaborazione con il giudice nazionale del luogo in cui ha sede l'arbitrato, anche tale ostacolo potrebbe essere facilmente superato, rafforzando così la corretta ed uniforme applicazione del diritto *antitrust* dell'Unione europea ad opera dei privati, non solo davanti ai giudici nazionali, ma anche davanti ai tribunali arbitrali.

V. Arbitrato commerciale internazionale, ordine pubblico e diritto della concorrenza

A livello di diritto dell'Unione europea la questione se le norme *antitrust* costituiscono norme di ordine pubblico

è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Eco Swiss China*. In quell'occasione, peraltro, mentre l'Avvocato generale Saggio aveva espressamente qualificato l'art. 101 TFUE come norma di ordine pubblico economico, la Corte di giustizia si è limitata, da un lato, a stabilire che l'art. 101 TFUE costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno; e, dall'altro lato, a sottolineare che nei limiti in cui il giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondato sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE).

In Italia le norme *antitrust* (nazionali ed europee) sono state espressamente qualificate come norme di ordine pubblico dalla Corte di appello di Milano nelle pronunce *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini c. Madaus* del 2002¹⁶ e *Terra Armata c. Tensacciai* del 2006¹⁷. In entrambi i casi, i giudici di Milano hanno sottolineato, sebbene in relazione al problema della compromettibilità in arbitri delle controversie *antitrust*, che le norme sostanziali *antitrust* sono bensì norme imperative, di ordine pubblico economico, ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili.

In Svezia, la Corte di appello di Svea ha sottolineato che, sebbene in Svezia la nozione di ordine pubblico è intesa in senso restrittivo, «another example of an award capable of being deemed to infringe Swedish order public is where the award

¹⁶ App. Milano 13 settembre 2002, n. 2090, in *Riv. arb.*, 2004, p. 105.

¹⁷ App. Milano 15 luglio 2006, n. 1897, in *Riv. arb.*, 2006, p. 744.

infringes on competition law in Sweden or in the European Community»¹⁸.

Analogamente, con riferimento al diritto europeo della concorrenza, il Tribunale di Bruxelles nella vicenda *SNF/Cytec* ha stabilito che «il n'est pas contesté que les articles 81 et 82 du Traité CE constituent des dispositions d'ordre public au sein des Etats membres»¹⁹. Nello stesso senso si è espressa anche la Corte suprema (Oberste Gerichtshof) austriaca nel 2015.

Di contro, il Tribunale federale svizzero, nella sentenza *Terra Armata c. Tensacciai* ha stabilito che fanno parte dell'ordine pubblico soltanto quei valori essenziali e generalmente riconosciuti che, in base ai prevalenti valori in vigore in Svizzera, devono essere considerati come le pietre fondanti di ogni ordinamento giuridico. Conseguentemente, sulla scorta di tale definizione di ordine pubblico, i giudici elvetici hanno concluso che il diritto *antitrust* non appartiene all'ordine pubblico²⁰.

Recentemente, con riferimento alla Cina, una pronuncia della Jiangsu Provincial Higher People's Court del 28 agosto 2016, ha stabilito che una controversia relativa all'asserito abuso di posizione dominante posta on essere da un'impresa presenta aspetti di pubblico interesse che rendono inadatto l'arbitrato quale strumento di soluzione delle controversie²¹.

A livello internazionale è interessante osservare che il rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale

internazionale dell'*International Law Association* (ILA) utilizza proprio la normativa *antitrust* quale esempio di *lois de police* o di *public policy rule*²².

Più recentemente, con la sentenza *International Skating Union* del 21 dicembre 2023²³, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del sistema arbitrale sportivo internazionale (Tribunale Arbitrale dello Sport – TAS) in relazione a controversie nelle quali vengono in rilievo le norme europee in materia di concorrenza. Nello specifico si trattava di stabilire se le regole adottate da una Federazione sportiva che prescrivono il ricorso obbligatorio all'arbitrato TAS in caso di controversie relative all'applicazione di talune regole della Federazione stessa ritenute restrittive della concorrenza possano essere considerate idonee a rafforzare la portata anticompetitiva di dette regole.

Nella prima parte della propria sentenza la Corte di giustizia ha ribadito che, in base alla propria giurisprudenza, un singolo può stipulare un accordo che sottoponga, in termini chiari e precisi, tutte o parte delle controversie che lo riguardano ad un organo arbitrale in luogo del giudice nazionale che sarebbe stato competente a pronunciarsi su tali controversie ai sensi del diritto nazionale applicabile, e che esigenze relative all'efficacia del procedimento arbitrale possono giustificare una limitazione del controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali (sentenza del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, punto 35; del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, punto 34). Tuttavia, un

¹⁸ Judgment of 4 May 2005 of the Svea Court of Appeal, Stockholm (Case No T 6730-03).

¹⁹ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, *Société SNF SA c. Société Cytec*, in *Rev. arbitrage*, 2007, p. 303.

²⁰ Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai SpA v. Terra Armata Srl*, in *ASA Bulletin*, n. 3, 2006, p. 521.

²¹ <http://www.mondaq.com/china/x/525908/Antitrust+Competition/AntiMonopoly+Disputes+Are+Not+Arbitrable+According+to+Chinese+Court>.

²² International Law Associations, New Delhi Conference (2002), Committee on International commercial arbitration, Final report on public policy as bar to enforcement of International arbitration awards, Recommendation 1 (e).

²³ C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-124/21 P, *International Skating Union/ Commissione*, ECLI:EU:C:2023:1012.

siffatto controllo giurisdizionale deve, in ogni caso, essere in grado di verificare la conformità di tali lodi alle disposizioni fondamentali che riguardano l'ordine pubblico dell'Unione, tra cui figurano gli articoli 101 e 102 TFUE. E ciò tanto più se ci si trovi al cospetto di un meccanismo arbitrale, di fatto, imposto da un soggetto di diritto privato, come un'associazione sportiva internazionale, ad un altro, come un atleta. Infatti, in assenza di tale controllo giurisdizionale, il ricorso a un meccanismo arbitrale è tale da pregiudicare sia la tutela dei diritti che i soggetti derivano dall'effetto diretto del diritto dell'Unione, sia l'effettivo rispetto degli articoli 101 e 102 TFUE, che deve essere garantito – e sarebbe pertanto garantito in assenza di un siffatto meccanismo – dalle norme nazionali relative ai rimedi giurisdizionali. Inoltre, siccome l'autonomia di cui godono le federazioni sportive – e che consente loro di adottare regole che disciplinano l'organizzazione delle competizioni, il loro funzionamento e la partecipazione degli atleti a siffatte competizioni – non può mai essere intesa nel senso che, per effetto di tali regole, le federazioni possano limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà attribuite ai singoli dalle norme di diritto europeo, tra cui figurano anche gli artt. 101 e 102 TFUE, ne consegue che regole quali il sistema di previa autorizzazione e di ammissibilità adottate da una Federazione sportiva devono essere soggette ad un controllo giurisdizionale effettivo.

Nella seconda parte della sentenza, per contro, la Corte di giustizia ha chiarito quali sono le caratteristiche che il controllo giurisdizionale su un lodo, per quanto limitato, deve soddisfare per poter essere considerato effettivo. Secondo la Corte di giustizia, l'effettività del controllo giurisdizionale si traduce nel fatto che, in ipotesi di una giurisdizione obbligatoria ed esclusiva a favore di un organo arbitra-

le, il giudice competente a rivedere i lodi emessi da tale organo deve a) poter verificare che tali lodi siano conformi all'ordine pubblico dell'Unione europea, tra cui rientrano gli articoli 101 e 102 TFUE; b) avere la possibilità, o, eventualmente, l'obbligo, di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Secondo la Corte di giustizia, inoltre, tali due requisiti sono indispensabili e non possono essere sostituiti da altri rimedi a disposizione dei singoli (azioni di risarcimento dei danni/denuncia alla Commissione o alle autorità di concorrenza) ovvero by-passati in virtù di un generico riferimento a motivi legittimi connessi alle caratteristiche specifiche dello sport.

Nello specifico contesto del sistema arbitrale internazionale sportivo, la sentenza della Corte di giustizia assume una rilevanza fondamentale in quanto, da un lato, i lodi del TAS possono essere impugnati esclusivamente davanti al Tribunale Federale Svizzero per un numero limitato di motivi, tra cui la violazione dell'ordine pubblico da parte del lodo, ma la cui giurisprudenza esclude che le norme in materia di concorrenza facciano parte dell'ordine pubblico; dall'altro lato, essendo una giurisdizione di uno Stato terzo, il Tribunale Federale Svizzero non ha alcun potere di disporre un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE.

In tale contesto, il tema di quali misure possano/debbero essere attuate perché il sistema arbitrale TAS risulti conforme alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in tema di effettività del controllo giurisdizionale assume ancor maggior importanza alla luce della recente vicenda *Seraing* sulla compatibilità con gli artt. 18 TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali della normativa belga che attribuisce l'autorità di cosa giudicata ai lodi del TAS nonostante il fatto che il controllo di conformità di tali lodi al diritto dell'Unione europea sia

affidato ad un giudice di uno Stato terzo e che, pertanto, non può avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale²⁴. Da un punto di vista generale, la Corte di giustizia ha ribadito che il diritto dell'Unione Europea non impedisce, in linea di principio, che i soggetti che esercitano un'attività economica nel territorio dell'UE possano sottoporre le loro controversie a un arbitrato. Come già affermato nella sentenza *ISU*, è possibile concludere accordi che deviano, in tutto o in parte, le controversie verso un organo arbitrale, sostituendo così il giudice nazionale normalmente competente. Tuttavia, quando un meccanismo arbitrale opera su tutto o parte del territorio dell'Unione, deve essere concepito in modo da rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento europeo e garantire l'effettivo rispetto dell'ordine pubblico dell'UE. In pratica, i lodi arbitrali devono poter essere sottoposti a un controllo giurisdizionale sufficiente a garantire la tutela effettiva dei diritti dei singoli, come previsto dall'articolo 47 della Carta e dall'articolo 19, par. 1, TUE. Peraltro, secondo la Corte di giustizia non è necessario che il giudice possa riesaminare il lodo arbitrale con riferimento a tutte le norme di diritto europeo; è sufficiente che possa verificare se il lodo rispetti i principi fondamentali e le disposizioni che compongono l'ordine pubblico europeo, ad esempio le norme sulla concorrenza o sulla libera circolazione. E ciò in quanto il diritto dell'UE non può ammettere che, ricorrendo all'arbitrato, i singoli siano privati dei principi essenziali dell'ordinamento dei Trattati.

Con specifico riferimento all'arbitrato sportivo, inoltre, la Corte ha riconosciuto la funzione legittima del TAS di Losanna nel perseguire uniformità e coerenza nella disciplina sportiva, ma ha sottolineato che

tale autonomia non può ledere i diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione. Anche in questo contesto, ogni sistema arbitrale deve rispettare i principi dell'Unione e assicurare che i diritti dei singoli non vengano limitati. Sulla scorta di tali principi, e contrariamente all'Avvocato generale, la Corte di giustizia ha chiarito che né l'art. 47 della Carta, né l'art. 19, par. 1 TUE comportano che i singoli dispongano di un rimedio giurisdizionale diretto volto, in via principale, a mettere in discussione una determinata misura, purché esistano altresì, nel sistema giurisdizionale nazionale interessato, uno o più rimedi giurisdizionali che consentano loro di ottenere, in via incidentale, un controllo giurisdizionale effettivo di tale misura e che garantisca così il rispetto dei diritti e delle libertà loro garantiti dal diritto dell'Unione. Analogamente, il principio del controllo giurisdizionale effettivo non implica che debbano necessariamente esistere, nell'Unione, uno o più giudici legittimati ad esaminare la compatibilità di un lodo arbitrale con tutte le regole del diritto dell'Unione europea. Il controllo giurisdizionale effettivo, infatti, richiede soltanto che sia possibile, per i singoli interessati da un lodo arbitrale, ottenere, anche indirettamente ed un controllo, da parte di un giudice che soddisfi tutti i requisiti derivanti dall'articolo 267 TFUE, della questione se siffatto lodo sia compatibile con i principi e le disposizioni che fanno parte dell'ordine pubblico dell'Unione europea.

Di conseguenza, il giudice nazionale investito del controllo di un lodo arbitrale deve poter verificare l'interpretazione delle norme di ordine pubblico europeo da parte dell'organo arbitrale, le conseguenze giuridiche di tale interpretazione e la qualificazione dei fatti. Deve inoltre poter trarre tutte le conseguenze necessarie in caso di incompatibilità con l'ordine pubblico europeo. Questo significa, ad esempio,

²⁴ Corte di giustizia, 1° agosto 2025, C-600/23, *Royal Football Club de Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617.

che nel caso di violazioni delle norme sulla concorrenza o sulla libera circolazione, il giudice può ordinare non solo il risarcimento del danno, ma anche la cessazione del comportamento illecito, oltre a concedere provvedimenti provvisori per assicurare l'efficacia della futura decisione, anche quando è in corso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Infine, i giudici nazionali devono avere il potere di disapplicare qualsiasi norma nazionale che ostacoli questi controlli, come accaduto nel caso *Seraing*, dove disposizioni nazionali attribuivano ai lodi arbitrali valore di cosa giudicata generale, impedendo di fatto un controllo effettivo da parte del giudice. La Corte ha chiarito che disapplicare norme nazionali ostative fa parte integrante della funzione del giudice nazionale nell'applicazione del diritto dell'UE, garantendo così la piena efficacia dei principi e delle norme europee.

VI. Controllo del giudice in sede di impugnazione e riconoscimento del lodo arbitrale

Per quanto riguarda gli Stati Uniti nella pronuncia *Mitsubishi*, la Corte Suprema ha espressamente riconosciuto che il principio dell'arbitrabilità delle controversie *antitrust* deve essere accompagnato dalla possibilità per le corti giudiziarie di verificare in sede di attuazione del lodo che gli interessi tutelati dal diritto *antitrust* siano stati effettivamente presi in considerazione dagli arbitri, sulla base del rilievo secondo cui la Convenzione di New York attribuisce a ciascuna parte contraente il diritto di rifiutare l'attuazione del lodo nel caso in cui ciò si ponga in contrasto con l'ordine pubblico. Analogamente, a livello europeo la Corte di giustizia nelle sentenze *Nordsee* e *Eco Swiss China* ha riconosciuto che se un arbitrato convenzionale

solleva questioni di diritto comunitario, i giudici ordinari possono esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta a loro in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile.

Ciò che invece continua ad apparire ancora incerto è il problema della natura e dell'intensità del controllo che i giudici possono/devono effettuare allorché sono chiamati a pronunciarsi in sede di impugnazione o di riconoscimento di un lodo che ha fatto/non ha fatto applicazione della normativa *antitrust*. In via di prima approssimazione si può dire che sono astrattamente configurabili due tipi di controllo: uno massimalista, l'altro minimalista.

Secondo l'approccio massimalista, il controllo del lodo da parte del giudice statale, tanto in sede di annullamento quanto in sede di riconoscimento, dovrebbe essere ampio e approfondito al fine di verificare compiutamente se l'arbitro ha provveduto ad applicare correttamente la normativa *antitrust*; per contro, secondo l'approccio minimalista il controllo del giudice statale dovrebbe essere di tipo estrinseco, limitato cioè a verificare che l'arbitro abbia preso in considerazione le norme *antitrust* e, laddove ritenute applicabili, le abbia applicate in modo non manifestamente irragionevole, restando precluso ogni controllo sul modo in cui una data norma sia stata applicata. L'esame della giurisprudenza in questa sede richiamata conferma la criticità del problema in esame e soprattutto il carattere affatto risolutivo della distinzione tra approccio minimalista e approccio massimalista. Appare evidente, infatti, che anche le pronunce nelle quali è stato affermato che il mancato riconoscimento di un lodo straniero (come pure l'annullamento di un lodo nazionale) per contrarietà all'ordine pubblico presuppone una

violazione grave e manifesta del diritto *antitrust*, più che avallare la tesi minimalista sembra evidenziare un altro aspetto del problema: vale a dire che la semplice errata valutazione, in termini *antitrust*, di un fatto o di una circostanza da parte degli arbitri non è sufficiente per far invocare l'eccezione dell'ordine pubblico, posto che non ogni errore degli arbitri costituisce necessariamente una minaccia all'ordine pubblico. Ciò che conta, invece, è che l'errore degli arbitri non determini una lesione dei valori fondamentali tutelati dalla norma che si ritiene essere stata male applicata o interpretata. Come è facile intuire il problema si sposta, dunque, interamente sul concetto di ordine pubblico e sulla rilevanza che tale nozione deve assumere in sede di annullamento, riconoscimento o esecuzione di un lodo arbitrale. A tale proposito è interessante sottolineare che, nell'ambito delle raccomandazioni contenute nel rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'*International Law Association* (ILA), sono stati individuati i seguenti principi-guida: *a)* nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale la regola della definitività del lodo deve costituire un principio fondamentale cui si può derogare solo in casi eccezionali; *b)* nell'ambito di questi casi eccezionali figura senz'altro l'ipotesi in cui il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo si pongono in contrasto con l'ordine pubblico; *c)* le norme *antitrust* costituiscono norme di ordine pubblico; *d)* non qualsiasi errata applicazione o interpretazione delle norme *antitrust* da parte degli arbitri costituisce una violazione dell'ordine pubblico; *e)* affinché un lodo possa considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico per violazione della normativa *antitrust* è necessario che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo (e, quindi, i suoi effetti)

determinino concretamente una violazione dei fondamentali valori politici, sociali ed economici dello Stato di esecuzione o riconoscimento; *f)* qualora gli arbitri abbiano analizzato e deciso le questioni *antitrust* presenti nel caso sottoposto alla loro decisione deve escludersi per il giudice statale la possibilità di un riesame, in fatto e in diritto, della decisione arbitrale, anche nel caso in cui il giudice statale ritenga che la decisione arbitrale non sia giuridicamente "corretta"; *g)* nel caso in cui gli arbitri abbiano completamente omesso qualsiasi valutazione dei profili *antitrust* del caso sottoposto alla loro decisione oppure abbiano adottato una soluzione che, anche a prima vista, costituisce una irragionevole applicazione delle norme *antitrust* in grado di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico (ad es., perché si è esclusa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa che detiene il 100% del mercato rilevante) il giudice statale deve poter procedere ad un riesame dei fatti all'esito del quale può eventualmente annullare il lodo o rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero.

Anche su questo specifico tema, interessante si rivela la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Seraing*. Sebbene l'intensità del controllo giurisdizionale non abbia formato oggetto delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia, al paragrafo 75 della sentenza viene sottolineato che il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47 della Carta richiede, in particolare, che i giudici nazionali "possano procedere a un controllo giurisdizionale effettivo degli atti, delle misure o dei comportamenti di cui si sostiene, nell'ambito di una determinata controversia, che hanno leso i diritti o le libertà che il diritto dell'Unione conferisce a un singolo. Tale requisito comporta, in linea di principio, che detti giudici siano competenti ad esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini della

decisione di tale controversia". Da ciò si potrebbe desumere che il riesame dei lodi arbitrali deve estendersi oltre un controllo meramente formale, permettendo una valutazione sostanziale anche sotto il profilo dell'ordine pubblico dell'UE.

In tale contesto, è opportuno rilevare che, nell'ambito del diritto della concorrenza, la Corte ha chiarito che, sebbene i giudici nazionali non possano adottare decisioni in contrasto con quelle della Commissione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'articolo 47 della Carta è nondimeno garantito dalla possibilità di proporre un ricorso di annullamento dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 263 TFUE. Tale ricorso consente un riesame completo sia in fatto che in diritto, comprendente la verifica delle prove, la valutazione della coerenza e della completezza del quadro probatorio e, se del caso, la modifica delle sanzioni irrogate.

Per analogia, si può quindi ritenere che, *a fortiori*, il controllo giurisdizionale esercitato dai giudici nazionali, quando effettuato in applicazione dell'articolo 47 della Carta, debba avere un ambito altrettanto ampio, assicurando che i tribunali non siano limitati a un controllo puramente formale o esterno, ma possano svolgere una valutazione sostanziale tanto degli aspetti fattuali quanto di quelli giuridici della causa.

Infine, tale interpretazione sembra altresì confermata dall'orientamento costante della Corte di giustizia secondo cui l'articolo 47 della Carta garantisce, nell'ordinamento giuridico dell'UE, la stessa protezione dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU. Di conseguenza, si potrebbe sostenere che, se la portata dell'articolo 47 della Carta rispecchia quella dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU, allora anche l'intensità del controllo giurisdizionale debba essere equivalente. Detto ciò, nella causa *Semenya c. Svizzera*, la Corte EDU ha chiarito che il

controllo limitato esercitato dal Tribunale federale svizzero su un lodo del TAS non soddisfaceva gli standard dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU in una controversia che coinvolgeva diritti fondamentali. Ne consegue che, quando sono in gioco diritti fondamentali dell'UE, l'articolo 47 impone un controllo che non sia meramente formale o esterno, ma sufficientemente approfondito da affrontare sia gli aspetti di fatto che quelli di diritto, garantendo un rimedio effettivo²⁵.

STEFANO BASTIANON

Bibliografia

L. Idot, «Arbitration and EC law», in *Int'l Bus.c L. Rev.*, 1996, p. 561; M. Blessing, «Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration», in *J. Int'l Arb.*, 1997, p. 23; C. Baudenbacher, «Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU», in C.-D. Ehlermann – I. Atanasiu (eds.), *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, 2003, p. 341; A. Komninos, «Arbitration and the modernization of European competition law enforcement», in *World competition*, 2003, p. 215; N. Shelkopyas, *The application of EC law in arbitration proceedings*, Groningen, 2003; M. Dolmans - J. Grieson, «Arbitration and the modernization of EC antitrust law: new opportunities and new responsibilities», in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, n. 2,

²⁵ Va riconosciuto, tuttavia, che alcuni autori, probabilmente basandosi sul paragrafo 86 e sul suo riferimento alla "qualificazione giuridica (...) dei fatti come stabiliti e valutati dall'organo arbitrale", hanno sostenuto una lettura più restrittiva che limiterebbe il controllo giurisdizionale alle sole conseguenze giuridiche tratte da fatti già accertati dagli arbitri.

2003, p. 37; L. Idot, «Arbitration and the reform of regulation 17/1962», in C.-D. Ehlermann – I. Atanasiu (eds.), *European competition annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 307; L.G. Radicati Di Brozolo, «Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte», in *Riv. arb.*, 2004, p. 9; L.C. Radicati di Brozolo, «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration – A fresh look at the “second look”», in *Int. A.L.R.*, 2004, p. 23; M. Bowsher, «Arbitration and competition», in *Competition litigation in UK*, London, 2005, p. 398; C. Seraglini, «L'affaire Thalès et le nonusage immodéré de l'exception d'ordre public», in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 5; G. Canale, «Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1223; H. van Houtte, «Arbitration and Art. 81 and 82 EC Treaty: a state of affairs», in *ASA Bulletin*, 2005, p. 431; P. Landolt, *Modernised EC competition law in international arbitration*, The Hague, 2006; A. Komninos, «Arbitration and EU competition law», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105; OECD Hearings, «Arbitration and competition», 2010, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-and-monopolisation/49294392.pdf>; G. Zeiler, «The impact of Directive 2014/104/EU on actions for damages for infringements of competition law in international arbitration», <https://www.expertguides.com/>; P. Živković, «Antitrust arbitration in Europe (Part I): improving private enforcement by removing procedural and evidential barriers in arbitration», <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>; P. Živković, «Antitrust arbitration in Europe (Part II): the scope and effect of arbitration clause (Microsoft case)», <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>; D. Manovrati, *The Seraing v. FIFA Judgment of the CJEU: Essential Takeaways*, <https://www.sportlegis.com/2025/08/12/the-seraing-v-fifa-judgment-of-the-cjeu-essential-takeaways/>;

<https://www.sportlegis.com/2025/08/12/the-seraing-v-fifa-judgment-of-the-cjeu-essential-takeaways/>; S. Bastianon, *From Lausanne to Luxembourg: the CJEU's Seraing Judgment and the Boundaries of Sports Arbitration Under EU Law*, *Football Legal*, 5 August 2025, <https://www.football-legal.com/content/from-lausanne-to-luxembourg-the-cjeus-seraing-judgment-and-the-boundaries-of-sports-arbitration-under-eu-law>; S. Bastianon, *Sports arbitration and EU law: what is at stake? Summary in the wake of the Opinion of the Advocate General*, in *rivista.eurojus.it*, Issue 1, 2025; S. Bastianon, M. Colucci, *The Semenya v. Switzerland ECtHR Grand Chamber Judgement: Jurisdiction, Procedural Rights, and Sports Arbitration*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport (RDES)*, 2025, 1; S. Bastianon, *L'affaire Seraing et l'autorité de la chose jugée des sentences du TAS: l'arbitrage sportif est-il attaqué?*, *Jurisport*, 24 juillet 2025, 38; S. Bastianon, M. Colucci, *Sports Arbitration and Effective Judicial Protection Under EU Law: The RFC Seraing Case*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport (RDES)*, 2025, 1.

II. *Diritto antitrust*

II.4. *I rapporti tra public e private enforcement dei divieti antitrust*

LE DECISIONI CON IMPEGNI E IL RILIEVO PER L'ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Decisioni con impegni: profili sostanziali e procedurali. – **III.** Le interferenze con il *private antitrust enforcement*. – **IV.** L'accesso agli atti del procedimento. – **V.** Conclusioni.

I. Introduzione

L'istituto delle decisioni con impegni, originariamente introdotto in sede europea dall'art. 9, Reg. 1/2003, è stato recepito in Italia dall'art. 14 del d.l. 223/2006 (come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006), con l'inserimento nella l. 287/90 dell'art. 14-ter, e in base al quale «[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione [...], le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

La disciplina stabilisce dunque che qualora, a seguito dell'apertura da parte dell'AGCM di una istruttoria ai sensi degli articoli 101 o 102 del Trattato TFUE o degli articoli 2 o 3 della legge 287/90 le imprese presentino degli impegni ed essi siano ritenuti dall'Autorità idonei a superare le problematiche concorrenziali sollevate, questa li rende obbligatori per le imprese e chiude il procedimento senza accertamento dell'infrazione. Si tratta quindi di un percorso alternativo al procedimento di accertamento dell'illecito, poiché l'istruttoria si conclude senza che sia accertata la violazione della normativa

antitrust¹ e quindi senza condanna al pagamento della sanzione.

L'istituto degli impegni consente, in questo senso, di conciliare due differenti esigenze. Da un lato, consente all'Autorità di risparmiare i tempi e le risorse che impiegherebbe per portare avanti l'attività istruttoria, pur realizzando l'obiettivo consistente nella rimozione dei profili anticoncorrenziali ipotizzati. Dall'altro, attribuisce alle imprese la possibilità di chiudere il procedimento istruttorio avviato nei loro confronti senza che venga accertata la loro responsabilità con riferimento all'illecito contestato, evitando così che vengano loro irrogate le relative sanzioni e che si verifichino gli ulteriori effetti negativi derivanti da una decisione di accertamento.

In particolare, l'assenza di un formale accertamento dell'infrazione incide sulla possibilità per i soggetti danneggiati da un illecito *antitrust* di instaurare con successo un'azione di risarcimento dei danni (c.d. azioni di *follow on*), sulla base del diritto al pieno risarcimento del danno riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria². Tali azioni hanno conosciuto un notevole sviluppo nell'ultimo decennio, anche a seguito dell'emanazione della Direttiva 104/2014³ e del suo recepimento

¹ Cfr. art. 9, Reg. 1/2003: «[l]a decisione [...] giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato»; art. 14-ter l. 287/1990: «[l]a Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può [...] renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

² Cfr. Corte di Giustizia UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *C. Courage c. Bernhard Crehan*, in Racc. 2001, p. I-6297.

³ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa

nelle giurisdizioni nazionali. Si tratta di un tema su cui si sono avuti negli anni importanti contributi da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a cui hanno fatto seguito pronunce innovative dei giudici nazionali.

II. Decisioni con impegni: profili sostanziali e procedurali

Il campo di applicazione delle decisioni con impegni si è andato ampliando nel tempo.

Al momento della sua introduzione, lo strumento degli impegni era concepito come destinato ai casi di "minore" rilevanza concorrenziale. Infatti, a livello comunitario, il Considerando n. 13 del Reg. 1/2003 prevede che «le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda»; criterio ribadito a livello nazionale dall'AGCM nella Comunicazione in materia di impegni del 2012⁴ in cui l'Autorità descrive come «non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione».

Ciononostante, la prassi nazionale ha fatto registrare un ampio utilizzo dell'istituto in esame tanto che l'applicazione dello strumento sembrerebbe essere esclusa solo nel caso di violazioni c.d. *hard*

a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE.

⁴ Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della l. 287/1990, adottata con delibera dell'Autorità del 6 settembre 2012 n. 23863, che ha sostituito la precedente Comunicazione del 12 ottobre 2006

core, ma tendenzialmente ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi⁵. Tale approccio "espansivo" è stato di recente recepito anche a livello comunitario: il Considerando n. 39 della Direttiva ECN+⁶ (Dir. 2019/01) indica quale unica ipotesi in cui le decisioni con impegni "non sono adeguate" la fattispecie dei cartelli segreti.

La procedura applicativa dell'istituto degli impegni è stata disciplinata dall'AGCM in successive due versioni della citata Comunicazione. In particolare, è previsto che successivamente all'avvio dell'istruttoria le imprese possono presentare inizialmente una versione non definitiva degli impegni, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi dall'inizio del procedimento fissato dalla legge (ma non dalla disciplina comunitaria) e successivamente la versione definitiva degli stessi, comunque entro tale termine.

La fissazione di tali limiti temporali – elemento differenziale rispetto alla disciplina comunitaria – sarebbe secondo l'AGCM volta a garantire il coordinamento tra le esigenze di deflazione ed economia procedimentale da un lato, e, dall'altro, la volontà di indurre le imprese a presentare impegni in modo tempestivo (cfr. § 4 della Comunicazione). Sebbene la Comunicazione non qualifichi il termine di tre mesi *ex art. 14-ter* come perentorio, viene precisato che la presentazione di impegni oltre il suddetto termine sarà consentita solo «in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e

⁵ Si pensi che nel periodo 2007-2023 sono stati conclusi 152 procedimenti di intesa di cui 39 chiusi con impegni, e 115 procedimenti di abuso di cui 56 chiusi con impegni. Il picco nell'utilizzo di tale strumento si è registrato nel 2014, anno in cui su, un totale di 19 procedimenti conclusi, 9 sono stati chiusi con impegni.

⁶ Direttiva 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Testo rilevante ai fini del SEE).

tempestiva istanza di parte». Tuttavia, il Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, ha ritenuto che «il termine previsto dall'art. 14 ter legge n. 287 del 1990 non abbia carattere perentorio, ma meramente ordinatorio e sollecitatorio. Depone in tal senso, in primo luogo, la matrice comunitaria dell'istituto degli impegni: il regolamento comunitario, comunque direttamente applicabile anche nell'ordinamento italiano, non fissa alcuno sbarramento temporale alla presentazione di impegni. In ambito comunitario ciò che rileva è che le imprese siano messe nelle condizioni di proporre misure correttive idonee e che l'Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la corrispondenza degli impegni alla tutela della concorrenza. L'introduzione di uno sbarramento temporale rigido ed inderogabile (quale diventerebbe il termine di tre mesi, accogliendo la tesi della sua natura perentoria) contrasterebbe, del resto, con la funzione dell'istituto degli impegni, la quale presuppone sia che le imprese siano poste in grado di proporre misure correttive idonee, sia che l'AGCM disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi». In effetti, nella prassi più recente si sono verificati frequentemente casi di presentazione di impegni oltre il termine stabilito nella norma⁷: è inoltre da osservare che il termine ricomincia a decorrere

in caso di ampliamento oggettivo o soggettivo dei procedimenti istruttori.

L'AGCM vaglia preliminarmente gli impegni presentati che devono essere «susceptibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria». Qualora li ritenga non manifestamente infondati, entro 45 giorni dalla scadenza del termine di tre mesi, o della loro presentazione nella forma definitiva, ne dispone la pubblicazione sul proprio sito internet e sul bollettino per sottoporli a consultazione pubblica (c.d. *market test*). Nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione, i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni e, nei successivi trenta giorni, le parti proponenti potranno replicare alle osservazioni presentate dai terzi e, tenendo conto delle stesse, introdurre, per una sola volta, modifiche accessorie agli impegni. La Comunicazione stabilisce che, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, la procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli stessi: l'intera procedura avrebbe dunque, tendenzialmente, una durata massima non superiore a sette mesi e mezzo: ma come osservato può estendersi ben oltre tale termine⁸.

III. Le interferenze con il *private antitrust enforcement*

Come già osservato, l'istituto degli impegni mira alla risoluzione, tendenzialmente in tempi brevi, delle criticità concorrenziali riscontrate dall'Autorità nel provvedimento di avvio, attraverso l'attuazione delle misure volontariamente proposte dalle

⁷ Cfr. tra i casi più recenti, il procedimento I850 - ACCORDI FIBERCOPI, nell'ambito del quale sono decorsi più di sette mesi tra l'avvio del procedimento e la presentazione di impegni; il procedimento A567 - MERCATO DEGLI ABS NELLE E-BIKE, nell'ambito del quale la presentazione degli impegni ha richiesto sei mesi dalla data del provvedimento di avvio e il procedimento A543 - RAPPORTI CONTRATTUALI TRA BENETTON E I SUOI RIVENDITORI, nell'ambito del quale la presentazione di impegni ha avuto luogo a quasi due anni dall'avvio del procedimento, a seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie e di un successivo supplemento istruttorio effettuato dall'Autorità.

⁸ Fatti salvi i frequenti casi in cui gli impegni vengono presentati oltre il termine dei tre mesi.

imprese, a cui non segue alcun accertamento di violazione né l'imposizione di alcuna sanzione.

Sul piano del *private enforcement*, sebbene non sia prevista alcuna immunità in sede civile nei procedimenti eventualmente promossi da soggetti asseritamente lesi dalle condotte oggetto della decisione con impegni⁹, l'adozione di tali decisioni ha certamente l'effetto di rendere più gravoso l'esercizio delle azioni di risarcimento del danno da parte dell'attore, dovendo questi provare l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta senza potersi avvalere di una decisione formale di accertamento dell'illecito.

Nel caso delle azioni di *private antitrust enforcement* l'attore può fondare le proprie pretese di risarcimento in sede civile su una decisione pubblica, che non solo contiene un formale accertamento e costituisce prova della violazione, ma riporta anche i principali elementi istruttori emersi nel corso del procedimento.

A tal proposito, si consideri che, a livello comunitario, l'art. 16, Reg. 1/2003, ha già da tempo espressamente riconosciuto che i provvedimenti di accertamento della Commissione UE hanno valore vincolante

nei confronti delle giurisdizioni e delle autorità della concorrenza nazionali¹⁰. Allo stesso modo, in Italia, il D.Lgs. 3/2017¹¹ ha espressamente riconosciuto efficacia vincolante alle decisioni dell'AGCM divenute definitive, stabilendo, all'art. 7, co. 1, che «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»¹².

Invece, nel caso di una decisione con impegni, i soggetti che lamentino di aver subito un danno a causa della condotta

¹⁰ In realtà, è opportuno rilevare che anche prima dell'emanazione del Regolamento 1/2003, l'efficacia vincolante delle decisioni definitive di accertamento dell'illecito concorrenziale era stata affermata in via giurisprudenziale. Sul punto, si veda: Corte di Giustizia UE, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*.

¹¹ Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. Tale riforma è intervenuta in un contesto in cui lo strumento del *private enforcement antitrust* non si era ancora pienamente sviluppato e ha contribuito a darvi notevole impulso; negli ultimi anni si è infatti registrato un significativo incremento nel ricorso a tale canale di tutela.

¹² Deve tuttavia rilevarsi che, pur in assenza di un'espressa normativa, la giurisprudenza già negli anni precedenti all'emanazione del D.Lgs. 3/2017 si era spinta sino a riconoscere alle decisioni amministrative dell'AGCM il valore di "*prova privilegiata*" nel contesto di azioni civili di *follow on* per il risarcimento del danno subito da illeciti *antitrust*. Si vedano, in tal senso, le seguenti decisioni giurisprudenziali: Cass. 13 febbraio 2009 n. 3640; Cass. 14 marzo 2011 n. 5941 e n. 5942; Cass. 9 maggio 2012 n. 7039; Cass. 30 maggio 2013 n. 13667.

⁹ In particolare, a livello europeo, il Reg. 1/2003 stabilisce che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà [...] delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» (cons. 13) e che «le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del Trattato» (cons. 22). Analogamente, a livello nazionale non vi è alcuna norma che, a fronte di una decisione con impegni, paralizzi le azioni di risarcimento del danno ex art. 33, l. 287/1990. Come osservato dal giudice amministrativo, «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico».

posta in essere dalle imprese interessate non potrebbero fondare la propria domanda di risarcimento sull'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa e sarebbero quindi gravati dall'onere di dimostrare l'avvenuta infrazione delle norme *antitrust*. Infatti, come detto, i procedimenti con impegni si concludono senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (i.e. non si avrà alcun accertamento dell'illecito), ma con la sola constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate. Si tratta allora di definire il rilievo di tale decisione ai fini della identificazione di una condotta lesiva delle norme *antitrust* e quindi dei diritti dell'attore.

In tal senso, si consideri che, come rilevato da una importante pronuncia della giurisprudenza nazionale (Mastercard), le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che «solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – “teleologico”, incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – “finale e sostanziale” (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito *antitrust* in quanto tale)»¹³.

Tuttavia, come si vedrà, nel contesto di una progressiva riflessione, va affermandosi sempre più nella giurisprudenza comunitaria e nazionale, il principio secondo cui un provvedimento di accettazione di impegni può assumere rilievo nell'ambito delle azioni di *private enforcement*.

Alla luce di un dettato normativo che non ricomprende espressamente le decisioni con impegni nell'ambito dei provvedimenti

che costituiscono prova dell'esistenza del fatto illecito, si è inizialmente esclusa l'utilizzabilità di dette decisioni in sede del giudizio civile di *follow on*. In tal senso, si è espressa anche la Commissione europea, che nel Memorandum sui criteri applicativi dell'istituto ha sostenuto che «le decisioni *ex art. 9* non si pronunciano in merito all'esistenza di un'infrazione delle regole comunitarie di concorrenza. Pertanto, un cliente o un concorrente che intende promuovere un'azione di *private enforcement* davanti alle Corti nazionali deve provare l'illegittimità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni» (traduzione dell'autore)¹⁴.

Tuttavia, è ben presto emerso che la disciplina degli impegni pone, quale presupposto necessario per l'accettazione degli stessi, una sommaria valutazione circa l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali espresse con il provvedimento di avvio del procedimento in relazione alla condotta contestata.

In buona sostanza, deve ritenersi che la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza possano accettare gli impegni proposti dalle parti solo ed esclusivamente nel caso in cui tali impegni siano finalizzati ad eliminare i profili di criticità emersi sulla base della pur sommaria valutazione degli elementi di prova acquisiti nell'ambito della relativa attività istruttoria. Quanto appena evidenziato sembrerebbe, tra l'altro, essere confermato sia dal Considerando n. 13 del Reg. 1/2003, il quale espressamente prevede che la Commissione possa accettare gli impegni proposti solo quanto questi siano «tali da rispondere alle sue preoccupazioni», sia dall'art. 9 dello stesso Reg. 1/2003, secondo cui la Commissione può fare uso dello strumento «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione».

¹³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, Mastercard.

¹⁴ Cfr. MEMO/04/217 del 17 settembre 2004.

L'impostazione di cui sopra ha trovato una serie di implicite conferme nell'ambito delle sentenze con cui la giurisprudenza comunitaria si è espressa con riferimento al rapporto proporzionalità che deve sussistere tra gli impegni ed i profili di criticità concorrenziale contestati con il provvedimento di avvio. Sul punto, il *leading case* è sicuramente rappresentato dalla vicenda giudiziaria che si è svolta dinanzi alle corti europee con riferimento al ricorso della società *Alrosa* avverso gli impegni che erano stati proposti da De Beers nel corso di un procedimento della Commissione per abuso di posizione dominante (Corte di Giustizia. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07)¹⁵.

In tal senso, si rileva infatti che le sentenze emesse, rispettivamente, dal Tribunale e dalla Corte di Giustizia UE, nonostante le diverse conclusioni cui sono poi giunte in tema di applicazione del principio di proporzionalità agli impegni in esame, partono implicitamente dalla medesima constatazione secondo cui alla base della decisione di chiudere un procedimento con impegni debba necessariamente esserci una preliminare valutazione circa l'illiceità della condotta contestata. In proposito, viene precisato che, nel caso delle decisioni con impegni, il principio di proporzionalità si limita alla «verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che [la Commissione] ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni».

Per quanto qui di rilievo, preliminarmente all'utilizzo dell'istituto degli impegni sembra dunque necessaria l'identificazione della problematica concorrenziale

che le misure sono volte a risolvere, anche al fine di valutare l'adeguatezza delle stesse. Non avrebbe infatti senso parlare di proporzionalità degli impegni in assenza di una condotta presuntivamente illecita in relazione alla quale parametrare l'idoneità degli stessi a rimuovere i profili problematici riscontrati. In buona sostanza, nel caso in cui gli impegni fossero stati proposti in assenza di un *fumus* di illiceità della condotta esaminata, la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza avrebbero dovuto rigettare gli impegni e chiudere il procedimento accertando l'insussistenza dell'illecito.

Gli indizi interpretativi emersi dall'analisi svolta con riferimento al caso *Alrosa*, hanno trovato riconoscimento anche all'interno della successiva sentenza emessa dalla Corte di Giustizia UE nel caso *Gasorba* (Corte di Giustizia dell'UE, 23 novembre 2017, causa C-547/16)¹⁶. In tale sede, la Corte ha infatti provato a prendere una posizione più definita sull'efficacia delle decisioni con impegni nei giudizi di *follow on* e, elaborando gli spunti interpretativi che provenivano dai precedenti in materia, ha ritenuto che si potesse attribuire a tali decisioni una rilevanza quale prova indiziaria della sussistenza dell'illecito. In tal senso, la Corte ha espressamente stabilito che «i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni [le decisioni con impegni, ndr]. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale

¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07, *Alrosa c. Commissione Europea*; Trib. UE, 11 luglio 2007, T-170/06, *Alrosa c. Commissione Europea*.

¹⁶ Corte di Giustizia dell'UE, 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba SL/ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*.

principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE».

In buona sostanza, la sentenza *Gasorba* suggerisce che le decisioni con impegni, presupponendo un sommario accertamento di illiceità della condotta esaminata, non possono essere completamente ignorate dai giudici chiamati successivamente ad accertare la sussistenza di un illecito concorrenziale.

Pertanto, se i giudici nazionali non possono certamente essere ritenuti vincolati dalla decisione con impegni nell'ambito del proprio sindacato circa l'illiceità della condotta (cosa che si verifica, per espressa previsione legislativa, solo nel caso di decisione di accertamento divenuta definitiva), tuttavia dovrebbero poter attribuire al sommario accertamento svolto dalla Commissione o dalle Autorità nazionali di concorrenza un valore di prova indiziaria, così facilitando l'onere probatorio del soggetto danneggiato. Infatti, se di prova indiziaria si tratta, potrà sempre essere ammessa la prova contraria da parte dell'impresa destinataria della decisione con impegni.

Da ultimo, la Corte di Giustizia si è nuovamente espressa sul tema con la sentenza *Groupe Canal+* (Corte di Giustizia dell'UE, 9 dicembre 2020, causa C-132/19)¹⁷ con la quale ha richiamato la sentenza *Gasorba* e il principio ivi affermato secondo cui per il giudice civile non è possibile ignorare quanto rilevato dalle Autorità di Concorrenza nella decisione di accettazione degli impegni, nonostante tali decisioni non abbiano carattere vincolante. Pur non fornendo ulteriori elementi interpretativi di rilievo rispetto alla sentenza precedente, *Groupe Canal+* ha senz'altro contribuito al consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale

comunitario che tende ad attribuire rilievo al contenuto delle decisioni con impegni.

A livello nazionale, i primi elementi degni di nota derivano dalla prassi della stessa Autorità. In particolare, ai fini della presente analisi rileva un interessante provvedimento con cui, nel 2014, l'AGCM ha accettato gli impegni proposti dalle parti nell'ambito di un procedimento volto ad accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante commesso da alcuni dei principali operatori del settore del trasporto ferroviario¹⁸. In tale caso, infatti, l'Autorità ha ritenuto di rendere obbligatori, segnatamente nei confronti di Rete Ferroviaria Italiana, impegni consistenti, tra le altre cose, in misure di natura restitutoria o compensativa volte a lenire gli asseriti pregiudizi causati dalle condotte oggetto di avvio di istruttoria¹⁹. Tale decisione è particolarmente significativa atteso che appare chiaramente confermare l'assunto secondo cui il presupposto dell'istituto degli impegni sia l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali produttive di effetti e che possono, quindi, essere oggetto di misure di carattere ripristinatorio. Infatti, se a valle vi è un danno risarcibile, è chiaro che a monte debba esserci un fatto illecito che ne è la causa e che quanto rilevato dall'Autorità nella decisione di accettazione dei rimedi proposti dalla parte possa assumere valore probatorio nel procedimento in sede civile finalizzato al risarcimento del danno²⁰.

¹⁸ Cfr. caso A443 - NTV/FS/Ostacoli all'Accesso nel Mercato dei Servizi di Trasporto Ferroviario, Passeggeri ad Alta Velocità, Provvedimento n. 24804, 19 febbraio 2014.

¹⁹ In tal senso, il provvedimento citato afferma: «in una logica complessiva di "alleviamento" degli oneri economici dell'impresa nuova entrante, RFI si è altresì impegnata a rinunciare alla riscossione di [omissis] euro dovuti da NTV».

²⁰ In ogni caso, una simile prassi, che ad oggi rappresenta un *unicum* nella prassi consolidata dell'AGCM nel settore *antitrust*, differentemente dal settore delle pratiche commerciali scorrette,

¹⁷ Corte di Giustizia dell'UE, 9 dicembre 2020, causa C-132/19, *Groupe Canal+ c. Commissione Europea*.

Sul versante giurisprudenziale, diverse sentenze hanno mostrato un'interpretazione analoga a quella scaturente dalle varie pronunce dei giudici comunitari orientandosi, anche sulla scorta dell'interpretazione fornita nei procedimenti *Altosa*, nel senso di ritenere che la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponesse l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali con riferimento alla condotta oggetto dell'istruttoria.

In tal senso, una prima pronuncia di particolare rilevanza è quella emessa dal Tribunale di Milano con riferimento ad un'azione di *follow on* scaturita dal procedimento A357-Tele2/Tim-Vodafone-Wind²¹. La particolarità del caso in esame è rappresentata dal fatto che, con il proprio provvedimento, l'AGCM, a fronte di condotte analoghe, aveva accertato la responsabilità di due delle società indagate, Telecom e Wind, mentre nei confronti della terza società coinvolta nell'indagine, Vodafone, l'istruttoria si era conclusa con l'accoglimento degli impegni proposti.

Al termine di tale procedimento, una società cliente di Vodafone proponeva un'azione nei confronti di quest'ultima al fine di ottenere il risarcimento del danno subito, pur senza potersi avvalere di una formale decisione di accertamento dell'illecito che potesse offrire supporto probatorio alla propria pretesa. In un tale contesto, per ciò che più ci interessa, il giudice civile ha però ritenuto di dover attribuire rilevanza

al fatto che «la valutazione di idoneità degli impegni da parte dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, non possa che presupporre una condotta anticoncorrenziale (quantomeno ritenuta probabile alla luce dell'istruttoria condotta e delle contestazioni articolate, non trattandosi di un semplice sospetto) in considerazione della strumentalità dei primi per elidere conseguenze distorsive della seconda (e non per fornire regole orientative del mercato a prescindere dall'esigenza di eliminare condotte anticoncorrenziali)»²². Alla luce di ciò, il Tribunale di Milano, certamente confortato dalle decisioni di accertamento dell'illecito indirizzate alle altre due società coinvolte nel procedimento istruttorio, ha concluso accertando che la condotta posta in essere da parte convenuta integrasse un abuso di posizione dominante e conseguentemente ha disposto che venisse risarcito il danno subito dalla ricorrente.

Nonostante la particolarità del caso sopra riportato, è tuttavia opportuno rilevare che orientamenti analoghi sono stati assunti anche in alcune più risalenti pronunce dei giudici amministrativi.

In particolare, è rilevante la decisione del Consiglio di Stato nel citato caso MasterCard²³, in cui la Corte ha riconosciuto che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte sottoposte all'attenzione dell'AGCM ed ha, pertanto, attribuito un valore velatamente confessorio all'atto di presentazione degli impegni. Secondo la Corte, infatti, «all'atto di accoglimento [degli impegni] resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato

sembrerebbe tuttavia porre taluni problemi di compatibilità, da un lato, con la funzione tipica del *public enforcement*, ossia la risoluzione delle criticità concorrenziali in funzione dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato, dall'altro con la successiva determinazione di un equo risarcimento in sede civile.

²¹ Cfr. AGCM, provvedimenti del 24 maggio 2007 e del 3 agosto 2007, caso A357-Tele2/Tim-Vodafone-Wind, concernente un presunto abuso di posizione dominante nel settore della telefonia ed in particolare con riferimento alla terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica.

²² Tribunale di Milano, 28 luglio 2015, n. 9109, *B. T. Italia/Vodafone Omnitel*.

²³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)).

Più di recente, sul tema è intervenuta la Corte di Cassazione con le sentenze 5381/2020²⁴ e 26869/2021²⁵, facendo propri i principi della sentenza *Gasorba* e così contribuendo all'allineamento tra la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria, nonché ad una maggiore chiarezza del quadro interpretativo di riferimento.

Con la prima pronuncia – relativa al medesimo precedente dell'AGCM esaminato dal Tribunale di Milano nella sentenza di cui sopra (il caso A357) – la prima sezione della Cassazione ha affermato che le decisioni di accettazione degli impegni, presupponendo la «pre-figurazione di un'ipotesi di violazione della concorrenza» e la «la valutazione da parte dell'Autorità Garante della capacità degli impegni stessi di risolvere il problema anticoncorrenziale delineato nell'avvio del procedimento», hanno rilievo probatorio maggiore rispetto alle decisioni di archiviazione e di non luogo a procedere, potendo tutti gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni essere utilizzati anche nel giudizio civile di risarcimento danni. Pertanto, come statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Gasorba* – espressamente citata dalla pronuncia in esame – tali decisioni non possono essere ignorate.

Nella sentenza la Corte di Cassazione rafforza le proprie argomentazioni facendo leva sul fatto che, nel caso di specie, l'AGCM abbia accettato gli impegni a seguito della Comunicazione delle

Risultanze Istruttorie (CRI). Peraltro, non ritiene comunque che tali elementi siano sufficienti ad attribuire alle decisioni con impegni il valore di prova privilegiata.²⁶ Tali decisioni infatti, ad avviso della Corte possono essere considerate alla stregua di presunzioni semplici *ex art.* 2729 c.c., in quanto «la valutazione espressa dall'Autorità Garante è [...] rivolta alla verifica della [loro] idoneità a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria come prospettati dall'Autorità stessa in sede di avvio del procedimento, ma l'assenza di un compiuto accertamento, da parte dell'AGCM, dell'illecito antitrust impedisce di ipotizzare che si sia formata una qualche preclusione quanto alla contestazione della medesima da parte dell'interessato»²⁷.

Da ultimo, è intervenuta la Sentenza 26869/2021 della medesima sezione della Cassazione, che si è pronunciata in merito al caso A597 concernente il presunto abuso di posizione dominante di Toscana Energia s.p.a., relativo a condotte poste in essere nel periodo 2005-2008, quale concessionaria in via esclusiva dei servizi di distribuzione e gestione della rete pubblica del gas metano in diversi comuni della regione Toscana.

Con tale decisione la Corte ha richiamato i principi esposti nel precedente di cui sopra e in *Gasorba*, circa il rilievo degli impegni, senza tuttavia soffermarsi sulla

²⁴ Cass. Civ., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381, *Uno Communications/Vodafone Italia*.

²⁵ Cass. Civ., sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869, *Toscana Energia/Pace Strade*.

²⁶ In proposito la pronuncia richiama Cass. Civ., sez. I, 20 giugno 2011, n.13486, con cui la Corte ha chiarito che la nozione di prova privilegiata in tema di illecito antitrust attiene alle decisioni di accertamento della sussistenza dell'infrazione, rispetto alle quali non è possibile, nel giudizio civile, rimettere in discussione i fatti su cui si fonda l'accertamento della violazione, a fronte dello stesso materiale probatorio e delle stesse argomentazioni già disattese in sede di procedimento antitrust.

²⁷ In senso contrario si era espresso il Tribunale di Milano 17 maggio 2016, n. 6211, che aveva optato per la soluzione della prova privilegiata.

possibilità o meno di attribuire alle relative decisioni il valore di prova privilegiata.

A fronte dell'incertezza interpretativa che comunque caratterizza il ruolo delle decisioni con impegni nei giudizi di *private enforcement*, si può senz'altro ritenere che due sentenze come quelle in esame rappresentino un passo significativo per la definizione di un più chiaro indirizzo giurisprudenziale.

IV. L'accesso agli atti del procedimento

Il tema del rilievo probatorio delle decisioni di accettazione degli impegni nei procedimenti per il risarcimento del danno è strettamente correlato alla possibilità per i soggetti terzi potenzialmente danneggiati di accedere agli atti del procedimento svoltosi dinanzi all'AGCM, al fine di acquisire elementi utili per la prova dell'illecito in sede civile.

Infatti, nei procedimenti con impegni l'assenza di un formale accertamento della violazione e di una decisione finale che costituisca prova della sussistenza del fatto illecito, e fornisca anche indicazioni circa gli elementi probatori assunti dall'autorità amministrativa nel corso dell'istruttoria, incrementa l'asimmetria informativa a danno dell'attore che caratterizza generalmente le azioni di danno *antitrust*²⁸.

Tuttavia, anche nel caso di decisioni con impegni, l'istruttoria condotta dall'Autorità potrebbe far emergere talune preliminari indicazioni utili ai fini di un'azione civile di

private antitrust enforcement, che potrebbero essere sottoposte dai soggetti interessati al libero apprezzamento del giudice²⁹.

A tal proposito si considerino in particolare i seguenti elementi:

- il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'autorità e alcune prime valutazioni giuridiche;

- i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate, che potrebbero fornire alcune indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato;

- il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento, il quale descrive in maniera più approfondita i problemi di concorrenza inizialmente identificati e fornisce una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità.

Per avere accesso al pieno novero di elementi probatori raccolti dall'Autorità utili in sede di azione civile, i terzi interessati hanno la possibilità di accedere al fascicolo istruttorio amministrativo, che include anche la comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. "CRI"), la quale, come evidenziato dalla sopra citata sentenza 5381/2020 della Corte di Cassazione, può assumere significativo valore probatorio in quanto contiene gli elementi posti alla base della pre-figurazione di un'ipotesi di violazione della normativa di concorrenza

²⁸ Al riguardo, lo stesso Libro Bianco della Commissione ha sottolineato che «gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme *antitrust* sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore». Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, punto 2.2.

²⁹ Cfr. al riguardo TAR Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, Tim-Vodafone-Wind, secondo cui «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico».

su cui si fonda il procedimento, oltre a contenere elementi di dettaglio relativi alle attività e alle valutazioni svolte dagli Uffici dell'Autorità nell'ambito dell'istruttoria.

Nel contesto europeo non vi è una disciplina comune a tutela del diritto di accesso agli atti del procedimento. In Italia, le norme di riferimento sono l'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, e l'art. 24 della L. 241/1990, che disciplinano rispettivamente l'accesso agli atti c.d. procedimentale e quello c.d. informativo (i.e. successivo alla conclusione del procedimento). Tali disposizioni sono interpretate e applicate dall'AGCM – con l'avvallo della giurisprudenza amministrativa – nel senso che l'accesso procedimentale deve essere consentito solo durante l'istruttoria e solo ai soggetti destinatari della notifica del provvedimento di avvio³⁰, e quello informativo ai soli soggetti che devono difendere interessi giuridici attinenti all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata³¹.

³⁰ Si tratta delle imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché gli eventuali denunciati ed intervenienti. La preclusione all'accesso può essere superata nei limiti in cui tali documenti risultino essenziali per assicurare il contraddittorio e/o il diritto di difesa delle imprese accusate nell'ambito del procedimento *antitrust*. A livello comunitario, il definitivo riconoscimento del principio della parità delle armi tra accusa e difesa si è avuto nella pronuncia del Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, in Racc. 1997, p. II-1775. A livello nazionale, cfr. Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Associazione Vendomusica e TAR Roma*, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 9276, *Trenitalia*.

³¹ Cfr. al riguardo TAR Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, secondo cui «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico» e TAR Roma, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615, *Fallimento ELINET S.p.A.*

Sulla base delle suddette disposizioni non trovano quindi spazio le istanze promosse da terzi con riferimento alle azioni di risarcimento del danno antitrust.

In ogni caso, tale l'approccio non preclude la possibilità per l'attore di accedere al fascicolo istruttorio, essendo possibile ricorrere ad altri strumenti previsti dall'ordinamento. In proposito si può notare come già prima dell'introduzione del D.Lgs. 3/2017, si era formata una saltuaria giurisprudenza che, in applicazione degli artt. 210 e 213 c.p.c.³², aveva accolto le richieste di esibizione al fascicolo istruttorio dell'AGCM:

- ai sensi dell'art. 210 c.p.c., come nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'AGCM conclusa tramite impegni³³;

- ai sensi dell'art. 213 c.p.c., come nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di private enforcement conseguente ad un procedimento dell'AGCM concluso con una decisione di accertamento e condanna³⁴.

³² Nello specifico, si tratta degli istituti dell'ordine di esibizione alla parte o al terzo. Ai sensi dell'art. 210 c.p.c. il giudice può disporre al soggetto asseritamente autore dell'illecito o all'AGCM (in qualità di terzo) «di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'esibizione», e della richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione. Ai sensi dell'art. 213 c.p.c. «il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo».

³³ Ordinanza del Trib. Palermo 15 luglio 2011. L'istanza di esibizione è stata accolta dopo che l'AGCM ha negato l'accesso al fascicolo istruttorio. Il caso trae origine dall'istruttoria A417, avviata nei confronti di Grandi Navi Veloci per un possibile abuso di posizione dominante nel mercato del trasporto di linea di veicoli gommati.

³⁴ Ordinanza App. Roma, 8 maggio 2006 (citata da App. Roma, sez. I, 31 marzo 2008). Il caso trae origine dal procedimento I124, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in cui l'AGCM ha accertato un'intesa anticompetitiva nel settore del bitume.

In una occasione, il Tribunale di Milano si era invece riservato di decidere circa gli ordini di esibizione richiesti da parte attrice, conferendo incarico al CTU «al fine di accertare se e quali documenti si rendano necessari al compimento delle operazioni»³⁵.

Alle disposizioni di cui sopra si sono aggiunti gli art. 3 e 4 del d.lgs. 3/2017, i quali riconoscono espressamente a chi ne abbia interesse, la possibilità di accedere alla documentazione utile al fine di sostenere la propria istanza di risarcimento.

L'art. 3 del decreto riconosce esplicitamente al giudice la possibilità di disporre, su istanza motivata del soggetto che esercita l'azione civile di risarcimento del danno *antitrust*, l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella disponibilità della controparte o di un terzo.

L'art. 4 – di portata più residuale – attribuisce invece al giudice la possibilità di ordinare ad un'Autorità garante della concorrenza l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo istruttorio, nei soli casi in cui nè le parti nè i terzi siano ragionevolmente in grado di fornirle.

Entrambe le disposizioni subordinano l'emissione delle prove a specifiche valutazioni di proporzionalità. In particolare, il giudice è tenuto ad esaminare:

- in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
- la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati;
- se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi³⁶.

³⁵ Cfr. Trib. Milano Ordinanza 52997/2010 del 20 maggio 2011.

³⁶ L'art. 4 del D.lgs. 3/2017, richiama quanto previsto all'art. 3 e prevede inoltre che il giudice, nel valutare la proporzionalità dell'esibizione debba altresì considerare: 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

L'introduzione di tali nuovi strumenti previsti *ad hoc* per i casi in materia di risarcimento del danno antitrust e, in particolare, la previsione di una specifica previsione relativa all'accesso al fascicolo istruttorio, certamente testimonia la volontà di assicurare la maggiore effettività possibile della tutela dei terzi in sede civile, ed è particolarmente importante con riferimento ai casi di decisioni con impegni, nei quali, come già evidenziato, l'attore necessita di costruire un quadro probatorio in grado di sopperire alla mancanza di un provvedimento amministrativo di accertamento dell'illecito. Naturalmente l'accessibilità del fascicolo istruttorio resta comunque subordinata agli apprezzamenti che saranno in ogni specifico caso effettuati del giudice civile.

V. Conclusioni

L'analisi condotta circa i rapporti tra azioni di risarcimento del danno e procedimenti amministrativi conclusi con l'accettazione di impegni consente di apprezzare un quadro variamente composito.

In primo luogo, si è osservato come alcune caratteristiche dei procedimenti con impegni, e in particolare l'assenza nel provvedimento finale di un accertamento formale dell'illecito, potrebbero comportare alcuni elementi di potenziale tensione con le azioni di risarcimento del danno. In linea di principio, queste tensioni sembrerebbero

concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza; se la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza; se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza in relazione a quanto previsto dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 4, o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del comma 7 della medesima normativa.

di scarso rilievo alla luce del fatto che lo strumento in esame dovrebbe limitarsi ai casi in cui vi sia una fattispecie che solleva problematiche *antitrust*, ma siano assenti condotte potenzialmente gravi. La prassi applicativa mostra, tuttavia, specie a livello nazionale, un discreto utilizzo dell'istituto in esame. Infatti, l'applicazione degli impegni, seppure esclusa nel caso delle violazioni c.d. *hard core*, è stata ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi.

A fronte di tale contesto, come ben noto, a livello europeo, l'emanazione della Direttiva 2014/104/UE ha fornito chiare indicazioni circa l'intenzione di voler incoraggiare le azioni di *private antitrust enforcement*, senza tuttavia che venissero prese posizioni legislative in merito alle problematiche potenzialmente dubbie connesse alla conclusione con impegni del procedimento amministrativo.

In tal senso, una questione sicuramente di rilievo riguarda il valore da attribuire alle decisioni con impegni nei giudizi civili. Infatti, sebbene il provvedimento con cui si rendono obbligatori gli impegni non contenga un formale accertamento dell'illecito, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrerebbe aver adottato un orientamento secondo cui le decisioni con impegni presuppongono un dubbio effettivo circa la sussistenza di problematiche *antitrust*. Come sostenuto dalla Corte di Giustizia – e recepito dalla Corte di Cassazione – non può dunque escludersi che, in sede di giudizio civile, si possa tenere conto delle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'autorità amministrativa, quantomeno, “*quale indizio, o addirittura quale principio di prova della natura anticoncorrenziale*” delle condotte contestate.

Dal punto di vista strettamente probatorio, deve rilevarsi che in ogni caso elementi utili al fine di sostanziare le pretese risarcitorie fatte valere con le azioni di *follow on* possono essere tratti dai documenti pubblici connessi all'istruttoria, quali il

provvedimento di apertura e chiusura del procedimento, nei quali vi è non solo una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine.

Infine, sempre dal punto di vista probatorio, assume significativo rilievo la possibilità per i terzi danneggiati di accedere al fascicolo istruttorio e, in particolare, alla comunicazione delle risultanze istruttorie. L'orientamento seguito dall'AGCM sul punto, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe piuttosto rigido, nel senso di escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento. Tuttavia, già prima dell'introduzione D.Lgs. 3/2017 era emerso un orientamento secondo cui, sarebbe stato possibile accedere al fascicolo istruttorio anche ai sensi dei soli artt. 210 e 213 c.p.c. L'art. 4 della D.Lgs. 3/2017, ha espressamente disciplinato l'ipotesi dell'accesso al fascicolo istruttorio nei giudizi relativi al risarcimento del danno antitrust, che trova quindi un espresso riconoscimento normativo, pur rimanendo subordinato al giudizio di proporzionalità del giudice civile.

ALBERTO PERA

Bibliografia

Camilleri, «Decisioni con impegni e private enforcement», in *Accademia*, 2024, n. 4, p. 63 ss.; Cintioli, «Le nuove misure riparatrici del danno alla concorrenza», in *Giur. Comm.*, 2008, n. 1, p. 109 ss.; Dekeyser – Becker – Calisti, «Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC*

Competition Law, (a cura di) Ehlermann – Marquis, Oxford, 2010, p. 677 ss.; Gitti, «Gli accordi con le Autorità indipendenti», in *Rivista dir. civ.*, 2011, n. 2, p. 192 ss.; Libertini, «Le Decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti *antitrust*», in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1284 ss.; Pera, «Le decisioni con impegni tra diritto nazionale e comunitario», in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, (a cura di) G. Bruzzone, Bologna, 2008, p. 61 ss.; Raffaelli, «Il difficile equilibrio tra *public* e *private enforcement* nell'applicazione del diritto *antitrust*», in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, p. 1926 ss.; Scognamiglio, «Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi», in *Dir. amm.*, 2010, p. 503 ss.; Siragusa, «Le decisioni con impegni», in 20 anni di *antitrust*. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Torino, 2010, p. 385 ss.; G. Masucci, «Il procedimento con impegni in materia di intesa restrittive e di abuso di posizio-

ne dominante», in *Il Diritto dell'Economia*, 2014, vol. 27, n. 84, pp. 371-399; G. Gitti, «Gli impegni delle imprese e le decisioni delle Autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo», in *Diritto Amministrativo*, 2015, vol. 23, n. 2-3, pp. 597-617; Fasoula Vasiliki, «The legal effects of commitment decisions under article 9(1) of Regulation 1/2003 on antitrust proceedings before National Courts», in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2018, vol. 2, n. 1, pp. 60-64; Piletta Massaro, «Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione», *Giur. It.*, p. 98 ss.; gennaio, 2021 Rabai, «La conclusione del procedimento sanzionatorio *Antitrust* mediante accettazione degli impegni. Considerazioni sul rapporto tra *Public* e *Private Enforcement*», in *Diritto Amministrativo*, 2018, vol. 26, n. 1, pp. 165-203.

LE DECISIONI CON *SETTLEMENT* E IL RILIEVO PER L'*ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT*

Sommario: **I.** Introduzione. – **II.** Il *settlement* in Commissione. – II.1. Profili procedurali. – II.2. Il *settlement* ibrido. – II.3. La prassi della Commissione. – II.4. Interazioni con la procedura di *leniency*. – **III.** Il *settlement* in Italia – **IV.** Perché transigere? – **V.** *Settlement* e *private enforcement*. – **VI.** Conclusioni.

I. Introduzione

L'istituto del *settlement* (“*settlement*” o “transazione”) è stato introdotto nell’ordinamento europeo con il Regolamento (CE) n. 622/2008 del 30 giugno 2008 (“Regolamento 622/2008”) – che ha emendato il Regolamento n. 773/2004¹ con l’inserimento del nuovo articolo 10-*bis* «Procedura di transazione nei casi di cartelli». Il *settlement* trova la sua disciplina analitica nella comunicazione della Commissione europea (“Commissione”) concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’art. 7 e dell’art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, da ultimo emendata il 3 agosto 2015 (“Comunicazione”)².

¹ Con Regolamento (UE) 2015/1348 della Commissione del 3 agosto 2015, l’art. 10-*bis* del Regolamento n. 773/2004 è stato ulteriormente emendato al fine di allineare le previsioni sulla procedura di *settlement* alla Direttiva 2014/104/EU in materia di azioni di risarcimento danni *antitrust*.

² La Comunicazione del 2008 è stata emendata nell’agosto del 2015 al fine di allineare alcune delle sue previsioni su accesso e utilizzo informazioni alla Direttiva 2014/104/EU in materia di azioni di risarcimento danni *antitrust*, su cui si veda *infra* paragrafo IV del presente contributo.

Il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria disciplinata dai Regolamenti (CE) nn. 1/2003 e 773/2004 e, a livello europeo, trova applicazione esclusivamente nei casi di illeciti *antitrust* ritenuti più gravi per la collettività – vale a dire i cartelli, disciplinati dall’art. 101 TFUE³ – la cui repressione è obiettivo prioritario per tutte le autorità di controllo della concorrenza.

Attraverso la procedura di *settlement* le imprese coinvolte in un procedimento avente ad oggetto un cartello possono addvenire ad un accordo con la Commissione al fine di definire celermente l’esito dell’istruttoria e ottenere una riduzione sulla sanzione finale del 10%.

Sebbene tecnicamente la procedura di *settlement* sia applicabile nei procedimenti dinanzi alla Commissione solo relativamente ad ipotesi di cartello, la Commissione ha talvolta ammesso forme di collaborazione con le imprese disposte ad ammettere condotte abusive o la partecipazione ad accordi anticoncorrenziali di tipo verticale⁴, che hanno determinato una riduzione dell’ammenda finale a volte persino maggiore di quella prevista dalla procedura di *settlement*⁵.

³ In Germania, in Francia e in Italia il *settlement* può essere utilizzato senza restrizioni relative al tipo di infrazione. In Gran Bretagna ed in Olanda, invece, la procedura di transazione trova normalmente applicazione nei casi di cartello.

⁴ Ai sensi del punto 37 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003.

⁵ Per i precedenti più recenti: Commissione europea, *Mondelez trade restrictions* – COMP/AT.40632, 23 maggio 2024 (15%); Commissione europea,

La procedura di *settlement* – sempre più frequentemente adottata nei procedimenti di fronte alla Commissione – è prevista anche in altri ordinamenti, fra cui: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Polonia, Svezia, Croazia, Portogallo, Gran Bretagna, Francia, Olanda e Germania. In Italia, l'istituto del *settlement* è stato introdotto con la legge 5 agosto 2022, n. 118, recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* ed è attualmente disciplinato dall'art. 14 *quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dalla Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") del 22 maggio 2023.

Anche se la procedura di *settlement* può perseguire differenti obiettivi di *policy* nei diversi Paesi in cui è prevista, in generale può dirsi che essa premia la collaborazione delle imprese indagate con una riduzione delle sanzioni e può consentire un'abbreviazione dei tempi istruttori e – dunque – una definizione più celere del procedimento *antitrust*⁶.

Capcom – Video Games – COMP/AT.40424, 20 gennaio 2021(10-15%); Commissione europea, *Character merchandise* – COMP/AT.40432, 9 luglio 2019 (40%); Commissione europea, *Ancillary Sports Merchandise* – COMP/AT.40436, 25 marzo 2019 (40%); Commissione europea, *Melia (Holiday Pricing)* – COMP/AT.40528, 21 febbraio 2020 (30%).

⁶ Per informazioni su alcuni dei paesi dove la procedura di *settlement* trova applicazione, cfr. J. Burrichter, «*Settlement in cartel cases: practical experience in Germany*», in *European Competition Law Annual 2008, 2010*, p. 471 ss.; D. Brault – R. Maulin, «*La procédure de non-contestation des griefs: Un succès non contestable*», in *Concurrence* n. 2-2011, p. 80 ss.; E. Morgan De Rivery, «*The French "Non-Contest Procedure": A Practitioner's Point of View*», in *European Competition Law Annual 2008, 2010*, p. 453 ss.; P. Kalbfleisch, «*The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlements*», in *European Competition Law Annual 2008, 2010*, p. 481 ss.; O. Brouwer, «*Antitrust Settlements in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration?*», in *European Competition Law Annual 2008, 2010*, p. 489 ss.; A. Stephan, «*OFT dairy price-fixing case leaves sour taste for cooperating parties in settlements*»,

Nei paragrafi che seguono si illustrerà prima la procedura di *settlement* in Commissione per poi soffermarsi su quella dell'AGCM in ambito nazionale.

II. Il *settlement* in Commissione

II.1. Profili procedurali

La procedura di *settlement* – facoltativa sia per la Commissione che per le parti del procedimento che intendano aderirvi – è delineata in dettaglio nella Comunicazione.

In sintesi, a seguito dell'avvio di un procedimento istruttorio volto ad accertare l'esistenza di un cartello in violazione dell'art. 101 TFUE, la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quali casi possono essere conclusi con la procedura ordinaria e quali, invece, presentano caratteristiche tali da consentire una transazione.

Qualora la Commissione, una volta raccolte, nell'ambito della fase istruttorio del procedimento, evidenze probatorie sufficienti a supportare la sussistenza del cartello, ritenga – sulla base di numerosi fattori quali il numero delle imprese indagate, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti – che, nel caso al suo esame, possa esserci spazio

in *European Competition Law Review*, 2010; R. Snelders - C. Opdebeeck-Wilson, «*Cartel Settlements: An overview of EU and national case law*», in *www.Concurrences.com* e-Competitions N°99701, 2021; J. Maillo, «*Cartel settlement: An overview of EU and national case law*», in *www.Concurrences.com*, e-Competitions N°120387, 2024; A. C. Wegner - H. Janssen - S. Janks, «*Germany: cartels, the dynamics of settlements and the (risky) court battle*» in *Europe, Middle East and Africa Antitrust Review 2023 - Global Competition Review Insight Series*, pp. 268 ss.; F. Murphy – J. Christoforou – M. Zymler, «*UK: Latest moves on cartel enforcement action*» in *Europe, Middle East and Africa Antitrust Review 2023 - Global Competition Review Insight Series*, pp. 366 ss.

per il *settlement*, verifica l'interesse delle parti coinvolte nel procedimento istruttorio ad aderire alla procedura. A tal fine, la Commissione concede alle parti interessate un termine non inferiore a due settimane entro il quale queste ultime devono manifestare, per iscritto, la disponibilità a partecipare a discussioni tese all'eventuale presentazione di proposte di transazione in un momento successivo della procedura⁷. Tali dichiarazioni contengono una mera espressione della volontà delle parti di prendere contatto con la Commissione al fine di transigere e non comportano né il riconoscimento della partecipazione all'infrazione né alcuna assunzione di responsabilità per la commissione dell'illecito.

Se le parti esprimono la volontà di aderire alla procedura di transazione, la Commissione può decidere di avviare consultazioni bilaterali, dando formalmente inizio alla procedura di *settlement*. Anche questa fase è fortemente caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità della Commissione, con particolare riferimento alla valutazione dell'opportunità e alla sequenza temporale delle discussioni bilaterali, nonché al momento in cui rendere accessibili alle parti gli elementi probatori contenuti nel fascicolo istruttorio a supporto degli addebiti e fornire alle parti una stima della possibile sanzione che ciascuna impresa potrebbe essere chiamata a corrispondere. Nell'ambito di tali discussioni le parti vengono informate in merito agli «elementi essenziali»⁸ presi in considerazione dalla Commissione fino a quel momento, quali: «i fatti contestati,

la loro classificazione, la gravità e durata del presunto cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti»⁹ che la Commissione intende contestare. In questa fase le parti hanno, altresì, la possibilità di richiedere – a determinate condizioni – l'accesso alle versioni non riservate dei documenti accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio. Alle parti vengono assegnati termini brevi per richiedere documentazione o fornire commenti e osservazioni in merito agli elementi essenziali presi in considerazione dalla Commissione. Normalmente tale interlocuzione avviene nel corso di audizioni tecniche o durante teleconferenze con gli uffici istruttori responsabili del singolo caso o, ancora, attraverso il deposito di c.d. *non-papers*. La Commissione non è tuttavia obbligata a tenere in considerazione i commenti delle parti.

Nel momento in cui i contatti bilaterali tra la Commissione e le parti, avvenuti nel corso di questa prima fase di negoziazione, consentono di raggiungere un'intesa comune quanto all'ambito degli addebiti e alla stima della forcella delle probabili sanzioni, la Commissione fissa un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale le parti possono formalizzare una proposta definitiva di transazione. In tale proposta, come espressione dell'impegno a cooperare in vista di una rapida trattazione del caso, alle parti è richiesto di fornire determinate conferme e informazioni. In particolare, esse devono: *i)* riconoscere la propria partecipazione e responsabilità nella commissione dell'illecito¹⁰, che

⁷ In Francia, al contrario, sono le società a richiedere di essere ammesse alla procedura di *settlement*. L'Autorità francese della concorrenza il 21 dicembre 2018 ha pubblicato una comunicazione sulla procedura di transazione disponibile presso <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiques-de-presse/autorite-adopts-its-procedural-notice-settlement-order-make-it-more-legible>.

⁸ Comunicazione, punto 2.2 (16).

⁹ Comunicazione, punto 2.2 (16).

¹⁰ Si noti che nel Regno Unito e in Francia il riconoscimento della responsabilità della parte per l'infrazione è requisito di accesso alla procedura di *settlement*; invece, in Germania, in Italia e in Olanda - le cui procedure sono fortemente ispirate a quella dell'Unione Europea - l'accesso alla procedura di *settlement*

dovrà essere descritto sinteticamente in tutti i suoi elementi essenziali quali l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti e la durata della loro partecipazione, *ii*) fornire un'indicazione dell'importo massimo della sanzione che potrebbero accettare di corrispondere nell'ambito della transazione, *iii*) confermare, da un lato, di essere state sufficientemente informate in merito agli addebiti che la Commissione intende muovere nei loro confronti e, dall'altro, di aver avuto la possibilità di esprimere il proprio punto di vista nell'ambito delle fasi precedenti della procedura, *iv*) rinunciare a determinati diritti di difesa quali l'accesso agli atti contenuti nel fascicolo istruttorio e la possibilità di essere sentite in audizione. Tali diritti possono, tuttavia, essere riacquisiti qualora la comunicazione degli addebiti non rifletta il contenuto della proposta di transazione e *v*) dare il proprio consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua ufficiale dell'Unione europea.

La Commissione gode di ampia discrezionalità nel decidere se accettare le proposte di transazione sulla base della corrispondenza o meno tra queste ultime e gli esiti delle consultazioni bilaterali. Su richiesta dell'impresa interessata, la Commissione può accettare che le proposte di transazione siano presentate oralmente¹¹.

non richiede ammissione di responsabilità. Per Regno Unito, Germania, Olanda si veda «*Getting the Deal Through – Cartel Regulation 2024*»; per la Francia si veda Autorité de la concurrence, cit. *supra* nota 7, par.13-14; per l'Italia si veda Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 22 maggio 2023, par. 16 a).

¹¹ Comunicazione, punto 3 (38). Interessante evidenziare che il 19 marzo 2019 la Commissione ha lanciato il servizio online «*eLeniency*», teso a facilitare le società che vogliono sottoporre all'attenzione della Commissione documenti e dichiarazioni nell'ambito di procedure di *leniency* e di *settlement*, così come in ipotesi di cooperazione in casi diversi

Come nella procedura ordinaria, anche in quella di transazione la Commissione è tenuta a adottare una comunicazione degli addebiti¹², che potrà riflettere o meno la proposta di transazione. A garanzia dei diritti di difesa, prima della decisione definitiva, la Commissione è tenuta a sentire le argomentazioni delle parti in relazione sia agli addebiti mossi nei loro confronti che alle evidenze probatorie utilizzate a supporto della tesi accusatoria così da poter modificare, se del caso, la propria analisi preliminare (ad es., rinunciando a muovere specifici addebiti che possano ritenersi infondati alla luce di quanto descritto dalle parti, oppure rivedendo o completando le proprie argomentazioni). Il fatto che questa procedura sia caratterizzata da un elevato livello di discrezionalità è dimostrato ad esempio dalla decisione *Trucks*¹³, nella quale la Commissione ha adottato una comunicazione degli addebiti prima dell'avvio della formale procedura di *settlement*.

Se la comunicazione degli addebiti riflette puntualmente la proposta di transazione formulata dalle parti, queste ultime rispondono entro un termine fissato dalla Commissione, di almeno due settimane, limitandosi semplicemente a confermare, in termini inequivocabili, che la comunicazione degli addebiti è conforme a quanto indicato nella proposta di transazione e che il loro impegno di seguire la procedura di *settlement* resta fermo. In assenza di tale dichiarazione, la Commissione prende atto che le parti non intendono dar seguito all'impegno assunto nell'ambito della transazione; circostanza che può condurre l'autorità europea ad abbandonare la procedura di *settlement*.

dai cartelli: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/eleniency.html>.

¹² Tale comunicazione non è, al contrario, prevista nel sistema tedesco.

¹³ Commissione europea, *Trucks* – COMP/3 9.824, 19 luglio 2016.

La Commissione, come anticipato, può anche adottare una comunicazione degli addebiti che non riflette il contenuto della proposta di transazione; nel qual caso, le ammissioni ivi formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono utilizzarsi come elementi probatori contro nessuna parte del procedimento. Ne consegue che alle parti, non più vincolate dalla loro proposta di transazione (e che riacquistano i diritti di difesa cui avevano rinunciato nella prima fase della procedura), è assegnato un nuovo termine per poter presentare richieste di accedere al fascicolo istruttorio o di essere sentite in audizione.

Nell'ipotesi in cui le parti abbiano confermato la conformità della comunicazione degli addebiti con il contenuto delle proposte di transazione e, dunque, il loro impegno a proseguire nella procedura di *settlement*, la Commissione può adottare la decisione definitiva in linea con il contenuto della proposta di transazione e della comunicazione degli addebiti nella quale verrà data evidenza del fatto che l'impresa ha cooperato con l'autorità di concorrenza nell'ambito della procedura di *settlement*.

Proprio in ragione di tale cooperazione, e come ricompensa per la stessa, in caso di esito positivo della procedura di transazione, la Commissione riduce del 10% l'ammontare dell'ammenda irrogata nei confronti delle imprese che hanno aderito al *settlement*¹⁴.

Inoltre, qualsiasi maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende¹⁵ non potrà eccedere un fattore moltiplicatore pari a due¹⁶. Se, poi, il procedimento concluso mediante procedura di transazione coinvolge anche imprese che abbiano presentato domanda di trattamento favorevole (*leniency*), la riduzione dell'importo della sanzione accordata a titolo di transazione, si sommerà alla riduzione della sanzione eventualmente concessa a titolo di trattamento favorevole.

Si osserva, infine, che la Commissione, nella propria autonomia decisionale, ha la facoltà di adottare una posizione definitiva che differisce da quella espressa nella comunicazione degli addebiti che racchiude le proposte di transazione delle parti. In tal caso, però, la Commissione deve informarne le parti tramite una nuova comunicazione degli addebiti anche al fine di garantire loro un effettivo esercizio del diritto di difesa, in linea con le norme procedurali applicate in assenza di transazione (le parti avranno, dunque, diritto di accesso alla documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio nonché di chiedere un'audizione e di rispondere alla comunicazione degli addebiti). Anche in questo caso, le ammissioni delle parti formulate nelle proposte di transazione si intenderanno ritirate e non potranno utilizzarsi come evidenze nei confronti di nessuna delle parti del procedimento.

¹⁴ Comunicazione, punto 2.5 (32). Sulla percentuale di riduzione della sanzione, che rappresenta per le parti il primario incentivo a transigere, si osservano notevoli diversità di approccio nei diversi Stati dove la procedura di *settlement* opera: in Francia, ad esempio, l'importo della riduzione non è predeterminato; in Belgio, in Germania come in Olanda, è prevista una riduzione del 10%, in Grecia, del 15%. Mentre in paesi come il Regno Unito l'ammontare della riduzione può variare dal 10% al 20% e viene deciso caso per caso. Per l'Italia si veda *infra* par. III. Per Belgio, Germania, Olanda, Grecia e Regno Unito si veda «*Getting the Deal Through – Cartel*

Regulation 2024»; per la Francia si veda Autorité de la concurrence, cit. *supra* nota 7, par.25.

¹⁵ Il punto 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 recita: «La Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande al di là delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce».

¹⁶ Comunicazione, punto 2.5 (32).

II.2. Il *settlement* ibrido

È possibile che solo alcune delle parti del procedimento aderiscano alla transazione (c.d. *settlement* ibrido). In questo caso la Commissione segue due binari paralleli: la procedura ordinaria nei confronti di alcune delle parti del procedimento e quella di *settlement* nei confronti di altre parti dello stesso procedimento. Le efficienze procedurali ottenibili attraverso un *settlement* ibrido sono minori e la Commissione mostra una chiara preferenza per la procedura di *settlement* estesa a tutte le parti del procedimento istruttorio e può sempre decidere a sua discrezione di abbandonare in qualsiasi momento la procedura di *settlement*. Ad oggi, tuttavia, la Commissione ha definito con *settlement* ibridi i casi *Animal Feed Phosphates*, *Euro Interest Rate Derivatives*, *Yen Interest Rate Derivatives*, *Steel Abrasive*, *Mushrooms*, *Trucks*, *Canned Vegetables*, *FOREX* e *SNBB* (la cui procedura ordinaria risulta ancora in corso).

Si noti che la Corte di giustizia si è pronunciata in relazione a un caso di *settlement* ibrido nella sentenza *Timab*¹⁷, in cui ha, fra l'altro, statuito che la Commissione non deve discriminare fra i partecipanti allo stesso cartello – e fra parti che hanno aderito e parti che non hanno aderito alla procedura di *settlement* – in relazione alla determinazione dell'ammontare delle sanzioni. Recentemente, nella sentenza *Pometon*, la Corte si è pronunciata in relazione a un caso di *settlement* ibrido c.d. non simultaneo (che si verifica quando la decisione di infrazione a carico della parte che non partecipa al *settlement* è adottata diverso tempo dopo la decisione di transazione), dove ha stabilito che la Commissione deve preservare la presunzione di innocenza

delle imprese che hanno rifiutato di prendere parte alla transazione¹⁸.

II.3. La prassi della Commissione

Con riferimento all'utilizzo del *settlement*, si osserva che, dall'entrata in vigore del Regolamento 622/2008, nei procedimenti avviati dalla Commissione, l'impiego dell'istituto è aumentato nel corso degli anni: dal 2010 all'ottobre 2024, su un totale di settantasette decisioni adottate in materia di cartelli¹⁹ risultano essere trentotto i casi definiti con *settlement*²⁰.

¹⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 2021, *Pometon SpA v Commission*, ECLI:EU:C:2021:214; da ultimo, sul rispetto della presunzione di innocenza si veda anche la Sentenza della Corte di Giustizia del 1° febbraio 2024, *Scania v. Commission*, ECLI:EU:C:2024:103.

¹⁹ Cfr. Tabella 14, «Cartel decisions adopted since 2010 according to procedure» in *Cartel Statistics* aggiornata al 23 ottobre 2024, disponibile presso competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en. Per altre statistiche sulla procedura di *settlement* dinanzi la Commissione, aggiornate al 30 giugno 2023 si veda anche W. Wils, «The European Commission's cartel settlement procedure: An assessment after fifteen years», in *Concurrences*, 2024, n.3.

²⁰ *DRAMs* – COMP/AT.38511; *Animal feed phosphate* – COMP/AT.38866; *Consumer Detergents* – COMP/AT.39579; *CRT Glass* – COMP/AT.39605; *Refrigeration Compressors* – COMP/AT.39600; *Water Management Products* – COMP/AT.39611; *Automotive Wire Harnesses* – COMP/AT.39748; *Yen Interest Rate Derivatives (YIRD)* – COMP/AT.39861; *Euro Interest Rate Derivatives (EIRD)* – COMP/AT.39914; *Polyurethane Foam* – COMP/AT.39801; *Power Exchanges* – COMP/AT.39952; *Automotive Bearings* – COMP/AT.39922; *Steel Abrasives* – COMP/AT.39792; *Mushrooms* – COMP/AT.39965; *Swiss Franc Interest Rate Derivatives* – COMP/AT.39924; *Paper Envelopes* – COMP/AT.39780; *Parking Heaters* – COMP/AT.40055; *Blocktrains* – COMP/AT.40098; *Alternators And Starters* – COMP/AT.40028; *Trucks* – COMP/AT.39824; *Rechargeable Batteries* – COMP/AT.39904; *Thermal Systems* – COMP/AT.39960; *Lighting Systems* – COMP/AT.40013; *Occupant Safety Systems* – COMP/AT.39881; *Spark Plugs* – COMP/AT.40113; *Braking Systems* – COMP/AT.39920; *Maritime Car Carriers* – COMP/AT.40009; *Occupant Safety*

¹⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2017, *Timab Industries and CFPR v Commission*, ECLI:EU:C:2017:11.

In sintesi si osserva che, nei casi fino ad oggi decisi con *settlement*: *i*) la Commissione ha valutato una vasta gamma di condotte: dalla fissazione dei prezzi, alla ripartizione dei mercati, allo scambio di informazioni commerciali sensibili, *ii*) il numero di parti coinvolte nei procedimenti istruttori varia da 2 a 13, *iii*) vi sono stati 9 casi di *settlement* ibrido²¹, in cui non tutte le società parti del procedimento hanno aderito alla transazione, *iv*) la durata dei procedimenti definiti con *settlement* è stata in media di poco più breve rispetto a quella dei procedimenti conclusi con procedura ordinaria²², *v*) la Commissione ha irrogato sanzioni comprese fra i 6 milioni e i 3 miliardi di euro²³.

Che la Commissione sia incline ad utilizzare la procedura di *settlement* è, poi, confermato anche da dichiarazioni contenute in diversi comunicati stampa della Commissione, pubblicati a seguito dell'adozione di decisioni di *settlement*, dai quali

emerge che l'*iter* procedurale del *settlement* è considerato un efficace strumento di *enforcement* poiché, incentivando le società coinvolte nel procedimento istruttorio a transigere, permette di sanzionare gravi casi di cartello, riducendo costi e generando benefici per i consumatori e la collettività²⁴.

Anche con riferimento alle esperienze più rilevanti in ambito europeo in cui è previsto il *settlement*, si registra un incremento dell'impiego di questa procedura: in Germania, la maggior parte delle decisioni (praticamente tutte quelle che non vengono impugnate) sono adottate attraverso la procedura di transazione²⁵; la Francia, almeno dal 2018 ha adottato in media 3 decisioni di *settlement* l'anno²⁶; in Gran Bretagna, l'istituto è stato molto utilizzato tanto che si è imposta la necessità di modificare la procedura di *settlement* obbligando le imprese che partecipano alla transazione di rinunciare all'impugnazione della decisione²⁷.

Systems II – COMP/AT.40481; *Ethylene* – COMP/AT.40410; *Closure systems* – COMP/AT.40299; *Rail cargo* – COMP/AT.40330; *Car Emissions* – COMP/AT.40178; *Canned vegetables* – COMP/AT.40127; *FOREX* – COMP/AT.40135; *Metal packaging* – COMP/AT.40522; *Styrene monomer* – COMP/AT.40547; *Hand grenades* – COMP/AT.40760; *SNBB* – COMP/AT.40636.

²¹ *Animal Feed Phosphate* – COMP/AT.38866; *Yen Interest Rate Derivatives (YIRD)* – COMP/AT.39861; *Euro Interest Rate Derivatives (EIRD)* – COMP/AT.39914; *Steel Abrasives* – COMP/AT.39792; *Mushrooms* – COMP/AT.39965; *Trucks* – COMP/AT.39824; *Canned vegetables* – COMP/AT.40127; *FOREX* – COMP/AT.40135; *SNBB* – COMP/AT.40636.

²² Cfr. W. Wils, cit. *supra*, nota 19, p. 6: «*the average duration of cases entirely concluded with settlement decision ... is indeed three months ... shorter than the average durations of cases entirely concluded under the standard procedure*». Si noti che la durata della procedura di *settlement* è variata nel corso degli anni: durante la prima decade era al di sotto di 17 mesi; in tempi recenti, invece, è aumentata, arrivando ad essere di circa 2 anni. Sul tema si veda anche J. Maillou, cit. *supra*, nota 6, p. 5.

²³ Le considerazioni di sintesi di cui ai punti *i*) – *iv*) nel testo sono basate sulle decisioni di *settlement* pubblicate per intero alla data del 31 ottobre 2024.

II.4. Interazioni con la procedura di *leniency*

Settlement e *leniency* sono strumenti diversi ma complementari nella politica

²⁴ Cfr. Comunicato stampa della Commissione dell'8 marzo 2017, disponibile presso https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_505; Comunicato stampa della Commissione del 19 ottobre 2023, disponibile presso https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5104.

²⁵ Cfr. A. C. Wegner – H. Janssen – S. Janks, cit. *supra*, nota 6, p. 273.

²⁶ Le decisioni di *settlement* in Francia sono disponibili presso <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/liste-des-decisions-et-avis>; sul punto si vedano anche i Rapporti Annuali 2018-2023 disponibili presso <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/publications/80>.

²⁷ Cfr. *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8*, aggiornata al 10 Dicembre 2021, par. 14.8 disponibile presso <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases>.

europea della concorrenza maggiormente volta alla repressione dei cartelli: la *leniency* premia la cooperazione delle imprese che forniscono un contributo volontario decisivo alla scoperta e all'accertamento di un illecito grave, mentre il *settlement* ricompensa la cooperazione delle imprese che, previa ammissione della propria responsabilità nella commissione dell'illecito, contribuiscono ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione di una decisione ai sensi degli artt. 7 e 23 Reg. (CE) 1/2003 nei modi e con le garanzie descritte nei paragrafi che precedono. Come già chiarito, secondo la Comunicazione, per l'impresa che abbia già presentato domanda di *leniency* e abbia, quindi, già ammesso la propria partecipazione ad un illecito grave, la procedura di *settlement* può rappresentare l'opportunità di ottenere un'ulteriore riduzione del 10% della sanzione. In altre parole, qualora nei casi conclusi con procedura di *settlement* siano coinvolte imprese che hanno anche presentato domanda di *leniency*, la riduzione della sanzione loro accordata a titolo di transazione va a sommarsi alla ricompensa loro concessa a titolo di trattamento favorevole. La Commissione si è mostrata più incline ad intraprendere la strada del *settlement* là dove alcune o tutte le parti avevano ammesso la loro responsabilità nelle dichiarazioni di *leniency*. E infatti, la stragrande maggioranza dei casi definiti con *settlement* è caratterizzata dalla presenza di uno o più *leniency applicant*.

III. Il *Settlement* in Italia

Come anticipato, l'istituto del *settlement* è stato introdotto recentemente anche in Italia con la legge 5 agosto 2022, n. 118, recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* ed è disciplinato dall'art. 14 *quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dalla Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14 *quater* della legge 10

ottobre 1990, n. 287 del 22 maggio 2023 ("Comunicazione AGCM"). La disciplina nazionale, almeno sotto il profilo procedurale, rispecchia la disciplina europea. Tuttavia, contrariamente a quanto avviene dinanzi alla Commissione, l'istituto del *settlement* in Italia può espressamente trovare applicazione anche con riferimento a fattispecie di abusi di posizione dominante e intese restrittive della concorrenza diverse dai cartelli²⁸. Per marcare la differenza fra le diverse tipologie di illecito in termini di riduzione delle sanzioni, la Comunicazione AGCM prevede una riduzione della sanzione del 10% se il *settlement* ha ad oggetto fattispecie di "*cartello segreto*" e una riduzione del 20% se la transazione ha ad oggetto un illecito anticoncorrenziale diverso²⁹. Come anticipato, la procedura in Italia rispecchia quella seguita dalla Commissione e risulta suddivisa in cinque fasi: (i) avvio del procedimento e fasi esplorative riguardanti la transazione; (ii) inizio della procedura e discussioni con le parti per giungere a una transazione; (iii) proposte di transazione; (iv) comunicazione delle risultanze istruttorie e risposta delle parti; (v) decisione dell'Autorità e riduzione della sanzione ad esito della transazione. Tutta la procedura è ispirata al principio di economia procedurale e, al pari di quanto avviene davanti alla Commissione, spetta alla discrezionale iniziativa dell'Autorità valutare l'applicabilità dell'istituto ed eventualmente l'interruzione della procedura qualora ne sia compromessa l'efficacia³⁰.

²⁸ Art. 14 *quater* co. 1 L. n. 287/90 e Comunicazione AGCM, par. 1.

²⁹ Cfr. Art. 14 *quater* co. 5 L. n. 287/90 e Comunicazione AGCM, par. 25-26.

³⁰ Cfr. Comunicazione AGCM, punti 3, 10, 20 e 22; si veda anche AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2022*, 31 marzo 2023 disponibile presso <https://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali>, pag. 17; OECD, *Annual Report on Competition Policy Developments in Italy*, DAF/COMP/AR(2024)19, 27 maggio 2024.

Ad oggi³¹, l'AGCM non ha ancora fatto ricorso alla procedura di *settlement*. Di conseguenza, non si è ancora sviluppata una prassi applicativa da poter esaminare e comparare con quella seguita dalla Commissione. Tuttavia, è ragionevole presumere che l'Autorità farà riferimento ai precedenti della Commissione nella futura applicazione dell'istituto.

IV. Perché transigere?

Come anticipato, il *settlement* è un meccanismo alternativo alla procedura ordinaria. Di seguito si offrono alcune considerazioni sugli elementi che le Autorità di controllo della concorrenza e le parti del procedimento si trovano a dover valutare nella scelta di proporre o di aderire al *settlement*.

a) La prospettiva della Commissione e dell'AGCM

La scelta di iniziare la procedura ordinaria piuttosto che quella di *settlement* è, come si è visto, a totale discrezione della Commissione e dell'AGCM. Nella prospettiva delle Autorità di concorrenza, infatti, a seconda del caso specifico all'esame e delle evidenze presenti nel fascicolo istruttorio, può essere più opportuno proporre il *settlement* anziché affrontare una procedura ordinaria.

La Commissione e l'AGCM saranno incentivate a proporre il *settlement* qualora ritengano di avere buone probabilità di raggiungere un accordo con tutte le parti coinvolte nel procedimento. Fermo restando che tale probabilità si presume sia maggiore nei casi di illeciti meno complessi, le maggiori efficienze procedurali si potrebbero invece ottenere nei casi complessi, che coinvolgono un gran numero di parti con posizioni confliggenti sull'attribuzione di responsabilità

e ampie contestazioni su oggetto, effetti e durata dell'illecito. Tuttavia, l'esperienza applicativa maturata in questi ultimi quindici anni mostra che la Commissione tende a proporre il *settlement* in casi – si ricorda, solo cartelli – che presentano un minor grado di complessità e che coinvolgono poche parti, specialmente quando la maggior parte di esse abbia presentato una domanda di clemenza. Questo perché la Commissione tende a evitare il rischio che le discussioni volte a raggiungere un accordo durino troppo a lungo e si risolvano poi nell'abbandono della procedura di *settlement*³².

I vantaggi che le Autorità di controllo della concorrenza possono trarre dalla scelta della procedura di *settlement* sono rappresentati – come evidenziato in precedenza – da una maggior speditezza e da un minor costo della procedura (si pensi, ad esempio, all'assenza di audizioni e di accessi completi alla documentazione istruttoria) e dei relativi contenziosi. Anche se recentemente si è osservato un incremento delle impugnazioni avverso decisioni di *settlement* della Commissione essenzialmente per motivi legati al calcolo delle sanzioni, la probabilità che l'impresa che aderisce al *settlement* impugni la decisione di fronte al giudice resta, ancora oggi, piuttosto bassa³³. A ciò si aggiunga il vantaggio derivante dal minore dispendio

³² K. Dekeyser – R. Becker – D. Calisti, «*Impact of Public Enforcement on Antitrust Damages Actions: Some Likely Effects of Settlement and Commitments on Private Actions for Damages*», in *European Competition Law Annual* 2008, 2010, p. 677 ss.; D.W. Hull – M.J. Clancy, «*The European Commission's new settlement procedure for cartel cases: a defense counsel's perspective*», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 107; W. Wils, cit. *supra*, nota 19.

³³ D. Waelbroeck, «*A new "settlement culture" in competition cases. What is left to the Courts?*», in *Alternative enforcement techniques in EC competition law*, 2009, p. 256-257; W. Wils, cit. *supra*, nota 19.

³¹ 31 ottobre 2024.

di energie da parte della Commissione e, in futuro, dell'Autorità, nella redazione della decisione finale, che si presenta in forma semplificata e sintetica e, in generale, dalla possibilità di un utilizzo più efficiente delle risorse, che possono essere destinate alla scoperta e al contrasto di un maggior numero di illeciti. L'auspicio resta tale anche se negli ultimi anni l'incremento registrato nell'utilizzo della procedura di *settlement* non è stato accompagnato da un aumento del numero di casi di cartello³⁴.

In termini di svantaggi, invece, si può pensare al più complesso sforzo organizzativo da parte delle Autorità nella predisposizione delle consultazioni bilaterali con le società che hanno aderito alla transazione e alla difficile organizzazione, e conseguente minore efficienza procedurale, dei casi ibridi, in cui solo alcune delle parti del procedimento aderiscono alla procedura di *settlement*. In quest'ultimo caso, a seguito di un attento bilanciamento di interessi, la Commissione e l'AGCM potrebbero essere addirittura indotte – come si è evidenziato in precedenza – ad abbandonare la procedura di *settlement*.

b) La prospettiva dell'impresa parte del procedimento

L'analisi delle motivazioni che inducono l'impresa indagata per l'illecito *antitrust* a aderire al *settlement* rischia di essere riduttiva se compiuta esclusivamente con riferimento allo specifico procedimento di cui l'impresa è parte in Commissione.

La globalizzazione dell'istituto del *settlement* e l'incremento dell'utilizzo di questo strumento in giurisdizioni dove prima

era ignorato, in un contesto di espansione del *private enforcement antitrust* – soprattutto a seguito della trasposizione negli ordinamenti nazionali degli Stati membri della Direttiva 2014/104/EU in materia di azioni di risarcimento danni *antitrust* ("Direttiva Danni")³⁵ – e di crescente applicazione della normativa penale in ambito *antitrust* a livello internazionale, rende, infatti, la valutazione dell'impresa piuttosto complessa³⁶.

È chiaro, infatti, che il riconoscimento di responsabilità nella commissione dell'infrazione e il valore vincolante che la decisione della Commissione – e ora anche quelle delle Autorità nazionali della concorrenza a seguito della trasposizione della Direttiva Danni negli ordinamenti nazionali degli Stati membri – può avere nei confronti dei giudici nazionali, sono elementi che debbono essere attentamente valutati dall'impresa che si accinge a scegliere se aderire o meno al *settlement*.

Soprattutto nei casi di cartelli internazionali, decidere se accedere o meno a una proposta di *settlement* può avere riflessi e conseguenze importanti su procedimenti in corso in altri paesi e su potenziali azioni di risarcimento danni. A livello internazionale, il rischio a cui può potenzialmente esporsi l'impresa che decidesse di aderire alla proposta di *settlement* è multiforme. Una decisione di *settlement* che consacrì l'ammissione di responsabilità per l'illecito può: i) indurre un'Autorità

³⁵ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

³⁶ Si vedano sul punto le considerazioni espresse in OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, DAF/COMP (2008)32, 1° ottobre 2009; OECD, *Executive Summary of the roundtable on the Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels*, DAF/COMP/ WP3/M (2023)1/ANN2/FINAL, 20 marzo 2024, p. 3 e ss.

³⁴ W. Wils, cit. *supra*, nota 19, sostiene che il mancato aumento di casi di cartello potrebbe derivare da ragioni non necessariamente correlate alla struttura della procedura di *settlement* ma piuttosto dalla diminuzione di domande di clemenza causata a sua volta dall'aumento delle azioni di risarcimento del danno c.d. *follow-on*.

della concorrenza che ritenga che la condotta illecita accertata dalla Commissione abbia avuto effetti sul suo territorio ad aprire un nuovo procedimento³⁷, *ii*) essere utilizzata da altre Autorità nazionali della concorrenza che, in assenza della decisione, non sarebbero state in grado di raccogliere evidenze probatorie necessarie a giustificare il loro intervento, *iii*) cristallizzare la valutazione di aspetti specifici del caso con riferimento, ad esempio, alla definizione dei mercati rilevanti o alla durata del presunto illecito e, infine, *iv*) ingenerare il rischio di azioni di danno (tema su cui si rinvia al paragrafo che segue). A ciò si sommano gli svantaggi già descritti in precedenza, derivanti specificamente dalla procedura di *settlement* in Commissione, così come declinata anche dall'Autorità nella Comunicazione AGCM a seguito della recente introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano. Come già detto, infatti, l'impresa che decida di aderire al *settlement*: *i*) accetta la compressione di alcuni diritti di difesa e processuali (rinuncia, ad esempio, alla facoltà di essere sentita in audizione e ad un accesso pieno al fascicolo istruttorio) nonché – di fatto – ad impugnare la decisione dell'Autorità di concorrenza, *ii*) deve accordarsi con la Commissione o con l'AGCM in merito alla propria responsabilità nell'illecito, *iii*) deve valutare le possibili conseguenze a cui potrebbe andare incontro nelle ipotesi di *settlement* ibrido e *iv*) si espone a sanzioni più elevate in qualsiasi futura istruttoria in cui fosse coinvolta ai sensi del punto 28 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende³⁸, così come ana-

logamente previsto ai punti 21 e 22 delle Linee Guida dell'AGCM sui criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative³⁹.

A fronte delle citate complessità, i possibili vantaggi per l'impresa che volesse aderire al *settlement* sono rappresentati: *i*) dalla riduzione dell'importo della sanzione (del 10% in Italia e in Commissione per l'ipotesi di cartello o in Italia, anche del 20%, qualora l'illecito abbia ad oggetto una fattispecie diversa dal cartello segreto), *ii*) con riferimento ai soli procedimenti dinanzi alla Commissione, dalla certezza che la maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende non potrà eccedere un moltiplicatore pari a due⁴⁰, *iii*) dalla consapevolezza anticipata del perimetro dell'illecito che l'impresa avrà già prima di ricevere la comunicazione degli addebiti, *iv*) dalla possibilità di interloquire con la Commissione o con l'Autorità in un momento anteriore a quello in cui la valutazione delle presunte condotte anticoncorrenziali si cristallizza nella comunicazione degli addebiti, *v*) dalla celerità dei tempi e dalla riduzione dei costi dell'istruttoria, *vi*) dal minor impegno in termini di tempo

aggravanti, come nei casi seguenti: – quando un'impresa continua o ripete la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni dell'articolo 81 o 82 (ndr. ora articolo 101 o 102). L'importo di base sarà aumentato fino al 100% ogni volta che venga accertata una infrazione di questo tipo».

³⁹ Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, 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.

⁴⁰ Cfr. Comunicazione, punto 2.5 (32). Si noti che in Italia questo criterio non trova applicazione. Ne consegue che l'AGCM farà riferimento alle sue Linee Guida sui criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative per determinare l'incidenza delle circostanze aggravanti nel calcolo della sanzione in ipotesi di *settlement*.

³⁷ La decisione di *settlement* nel caso DRAM ha attivato un separato procedimento da parte dell'autorità *antitrust* brasiliana. Si veda GCR, *Global Cartel Settlement: is it Possible*, disponibile al link <http://tiny.cc/56ynhz>.

³⁸ Orientamenti, punto 28: «L'importo di base dell'ammenda può essere aumentato qualora la Commissione constati l'esistenza di circostanze

ed energie del *management*, che potrà continuare a dedicarsi all'attività commerciale⁴¹, *viz*) dal possibile impatto positivo che l'adesione al *settlement* può avere da un punto di vista reputazionale.

Un ulteriore aspetto, su cui riflettere in termini di impatto sul futuro utilizzo dell'istituto da parte della Commissione e delle imprese, è dato dagli esiti dei giudizi di impugnazione proposti dalle parti che non hanno aderito alla transazione nelle ipotesi di *settlement* ibrido. Infatti, anche se ad oggi le Corti europee nella maggior parte dei casi hanno confermato le decisioni della Commissione, se le imprese che non hanno aderito al *settlement* riuscissero ad ottenere l'annullamento della decisione, specialmente in relazione alla determinazione sostanziale delle fattispecie di illecito, e non solamente con riguardo al rispetto dei diritti di difesa o alla determinazione della sanzione, allora la procedura di *settlement* potrebbe perdere attrattività sia per la Commissione che per le parti⁴².

V. *Settlement e private enforcement*

Come anticipato, l'impresa indagata che aderisca alla proposta di *settlement*, ammettendo la responsabilità per l'illecito *antitrust*, va incontro al rischio di azioni di risarcimento del danno (rischio comunque sussistente anche in caso di accertamento dell'infrazione all'esito di un'istruttoria "piena").

Un procedimento che, dinnanzi alla Commissione, si concluda con una decisione di accertamento dell'infrazione a

seguito di transazione potrebbe dare luogo – in ragione di specifici criteri di collegamento con la giurisdizione nazionale – ad azioni di risarcimento del danno *antitrust* (*follow-on action*) di fronte al giudice italiano, così come di fronte ai giudici di altri Stati membri. Lo stesso potrebbe verificarsi qualora l'AGCM decidesse di applicare la procedura di *settlement*, da poco introdotta anche nell'ordinamento italiano.

In tali ipotesi, è possibile che l'eventuale azione *follow-on* venga proposta dal danneggiato (attore nel giudizio per il risarcimento danni) in tempi verosimilmente brevi. Ciò in quanto può presumersi che, in esito ad un procedimento definito con *settlement*, l'impresa che ha aderito alla transazione (convenuta nel giudizio di risarcimento danni) non impugni la decisione della Commissione o dell'Autorità e – dunque – non possa beneficiare della protezione temporanea offerta al convenuto dalla pendenza del giudizio di appello dinanzi all'autorità giurisdizionale competente⁴³. Peraltro, non è escluso che le impugnazioni di decisioni delle Autorità di concorrenza vengano accolte in sede giudiziale, anche per ragioni procedurali⁴⁴. Di recente, infatti, come già osservato, anche le imprese che hanno aderito al *settlement* hanno iniziato ad impugnare dinnanzi alle Corti europee

⁴³ L. Coppi - R. Levinson, «*The Interaction between Settlements and Private Litigation-An Economic Perspective*», in *European Competition Law Annual* 2008, 2010, p. 687 ss.

⁴⁴ A titolo di esempio, in ambito nazionale sono stati annullati per inosservanza di un termine ragionevole e congruo per l'avvio della fase istruttoria, *ex multis*, il provv. AGCM n. 29889 del 16 novembre 2021 nel caso I842 - Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon Marketplace, il provv. AGCM n. 27497 del 20 dicembre 2018 nel caso I811- Finanziamenti e il provv. n. 27993 del 12 novembre 2019 nel caso I821 – Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata (TAR Lazio, sent., 3 ottobre 2022, n. 12507, Cons. St., sent., 25 gennaio 2022, n. 500 e Cons. St., sent., 4 ottobre 2022, n.8503).

⁴¹ A. Ortega Gonzales, «*The Cartel Settlement Procedure in Practice*», ECLR 2011, p. 176.

⁴² Sul punto si veda sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2023, *HSBC Holdings & other v Commission*, ECLI:EU:C:2023:11 e J. Maillo, cit. *supra*, nota 6, p. 5.

le decisioni della Commissione, seppure con riferimento al calcolo delle sanzioni piuttosto che in relazione a profili di responsabilità.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, in assenza di impugnativa, l'attore potrà disporre di una decisione definitiva immediatamente dopo la conclusione del procedimento di fronte all'Autorità di controllo della concorrenza.

Come detto, la decisione della Commissione che fa seguito al *settlement* accerta l'infrazione⁴⁵ ed è, pertanto, vincolante nei confronti del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 Reg. (CE) 1/2003, circostanza che può rappresentare un chiaro beneficio per il danneggiato dall'illecito *antitrust* che voglia intentare un'azione civile per il risarcimento del danno. Ad esempio, in seguito alla decisione di *settlement* della Commissione nel caso *Trucks*, un'impresa italiana ha proposto azione di risarcimento del danno (c.d. azioni *follow-on*) nei confronti di una delle imprese destinatarie della decisione. L'impresa convenuta ha eccepito la non vincolatività della decisione di *settlement* per il giudice nazionale. Il Tribunale di Milano ha affermato che tali decisioni "*per espressa previsione*" hanno efficacia vincolante limitatamente alla "*sussistenza della violazione antitrust accertata*". Nel caso di specie, l'impresa convenuta non aveva impugnato la decisione della Commissione – con ciò prestando acquiescenza – e, inoltre, non aveva dedotto un concreto e specifico pregiudizio derivante dalla violazione dei diritti di difesa. Tale sentenza è stata da ultimo confermata in grado di appello⁴⁶.

Il beneficio derivante dalla vincolatività delle decisioni di *settlement* della Commissione risulta poi amplificato dal

fatto che, come chiarito, questo tipo di decisione è resa in tempi leggermente più brevi rispetto a quelli che caratterizzano le decisioni ordinarie di infrazione. Deve poi osservarsi che, a seguito dell'entrata in vigore e della trasposizione della Direttiva Danni negli ordinamenti degli Stati membri, anche le decisioni di *settlement* adottate dalle Autorità nazionali della concorrenza degli Stati membri che applicano tale istituto, divenute definitive, hanno valore vincolante nei confronti del giudice nazionale e valore di prova *prima facie* per i giudici di altri Stati membri (art. 9 (1) e (2) della Direttiva Danni). Tale circostanza, considerata unitamente alla recente espansione, a livello geografico, che l'istituto del *settlement* ha avuto in altri Stati Membri (come ad esempio l'Italia), porta a concludere nel senso che, con grande probabilità, si assisterà ad un significativo aumento delle azioni *follow-on*.

Al proposito, tuttavia, è importante evidenziare che, seppure vincolante nei confronti del giudice nazionale, come si è chiarito in precedenza, la decisione adottata in esito a una procedura di *settlement* è piuttosto sintetica e redatta in forma semplificata e, non solo non contiene alcun riferimento ai possibili effetti dell'illecito – così come, peraltro, molte delle decisioni adottate a conclusione di procedure ordinarie – ma è anche significativamente meno dettagliata in punto di fatto rispetto a queste ultime. Di norma essa non fa riferimento a circostanze fattuali relative a possibili incontri fra le parti, discussioni in merito a fissazione di prezzi o a ripartizione di mercati, con le conseguenze che ne derivano in termini di assolvimento dell'onere della prova gravante sull'attore e anche in relazione alla possibilità per quest'ultimo di chiedere e ottenere un ordine di esibizione (*disclosure*) da parte del giudice. Non v'è dubbio che, se l'attore non può disporre di informazioni su fatti rilevanti e su elementi dell'illecito che

⁴⁵ Si veda art. 7 del Regolamento 1/2003.

⁴⁶ Trib. Milano, sent., 4 ottobre 2018 n.9759, *Cave Marmi*, confermata da App. Milano, sent., 21 gennaio 2020 n. 188, *Cave Marmi*.

non sono identificati nella decisione semplificata, sarà ancor più complesso provare il danno derivante dagli stessi⁴⁷.

A ciò si aggiunga che le proposte di *settlement*, che possono certamente contenere informazioni utili all'attore, inclusa l'espressa ammissione di responsabilità, sono categoricamente escluse dall'accesso ai sensi dell'art. 6 (6) lett. b) della Direttiva Danni, recepita negli ordinamenti degli Stati membri (in Italia, dall'art. 4 co. 5 del D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), che espressamente prevede che i giudici nazionali non possano in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare le proposte di transazione. I giudici nazionali hanno, invece, la facoltà di ordinare la divulgazione delle proposte di transazione che siano state ritirate, ma solo successivamente alla chiusura del procedimento istruttorio dinanzi alla Commissione o all'Autorità nazionale di concorrenza (art. 6 (5) lett. c) Direttiva Danni, recepito in Italia nell'art. 4 co. 4 lett. c) del D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3). La *ratio* della previsione normativa è quella di salvaguardare i programmi di clemenza e le transazioni evitando che possibili azioni di danno possano disincentivare le parti a collaborare con le Autorità di controllo della concorrenza. Quanto alla documentazione connessa alle proposte transattive, in assenza di precedenti giurisprudenziali in materia di accesso ai documenti nei procedimenti conclusi con transazione, si può presumere che il giudice nazionale investito della questione, debba conformarsi alla Direttiva Danni e ai principi dettati dalla Corte di Giustizia con riferimento alla divulgazione di documenti connessi ai programmi di clemenza⁴⁸.

⁴⁷ G. Muscolo, «Public e private enforcement (alcune questioni in tema di prova nel processo *antitrust*)», in *20 Anni di Antitrust*, C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), tomo II, Torino, 2010, p. 1015 ss.; R. Snelders - C. Opdebeeck-Wilson, cit. *supra*, nota 6, p. 11.

⁴⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:

Nella prospettiva dell'attore nel giudizio a valle della decisione di transazione, non poter fare affidamento, da un lato, su una decisione dettagliata e, dall'altro, su un pieno accesso alle dichiarazioni di *settlement* contenute nel fascicolo istruttorio, comporta certamente uno svantaggio ai fini della prova dell'illecito con possibile conseguente significativo disincentivo ad intentare un'azione di risarcimento danni di fronte al giudice nazionale. In ragione del contenuto "sintetico" della decisione di *settlement* e delle limitazioni all'accesso agli atti, di fatto, l'azione risarcitoria, pur essendo proposta a seguito della decisione della Commissione o dell'Autorità nazionale di concorrenza, dal punto di vista dell'asimmetria informativa e dell'onere della prova, assumerà un connotato *stand alone*.

Nell'ipotesi di *settlement* ibrido simultaneo, al contrario, il descritto svantaggio dell'attore si attenua in quanto quest'ultimo potrà beneficiare subito di una decisione di accertamento strutturata e dettagliata in punto di fatto, resa a seguito di procedura ordinaria nei confronti della parte o delle parti che hanno scelto di non aderire al *settlement*. Invece, in ipotesi di *settlement* ibrido non simultaneo l'attore potrebbe avere interesse ad attendere la decisione di accertamento "pieno" prima di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivante dall'illecito anticoncorrenziale.

Come appena osservato, le parti che aderiscono al *settlement* possono trovarsi a fronteggiare azioni di danno *antitrust* prima delle parti che non vi hanno aderito. Infatti, nella maggioranza dei casi definiti con *settlement* ibrido, la Commissione ha pubblicato la decisione di *settlement* prima di quella ordinaria (c.d. *settlement* ibrido non simultaneo). Considerato che – salvo specifiche eccezioni – le parti di un cartello

EU:C:2011:389; Sentenza della Corte di Giustizia del 6 giugno 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e altri*, ECLI:EU:C:2013:366.

sono responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza (art. 11 (1) Direttiva Danni), questa tempistica divergente potenzialmente espone quelle che hanno aderito al *settlement* alla corresponsione dell'intero ammontare del danno subito dall'attore prima di quelle che non vi hanno aderito.

Inoltre, contrariamente alle parti che hanno aderito al *settlement*, quelle che non vi hanno aderito normalmente impugnano la decisione della Commissione o dell'Autorità nazionale della concorrenza. Ne consegue che le prime di fatto dovranno attendere la conclusione del processo di revisione giurisdizionale per poter iniziare l'azione di regresso nei confronti di ogni altro autore dell'illecito al fine di recuperare il contributo determinato alla luce delle rispettive responsabilità per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza⁴⁹.

L'interazione fra *settlement* ibrido e azione danni *antitrust* sembra, dunque, profilarsi come una delle aree più critiche nell'analisi e valutazione delle motivazioni che possono indurre l'impresa indagata per l'illecito *antitrust* a aderire o meno al *settlement*.

VI. Conclusioni

Attraverso la procedura di *settlement* la Commissione e alcune Autorità nazionali *antitrust* hanno ampliato lo strumentario a loro disposizione per giungere a una più celere definizione dell'esito del procedimento istruttorio.

L'utilizzo del *settlement* nel corso degli ultimi quindici anni è aumentato e ha cono-

sciuto un forte consolidamento per diverse ragioni. In primo luogo, sono aumentate le giurisdizioni, tra cui l'Italia, che disciplinano il *settlement* in modo speculare a quanto già previsto a livello europeo. Inoltre, la Commissione ha, di fatto, ampliato l'approccio transattivo facendo uso del punto 37 degli Orientamenti per disciplinare altre forme di collaborazione con le imprese che si sono dichiarate disposte ad ammettere la propria responsabilità in fattispecie di illeciti anticoncorrenziali diverse dai casi di cartello.

Se si guarda ai precedenti della Commissione, l'impiego dell'istituto del *settlement* non solo è aumentato in maniera crescente nel corso degli anni, ma risulta anche essere lo strumento maggiormente impiegato dalla Commissione per sanzionare le imprese coinvolte in procedimenti aventi ad oggetto fattispecie di cartello.

Da un punto di vista di efficienza procedurale, si è osservato che la durata dei procedimenti definiti con *settlement* è solo leggermente più breve rispetto a quella delle procedure ordinarie. Tuttavia, la procedura di *settlement* evita il sorgere di questioni procedurali che potrebbero porsi in sede di accesso al fascicolo istruttorio o in audizione. Inoltre, riduce di fatto il numero di ricorsi presentati dalle imprese avverso le decisioni della Commissione. Se questi aspetti possono rappresentare un vantaggio in termini di efficienza e riduzione di costi, essi si verificano solo nell'ipotesi in cui tutte le parti transigano, mentre restano sullo sfondo nei casi di *settlement* ibrido.

Leniency e *settlement* sono strumenti diversi ma complementari e correlati. Si è osservato che la Commissione si è mostrata più incline ad intraprendere la strada del *settlement* là dove la maggior parte delle imprese coinvolte nel procedimento avevano ammesso la loro responsabilità nelle dichiarazioni di *leniency*. E infatti, la stragrande maggioranza dei casi definiti con *settlement* è caratterizzata dalla presenza di uno o più *leniency applicant*.

⁴⁹ In materia di responsabilità solidale si veda C. Schepisi, «Responsabilità in solido», in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza – Commento al d. lgs. n. 3/2017*, P. Manzini (a cura di), Torino, 2017, p. 90 ss.

In merito alla scelta di transigere o meno si sono esaminate le diversità di approccio da parte delle Autorità di controllo della concorrenza e delle parti e si è cercato di porre nella giusta prospettiva la complessa analisi delle motivazioni che possono indurre l'impresa indagata per l'illecito *antitrust* ad aderire al *settlement*, tenendo conto della globalizzazione dell'istituto e dell'incremento del suo utilizzo in giurisdizioni dove prima era ignorato, nonché del contesto di forte espansione del *private enforcement antitrust* – a seguito della trasposizione negli ordinamenti nazionali degli Stati membri della Direttiva Danni – e della crescente applicazione della normativa penale in ambito *antitrust* a livello internazionale.

Per quanto riguarda il rapporto tra *settlement* e *private enforcement*, è ancora difficile valutare la loro interazione. È certo, invece, che la scelta delle imprese di transigere o meno, a fronte dell'esperienza maturata in questi ultimi quindici anni di applicazione dell'istituto, resta una valutazione complessa, che presenta profili critici per l'impresa, soprattutto alla luce dell'interazione fra *settlement* ibrido e azione di danni *antitrust*.

SILVIA D'ALBERTI

Bibliografia

F. Laina – E. Laurined, «*The EU Cartel Settlement Procedures: Current Status and Challenges*», in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 302 ss.; E. Van Ginderachter, director, cartels directorate, DG competition, European Commission, «*European Commission's Settlement Procedure – A success Story*» in *International Conference on Cartels*, 2014; J. Cooke, «*Negotiated Settlements Under EC Competition Law: A Judicial Perspective*», in *European*

Competition Law Annual 2008, 2010, p. 261 ss.; G. Barling, «*Collective Redress in the National Courts for Infringement of the Competition Rules – Is Reform Overdue?*», in *Antitrust between EC Law and National Law*, (a cura di) E.A. Raffaelli, X edizione, Bruxelles, 2013, p. 381 ss.; S. Brankin, «*The First Cases Under The Commission's Cartel Settlement Procedure: Problem Solved?*», in *European Competition Law Review*, n. 4, 2011; F. Di Porto, «*Recent Developments in Italian Competition Law (Year 2011)*», in *Concorrenza e Mercato*, 2012, p. 59 ss.; R. Gamble, «*Speaking (formally) with the Enemy*» – *Cartel Settlements Evolve*», in *European Competition Law Review*, n. 9, 2011, p. 449 ss.; J. Joshua – K. Hugmark – I. Daems, «*Structured Settlements? The First Deal Under the Commission 2008 Cartel Settlements Package*», in *The European Antitrust Review*, 2011, p. 3 ss.; OECD, «*Experience with Direct Settlements in Cartels*», 2008; OECD, «*Plea Bargaining: Settlement of Cartel Cases*», in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 2009/2, p. 105 ss.; U. Soltész – C. Von Köckritz, «*EU Cartel Settlements in Practice – the Future of EU Cartel Law Enforcement?*», in *European Competition Law Review*, 2011, p. 258 ss.; M. Tavassi, «*Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità garante*», in *20 Anni di Antitrust*, (a cura di) C. Rabbiti Bedogni – P. Barucci, tomo II, Torino, 2010, p. 997 ss.; A. Pasta – J. Robinson – M. Ghiorghies, «*Cartel Settlements: an overview of EU and national case law*» in *www.Concurrences.com*, e-Competitions N°81310, 2016; F. Ferraro, «*L'esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*», in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza – Commento al d. lgs. n. 3/2017*, P. Manzini (a cura di), Torino, 2017, p. 44 ss.; R. Snelders – C. Opdebeeck-Wilson, «*Cartel Settlements: An overview of EU and*

national case law», in *www.Concurrences.com*, e-Competitions N°99701, 2021; AA. VV. *Europe, Middle East and Africa Antitrust Review 2023*, in *Global Competition Review Insight Series*; W. Wils, «*The European Commission's cartel settlement procedure: An*

assessment after fifteen years», in *Concurrences*, 2024, n.3; J. Maillo, «*Cartel settlement: An overview of EU and national case law*», in *www.Concurrences.com*, e-Competitions N°120387, 2024.

I PROGRAMMI DI *LENIENCY* ED IL LORO RILIEVO PER L'*ANTITRUST PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT*

Sommario: **I.** L'istituto della clemenza in diritto *antitrust*: ruolo e funzione. – **II.** I programmi di clemenza nel contesto eurounitario. – **III.** Il rapporto tra clemenza e le sanzioni imposte dagli articoli 353, 353-bis, 354 e 501 del Codice. – **IV.** Il rapporto tra clemenza e risarcimenti dei danni alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia nonché delle direttive sui risarcimenti dei danni ed ecn+ e la questione dell'accesso. – **V.** Misure di tutela e valorizzazione della *leniency* di fronte all'AGCM.

I. L'istituto della clemenza in diritto *antitrust*: ruolo e funzione

I programmi di clemenza (*leniency programme*) sono, come noto, strumenti per facilitare l'emersione e l'accertamento dei cartelli segreti, cioè della categoria di illeciti *antitrust* più gravi e dannosi per la collettività¹. La lotta ai cartelli rappresenta,

¹ Differentemente da quanto previsto in passato, il legislatore nazionale ha infatti espressamente stabilito che l'ambito di applicazione dei programmi di clemenza sia limitato ai cartelli segreti. I cartelli segreti vengono definiti come quegli accordi o pratiche concordate fra due o più concorrenti, di cui è celata in tutto o in parte l'esistenza, volti a coordinare la loro condotta concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, le restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti (cfr. articolo 15 bis

in generale, una priorità per le autorità di concorrenza; il loro accertamento, specie in considerazione della natura segreta di queste condotte, non è agevole in assenza di forme di collaborazione da parte delle imprese coinvolte.

I programmi di clemenza hanno lo scopo di indurre le imprese partecipi di un cartello a collaborare in maniera attiva e determinante al loro accertamento, in cambio della non applicazione – ovvero di una sostanziale riduzione – delle sanzioni previste per quelle violazioni. A seconda degli ordinamenti, le “sanzioni” in senso lato su cui agisce la *leniency* possono essere di diversa natura e portata: sanzioni amministrative ad imprese o a singoli individui, sanzioni di natura penale, *disqualification* degli amministratori, responsabilità risarcitoria solidale i per danni causati.

Dal momento che l'immunità da sanzione può essere riconosciuta – a determinate condizioni – solo (o per lo più) all'impresa che per prima denuncia il cartello alle autorità di concorrenza, laddove queste ultime non lo abbiano già scoperto autonomamente, i programmi di clemenza sono volti ad innescare tra i partecipanti ad un cartello una sorta di corsa virtuosa al “ravvedimento” ed alla collaborazione (c.d. «*race to the courthouse*»). Anche il beneficio

della legge n. 287/90). Quanto alla segretezza, la giurisprudenza e l'Autorità hanno chiarito che essa non è esclusa dal fatto che alcuni aspetti della condotta siano noti al pubblico o a clienti e/o fornitori, essendo sufficiente che siano celati, in particolare, gli elementi che consentono di individuare la piena portata della condotta e/o il fatto che essa costituisca un cartello (cfr. inter alia Consiglio di Stato, 23 novembre 2020, n. 7320).

della riduzione della sanzione – in molti ordinamenti – è collegato alla maggiore tempestività della collaborazione prestata.

I programmi di clemenza sono quindi sistemi “premiali” che mirano a destabilizzare i cartelli minando la fiducia reciproca tra coloro che vi partecipano; in tal modo, è reso più difficile il loro costituirsi e perdurare nel tempo.

L'esperienza acquisita nelle giurisdizioni in cui è prevista la *leniency* ne ha dimostrato, infatti, l'efficacia non solo come strumento di accertamento *ex post* ma anche di prevenzione dei cartelli, esplicando essa una notevole funzione di deterrenza. In altri termini, la clemenza ha dimostrato di poter svolgere un ruolo assai rilevante (sebbene non sostitutivo delle indagini *ex officio*) nella lotta ai cartelli, come espressamente indicato nella Direttiva 2014/104/UE sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni *antitrust*² e nella Direttiva 2019/1/UE (cd. Direttiva ECN+)³.

Trattandosi, come detto, di sistemi “premiali”, l'efficacia dei programmi di clemenza è legata principalmente alla deterrenza delle sanzioni, all'effettività della loro applicazione che il *leniency applicant* può evitare o attenuare significativamente

prestando alle autorità di concorrenza la collaborazione richiesta, nonché alla previsione di adeguati strumenti di coordinamento tra il cd. *public enforcement* e *private enforcement*.

Il primo programma di clemenza venne adottato negli Stati Uniti nel 1978 dal *Department of Justice – Antitrust Division*, successivamente aggiornato nel 1993 ed integrato dall'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* nel 2004.

La Commissione europea ha adottato il suo primo programma di clemenza nel 1996⁴, a cui ha fatto seguito un secondo programma di clemenza nel 2002⁵, a sua volta sostituito dal programma adottato nel 2006⁶, integrato nel 2015⁷. Nel marzo 2019 la Commissione ha introdotto un nuovo strumento per la presentazione delle domande di clemenza – c.d. *e-leniency* – consistente in una piattaforma informatica che consente alle imprese di presentare la domanda di clemenza a distanza, beneficiando della medesima tutela nei confronti della *disclosure* che sarebbe garantita dalla presentazione della domanda in forma orale presso gli uffici della Commissione Europea⁸.

² «I programmi di clemenza ... 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» (considerando 26, Direttiva 2014/104/UE; si veda anche il considerando 38).

³ «I programmi di trattamento favorevole costituiscono uno strumento fondamentale per individuare i cartelli segreti e contribuiscono pertanto a perseguire efficacemente e a sanzionare le infrazioni più gravi del diritto della concorrenza» (considerando 50, Direttiva 2019/1/UE).

⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese – 96/C-207/04 – G.U.C.E. C-207 del 18 luglio 1996.

⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla non imposizione delle ammende o sulla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese – 2002/C-45/03 – G.U.C.E. C-45 del 19 febbraio 2002.

⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese – 2006/C 298/11 – G.U.U.E. C-298 dell'8 dicembre 2006.

⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione, Modifiche alla comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, (2015/C 256/01).

⁸ Si veda il sito della DG Comp <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/e-leniency.html>.

Occorre tuttavia rilevare che, come indicato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, né le disposizioni del Trattato (CE, poi TFUE) in materia di concorrenza, né il Regolamento CE n. 1/2003 prevedevano norme comuni in materia di clemenza⁹, almeno sino alle disposizioni introdotte dalla Direttiva 2014/104/UE sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni *antitrust* (cfr. in particolare, gli artt. 6 e 11) nonché dalla Direttiva ECN+, il cui recepimento ha in parte armonizzato il sistema.

Nell'Unione europea, oltre al programma di clemenza della Commissione, anche gli Stati membri hanno infatti introdotto dei propri programmi di clemenza, i quali si sono ispirati al programma di clemenza modello elaborato ed adottato nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza (ECN) – *ECN Model Leniency Programme* – nel settembre 2006, poi modificato nel novembre 2012, privo però di efficacia vincolante per gli Stati membri, come chiarito più volte dalla Corte di Giustizia¹⁰.

In Italia, il primo programma di clemenza è stato adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) il 15 febbraio 2007 (poi modificato, da ultimo, il 31 luglio 2013), a seguito dell'introduzione di una specifica base normativa, l'allora comma 2-bis dell'art. 15 della legge n. 287/90 (D.L. n. 223/2016, convertito con L. 4 agosto 2006, n. 248), sebbene fosse all'epoca già in corso l'*iter* per adottare detto programma in via amministrativa, previo parere del Consiglio di Stato.

Con il Decreto Legislativo n. 185 dell'8 novembre 2021, che ha trasposto la Direttiva ECN+, sono quindi state recepite nella legge n. 287/90 le condizioni per

poter beneficiare dei programmi di clemenza. Nello specifico il programma prevede che la sanzione non si applichi all'impresa che per prima riveli la sua partecipazione ad un cartello segreto e fornisca elementi probatori che (i) consentano all'AGCM di effettuare un accertamento ispettivo mirato riguardo al cartello segreto; ovvero che (ii) siano sufficienti per constatare che un'infrazione ricada nell'ambito della Comunicazione. In entrambi i casi è precisato che l'esenzione dalla sanzione non si applica qualora l'AGCM, al momento della dichiarazione da parte dell'impresa, sia già in possesso di elementi probatori sufficienti per decidere di effettuare l'accertamento ispettivo o per constatare l'infrazione¹¹. Diversamente, per ottenere una riduzione della sanzione, viene stabilito che sia sufficiente ammettere la propria partecipazione al cartello e fornire elementi probatori che costituiscano

¹¹ Quanto ai requisiti per accedere al programma, l'articolo 15 *bis*, della legge n. 287/90 prevede ora espressamente che l'immunità dalle sanzioni non possa essere concessa alle imprese che hanno esercitato coercizione su altre imprese perché aderissero al cartello segreto o continuassero a parteciparvi (articolo 15 *bis* comma 4, della legge n. 287/90). Le condizioni generali per l'applicazione del trattamento favorevole sono invece elencate all'articolo 15 *quater*, comma 1, della legge n. 287/90, il quale prevede *inter alia* che il richiedente: debba, immediatamente dopo la proposizione della domanda di clemenza e salvo diversa richiesta dell'Autorità, cessare la propria partecipazione al cartello e collaborare attivamente e continuativamente con l'Autorità durante tutta la relativa fase di accertamento; non debba distruggere o alterare gli elementi probatori nel periodo in cui vuole presentare la domanda, né rivelare di voler presentare la domanda o rendere nota alcuna parte del suo contenuto. Ai sensi dell'articolo 15-bis, comma 1, della legge n. 287/90, al fine di individuare nel dettaglio le caratteristiche del programma di trattamento favorevole nazionale e le modalità di presentazione e valutazione delle domande di adesione al programma, l'Autorità ha emanato una specifica Comunicazione (l'ultima versione del 31 luglio 2013 è stata di recente modificata - cfr. Delibera AGCM del 25 febbraio 2025, n. 31467).

⁹ C. giust. CE, sentenze: 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punto 20; 20 gennaio 2016, caso *DHL*, C-428/14, punto 36.

¹⁰ C. giust. CE, sentenze: 14 giugno 2011, C-360/09, caso *Pfleiderer*, pt. 22; 20 gennaio 2016, caso *DHL*, C-428/14, pt. 38.

un valore aggiunto significativo al fine di provare l'infrazione in questione¹².

Se il richiedente fornisce invece elementi probatori inconfutabili, che l'AGCM utilizza per provare ulteriori circostanze che determinano l'aumento delle sanzioni rispetto a quelle che sarebbero altrimenti state imposte ai partecipanti al cartello segreto, l'Autorità non tiene conto di tali ulteriori circostanze al momento di determinare la sanzione da irrogare al suddetto richiedente¹³. In questo modo si cerca quindi di non rendere troppo onerosa la situazione del leniency applicant e di mantenerne gli incentivi ad una completa collaborazione.

II. I programmi di clemenza nel contesto eurounitario

Nell'Unione Europea non esiste – neppure a seguito della citata Direttiva ECN+ che pure ha armonizzato vari aspetti dei programmi di clemenza – un sistema unificato e centralizzato di clemenza (c.d. “one stop shop”), ma una pluralità di programmi di clemenza ispirati al citato *ECN Model Leniency Programme*.

Questi programmi si inseriscono in un quadro di competenze parallele delle autorità di concorrenza (Commissione europea ed autorità nazionali) per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, secondo quanto disposto dal Reg. CE n. 1/2003, come confermato anche dalla Corte di Giustizia¹⁴. Ciò implica che la domanda di clemenza presentata ad una determinata autorità di concorrenza non venga considerata come presentata anche presso altre

autorità *antitrust* eventualmente interessate, ai fini di stabilire l'ordine di presentazione delle domande (cd. “*stop-the-clock*”). L'impresa che intenda beneficiare della clemenza ha quindi l'onere di tutelare la propria posizione relativamente ad un eventuale procedimento che possa essere avviato da dette autorità, se del caso, presentando una domanda di clemenza presso tutte quelle autorità che potrebbero essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto.

Per attenuare l'impatto per le imprese di questo sistema e quindi semplificare l'accesso alla clemenza da parte delle imprese, sono stati, pertanto, creati dei meccanismi di coordinamento tra i diversi programmi.

La Direttiva ECN+, come accennato, ha inteso armonizzare maggiormente sia struttura, requisiti, procedure e modalità di presentazione (es. presentazione orale¹⁵, *marker*¹⁶) dei programmi di clemenza presenti negli Stati membri ciò al fine si di “*aumentare la certezza del diritto per le imprese nel mercato interno e amplificare l'appetibilità dei programmi di trattamento favorevole in tutta l'Unione*” (cfr. considerando 51; artt. 17-21), sia il coordinamento tra domande di clemenza (complete) presentate alla Commissione europea e domande di clemenza (semplificate) presentate presso le autorità di concorrenza nazionali, disciplinando altresì i ruoli delle stesse

¹⁵ Cfr. articolo 15 *sexies* della legge n. 287/90.

¹⁶ Per *marker* si intende che le imprese che intendono chiedere la non applicazione delle sanzioni possono ricevere un “posto” nell'elenco relativo al trattamento favorevole, intanto che raccolgono le informazioni e gli elementi probatori necessari per raggiungere la soglia probatoria pertinente ai fini dell'immunità dalle sanzioni. Il posto viene mantenuto per un periodo determinato in modo discrezionale di volta in volta dall'Autorità. In questo modo le informazioni e gli elementi di prova forniti in tale periodo sono considerati come presentati alla data della richiesta iniziale (articolo 15 *sexies* della legge n. 287/90).

¹² Cfr. art. 15 *ter*, comma 1, della legge n. 287/90.

¹³ Cfr. art. 15 *ter*, comma 2, della legge n. 287/90.

¹⁴ C. giust. CE, caso *DHL*, C-428/14, cit., pt. 55-59.

nell'ambito delle loro competenze parallele (cfr. considerando 60; art. 22)¹⁷. La stessa Direttiva, come sarà di seguito illustrato, ha inteso uniformare la possibile interazione tra domande di clemenza e sanzioni personali amministrative o penali, ove previste, al fine di estendere ad esse la copertura della *leniency* (cfr. considerando 64; art. 23).

III. Il rapporto tra clemenza e le sanzioni imposte dagli articoli 353, 353-bis, 354 e 501 del Codice penale

Come è noto, la contestazione dell'Autorità di aver preso parte a un cartello segreto può essere rivolta solo alle imprese partecipanti al cartello, e non già alle persone fisiche coinvolte. D'altra parte, siffatte condotte delle persone fisiche possono avere una rilevanza penale. Si pensi per esempio alla manipolazione dei pubblici

incanti (c.d. *bid rigging*)¹⁸. Fino all'entrata in vigore del Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 185, che ha introdotto l'articolo 31 *quater* nella legge n. 287/90, la circostanza che un'impresa avesse beneficiato di un programma di clemenza non poneva al riparo le persone fisiche coinvolte nell'illecito da tali possibili conseguenze penali. Il che ha probabilmente costituito un freno all'efficacia dei programmi di clemenza. Al fine di preservare un giusto bilanciamento tra le diverse esigenze di deterrenza da un lato e di emersione di tali condotte illecite dall'altro, è stato quindi espressamente previsto che non siano punibili ai sensi degli artt. 353, 353-bis, 354 e 501 del Codice penale¹⁹ gli attuali ed *ex* direttori, amministratori e gli altri membri del personale delle imprese che beneficiano di un programma di clemenza. Ciò però a condizione che tali soggetti collaborino attivamente con le Autorità procedenti.

IV. Il rapporto tra clemenza e risarcimenti dei danni alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia nonché delle direttive sui risarcimenti dei danni ed ECN+ e la questione dell'accesso

1. – Secondo la oramai costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, la

¹⁷ In particolare l'articolo 15 *septies* della legge n. 287/90 prevede ora che se la Commissione europea riceve una domanda completa e l'Autorità riceve una domanda semplificata in relazione allo stesso presunto cartello (circostanza possibile a condizione che la domanda riguardi più di tre Paesi membri come territori interessati), l'Autorità considera la Commissione come il principale interlocutore del richiedente. Ciò in particolare nel fornire le istruzioni al richiedente sullo svolgimento di qualsiasi ulteriore indagine interna. Tutto questo vale finché non è precisato se la Commissione perseguirà, integralmente o parzialmente, il caso. Tuttavia, e sempre a condizione che la domanda semplificata riguardi lo stesso o gli stessi prodotti e il territorio o i territori interessati e abbia la stessa durata del presunto cartello segreto di cui alla domanda di trattamento favorevole presentata alla Commissione europea, eventualmente aggiornata, se la Commissione europea informa l'Autorità di non voler perseguire, integralmente o parzialmente, il caso, l'Autorità può sollecitare i richiedenti a presentare ad essa una domanda completa. Tale domanda, con chiaro quindi beneficio dell'impresa, sarà però a quel punto considerata come presentata all'ora della domanda semplificata.

¹⁸ La circostanza che un medesimo comportamento possa integrare sia una violazione delle norme antitrust che una violazione delle norme penali ha dato luogo a una vera e propria prassi collaborativa, che ha portato anche alla sottoscrizione di appositi Protocolli d'intesa tra l'AGCM e alcune Procure.

¹⁹ Si tratta dei reati di turbativa d'asta (353 c.p.), di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (353 bis c.p.), di illecita astensione dagli incanti (354 c.p.) e di rialzo e di ribasso fraudolento dei prezzi (501 c.p.). Esulano quindi dall'ambito di applicazione della novella altre fattispecie di reato pure potenzialmente rilevanti. Si pensi per esempio all'art. 501 bis c.p. (manovre speculative sulle merci).

possibilità dei soggetti danneggiati da illeciti *antitrust* di chiedere il risarcimento è strettamente funzionale all'esigenza di garantire la piena efficacia del diritto della concorrenza dell'Unione, artt. 101 e 102 TFUE²⁰. È stata altresì sottolineata la funzione deterrente delle azioni di risarcimento dei danni che "integrano" in tal modo il *public enforcement* e sono ad esso complementari²¹. In caso di violazioni delle norme di concorrenza, le imprese sanno per esempio che saranno responsabili – se del caso, in solido (cfr. l'art. 11, Direttiva 2014/104/UE) – dei danni causati da tali illeciti agli utilizzatori intermedi o finali (quindi anche ai singoli consumatori), dei beni o servizi coinvolti dall'illecito *antitrust*. Ciò – a certe condizioni – anche se acquistati da imprese non partecipi dell'illecito ma da esso comunque condizionate (cd. "effetto ombrello")²². Inoltre, come chiarito dalla Corte nella pronuncia *Skanska*²³, anche l'impresa che

sia qualificabile come "successore economico" dell'autore dell'illecito *antitrust* può essere responsabile dei danni causati da tale illecito, ove vi sia identità con la precedente impresa.

Pertanto, il rapporto tra partecipazione ad un programma di clemenza e responsabilità per danni dell'impresa coinvolta in un cartello *antitrust* costituisce senz'altro uno degli aspetti più delicati nella dialettica tra *public* e *private enforcement*, tenendo conto che degli esiti del primo beneficia grandemente anche il secondo²⁴, stante la attuale netta prevalenza delle azioni risarcitorie c.d. *follow-on* in materia di cartelli.

Come noto, nel nostro ordinamento e in quello dell'Unione, la circostanza che un'impresa benefici di un programma di clemenza predisposto da un'autorità di concorrenza non la pone al riparo dalle eventuali conseguenze civilistiche (risarcitorie) derivanti dalla partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale²⁵. Un'impresa che abbia anche beneficiato dell'immunità totale dalla sanzione, nell'ambito del procedimento amministrativo *antitrust*, può essere chiamata a rispondere in sede civile dei danni provocati ai terzi in ragione della propria partecipazione al cartello, al pari delle altre imprese che, pur partecipando allo stesso cartello, non abbiano collaborato in alcun modo con l'autorità di concorrenza. Sul piano dell'accertamento della responsabilità, anzi, la posizione dell'impresa che ha chiesto la clemenza (c.d. *leniency applicant*) potrebbe essere persino "peggiore", dal momento che, per poter beneficiare dell'immunità, essa dovrà aver riconosciuto la propria partecipazione al cartello ed averne fornito all'Autorità una

²⁰ Si vedano, in particolare, le sentenze: 20 settembre 2001, C-453/99, caso *Courage e Crehan*, punti 24-26; 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, caso *Manfredi*, punti 59-61; 13 giugno 2013, C-536/11, caso *Donau Chemie*, punto 21; 5 giugno 2014, C-557/12, caso *Kone*, punto 21; 14 marzo 2019, causa C-724/17, caso *Skanska*, punti 25 e 43; 28 marzo 2019, C-637/17, caso *Cogeco*, punto 39. Si veda, da ultimo, anche l'importante pronuncia del 12 dicembre 2019, C-435/18, caso *Land Oberösterreich*, punto 22.

²¹ Si vedano, le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, nella causa C-724/17, caso *Skanska*, punti 27-31 e la sentenza della Corte del 14 marzo 2019 sullo stesso caso, punti 44 e 45. In proposito, si vedano anche le sentenze della Corte di Cassazione, I Sez., 28/5/2014, n. 11904 («La sinergia delle due tutele [public e private enforcement], infatti, accresce l'efficacia complessiva della normativa antitrust») e 4 giugno 2015, n. 11564, caso *Cargest*: «Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri» (considerando 7).

²² C. giust. CE, sentenza 5 giugno 2014, causa C-557/12, caso *Kone*.

²³ C. giust. CE, sentenza 14 marzo 2019, causa C-724/17, caso *Skanska*.

²⁴ Cfr. considerando 26, Direttiva 2014/104/UE.

²⁵ In questo senso si veda anche il rapporto del Governo britannico, *Private actions in competition law: a consultation on options for reform – government response*, January 2013, § 3.17. Disponibile su shorturl.at/jGHN8.

rappresentazione alquanto dettagliata, corredata da elementi di riscontro e/o da elementi tali da consentire l'acquisizione di ulteriori elementi. Ad esempio, tramite ispezioni mirate da parte dell'autorità competente. Pertanto, nel decidere se aderire o meno ad un programma di clemenza, l'impresa interessata sarà portata a valutare un fattore di rischio ulteriore (vale a dire, l'esposizione ad azioni risarcitorie in posizione per così dire "deteriore" a confronto con quella degli altri "co-cartelist") rispetto alla mera esposizione alla sanzione nell'ambito di un procedimento amministrativo *antitrust*.

Si impone quindi un delicato bilanciamento, per così dire, tra le esigenze del *public enforcement* e quelle del *private enforcement*, tenendo a mente il ruolo centrale del primo, specie in relazione all'accertamento dei cartelli, che – come detto – sono condotte illecite "segrete" e come tali difficili da scoprire e provare.

Con specifico riferimento ai programmi di clemenza, stante il loro rilevante ruolo nella lotta ai cartelli è quindi progressivamente emersa con sempre maggiore chiarezza un'esigenza di tutela dell'efficacia di questi strumenti, tanto da costituire ora oggetto – in ambito eurounitario – di una specifica disciplina da parte, in particolare, della Direttiva 2014/104/UE sul versante del *private enforcement*, ma anche della Direttiva ECN+ sul versante del *public enforcement*, come si vedrà oltre.

2. – Tale disciplina rappresenta l'esito di un lungo *iter* di elaborazione e dibattito durato circa un decennio, di cui si possono ripercorrere i passaggi più significativi.

La Commissione europea nel *Libro Bianco* in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo *Staff Working Paper*, (§§ 118, 287-302) aveva già espresso con forza l'esigenza di tutela delle dichiarazioni confessorie nell'ambito della clemenza; gli aveva fatto eco il Parlamento europeo il quale nella Risoluzione del 26

marzo 2009 sul Libro Bianco (2008/2154 (INT), aveva sottolineato che «l'applicazione del programma di clemenza contribuisce in modo decisivo a far emergere cartelli segreti, consentendo in tal modo l'avvio di azioni da parte dei privati, e chiede che siano esaminati strumenti per garantire che sia mantenuta l'attrattiva dell'applicazione dei programmi di clemenza» (§ 21). Ancora, l'Avvocato Generale Mazák, nelle conclusioni presentate nel 2010 nella causa C-360/09, caso *Pfleiderer*, aveva sottolineato che i «programmi recano vantaggio anche ai privati» poiché le decisioni con cui essi vengono accertati e sanzionati «possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli, ai fini della promozione di un'azione di risarcimento» (§ 41); pertanto, «al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità dei programmi di clemenza» (§ 42).

In tale contesto è emersa la consapevolezza che l'esigenza di assicurare l'efficacia dello strumento della clemenza²⁶ e di non pregiudicare gli incentivi delle imprese a farne uso era strettamente legata alla questione della riservatezza delle "confessioni" rese dalle imprese in tale sede. Trattasi, in particolare, della necessità di assicurare la "non-disclosure" della dichiarazione confessoria (cd "corporate statement"²⁷) resa

²⁶ Del resto, la salvaguardia della riservatezza delle dichiarazioni confessorie e la loro sottrazione a possibili ordini di *discovery* da parte dei giudici rappresenta l'obiettivo esplicito delle disposizioni – presenti nel programma di clemenza della Commissione europea e di moltissime autorità nazionali – che prevedono la possibilità di rendere questa dichiarazione in forma orale (cd "*oral statement*"); cfr. punto 10 del Programma di clemenza dell'Autorità; si veda anche l'art. 20 della Direttiva ECN+.

²⁷ Causa C-360/09. Si trattava di un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice tedesco avente ad oggetto la questione «se, e in quale misura, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro potesse rivelare informazioni ad essa trasmesse – sulla base di un programma di *leniency* – da un'impresa partecipe di un cartello, ad un sog-

dall'impresa nonché, in certa misura, della relativa documentazione da bilanciare *i*), principalmente, con l'esercizio del diritto di difesa (per gli altri "co-cartelist") all'interno del procedimento *antitrust*, nonché *ii*) con le esigenze di tutela dei terzi, per la tutela risarcitoria, al di fuori del predetto procedimento. La questione del delicato rapporto tra domande di clemenza ed accesso è stata l'oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer*²⁸.

Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale Mazák, osservava che la divulgazione ad una parte in un giudizio civile del contenuto di dichiarazioni di autoincriminazione, rese volontariamente da un'impresa nell'ambito e ai fini di una domanda di clemenza ad un'autorità della concorrenza, avrebbe potuto "rendere sostanzialmente meno attrattivo e quindi meno efficace il programma di clemenza dell'autorità in questione". Ciò, a sua volta, avrebbe "potuto pregiudicare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte di detta autorità e, da ultimo, la possibilità delle parti in un procedimento civile di esperire un ricorso effettivo"²⁹.

getto leso ed intenzionato a promuovere un'azione risarcitoria. In particolare, si chiedeva alla Corte di stabilire se la divulgazione di tali informazioni potesse pregiudicare l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza nonché il funzionamento del sistema di cooperazione e di scambio di informazioni tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri previsto agli artt. 11 e 12, Reg. CE n. 1/2003.

²⁸ Quindi, osservava Mazák, benché il diniego di tale accesso possa ostacolare – e, in alcuni casi, addirittura pregiudicare – il diritto fondamentale a un ricorso effettivo di una parte asseritamente lesa, si deve ritenere che «l'interferenza con tale diritto sia giustificata dallo scopo legittimo di assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 101 TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza nonché dall'interesse dei privati a scoprire e a sanzionare i cartelli» (punto 44).

²⁹ Cfr. C. giust. UE, 14 giugno 2011, caso *Pfleiderer*, C-360/09, punti 25-27.

Nonostante quindi l'AG Mazák avesse analizzato in dettaglio le predette questioni, la Corte di Giustizia, Grande Sezione, nella sentenza resa il 14 giugno 2011, ometteva di dare indicazioni chiare in proposito, pur riconoscendo sia il ruolo assai rilevante dei programmi di clemenza per la lotta ai cartelli, sia il fatto che l'efficacia di tali programmi poteva essere compromessa dall'accesso indiscriminato ai documenti relativi ad una domanda di clemenza da parte di soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria, dal momento che ciò poteva dissuadere l'impresa coinvolta in un'intesa illecita dall'avvalersi dello strumento della *leniency*³⁰.

In particolare, la Corte, si era di fatto limitata a riconoscere la delicatezza di siffatto bilanciamento rinviando, quanto alle condizioni in base alle quali un siffatto accesso dovesse essere autorizzato o negato, ad una decisione caso per caso da parte dei giudici sulla base del diritto nazionale, disattendendo sostanzialmente l'aspettativa, allora assai sentita, di avere da essa un utile indirizzo interpretativo su di una questione così importante al fine di assicurare un'applicazione efficace ed uniforme delle norme *antitrust* dell'Unione in materia di cartelli³¹.

Nella situazione di incertezza determinata dalla pronuncia *Pfleiderer*, nel maggio 2012, le autorità di concorrenza degli Stati membri, in seno all'*European Competition Network*, sentirono l'esigenza di adottare un'apposita risoluzione in favore della

³⁰ Si vedano anche le sentenze, rispettivamente, del giudice tedesco (*Amtsgericht* di Bonn) di gennaio 2012 (a seguito del citato rinvio C-360/09) e dell'Alta Corte inglese di aprile 2012 nel caso *National Grid* (a seguito di intervento *amicus curiae* della Commissione), con esiti non pienamente omogenei.

³¹ Resolution of the Meeting of the Heads of the European Competition Authorities of 23rd May 2012, disponibile sul sito della Commissione Europea, DG Comp, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html#resolutions>.

protezione dei documenti di *leniency* nel contesto di giudizi civili risarcitori³².

Sul tema dell'accesso ai documenti di *leniency*, la stessa Corte di Giustizia si è espressa poi in maniera assai più chiara e decisa con la sentenza 13 giugno 2013, *Donau Chemie*, C-536/11, a seguito delle efficaci conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen che contenevano alcune statuizioni di principio particolarmente significative nel senso della tutela della clemenza come strumento particolarmente efficace di *public enforcement*, alla base delle disposizioni di quella che sarebbe stata la futura Direttiva 2014/104/UE³³.

³² In particolare, si segnalano le affermazioni – contenute nelle citate conclusioni, ai punti da 61 a 68 – sull'esistenza di un «*imperativo*» di protezione dei programmi di clemenza; l'indicazione secondo cui «il diritto dei privati di chiedere un risarcimento agli operatori economici che hanno violato il diritto dell'Unione in materia di concorrenza, sancito dalle sentenze *Courage e Crehan* e *Manfredi*, non dovrebbe ... essere sviluppato sino al punto da pregiudicare l'efficacia dei meccanismi di applicazione del diritto pubblico, siano essi europei o nazionali; nonché l'indicazione secondo cui «sotto il profilo della proporzionalità ... sarebbe più opportuna una norma di legge che conferisse protezione assoluta ai partecipanti di un programma di clemenza, ma che prevedesse una ponderazione tra gli interessi degli altri partecipanti ad una pratica restrittiva e quelli delle presunte vittime». Particolarmente significativa appare, inoltre, l'indicazione secondo cui il giudice nazionale nel valutare, caso per caso, l'interesse dei privati all'accesso ai documenti di un procedimento *antitrust* «deve tenere nella debita considerazione gli strumenti alternativi di raccolta delle prove messi a disposizione» dal diritto nazionale applicabile, con specifico riguardo alle «norme processuali sulla divulgazione di documenti nell'ambito di procedimenti civili», con ciò facendo un riferimento alle norme che – specie nel diritto anglosassone – disciplinano la cd «*discovery*», vale a dire, l'ordine di un giudice rivolto ad una parte (in ipotesi, l'impresa convenuta) di rendere disponibili i documenti in suo possesso.

³³ Il ragionamento della Corte continua al pt. 42: «i programmi di clemenza costituiscono strumenti utili nella lotta efficace per individuare e porre termine a violazioni delle regole di concorrenza e contribuiscono, quindi, all'obiettivo dell'effettiva applicazione

In essa la Corte, riprendendo l'AG Jääskinen, indicava esplicitamente (punto 33) che «un accesso generalizzato sarebbe inoltre idoneo a recare pregiudizio a interessi pubblici quali l'efficacia della politica di repressione delle violazioni del diritto della concorrenza, in quanto potrebbe dissuadere i soggetti che hanno partecipato a una violazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza (v., in tal senso, sentenza *Pfleiderer*, cit., punto 27)». Ed ancora che «gli Stati membri non possono disciplinare l'accesso al fascicolo in maniera tale da arrecare pregiudizio a interessi pubblici, quali, in particolare, l'efficacia della politica di repressione delle violazioni del diritto della concorrenza» (punto 41) a cui è funzionale «l'efficace» utilizzo dello strumento della clemenza³⁴.

degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, e che l'efficacia di tali programmi potrebbe essere compromessa dalla comunicazione dei documenti relativi a un procedimento di clemenza ai soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria. Infatti, sembra ragionevole ipotizzare che un soggetto coinvolto in una violazione del diritto della concorrenza, di fronte all'eventualità di una simile comunicazione, sia dissuaso dall'avvalersi della possibilità offerta da simili programmi di clemenza (sentenza *Pfleiderer*, cit., punti da 25 a 27).

³⁴ In proposito, occorre sottolineare che in altra parte della sentenza, in merito alla lesione del principio di effettività, la Corte osservava che detta lesione si verifica «quando solo l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento svoltosi dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza competente consente a tali soggetti di disporre degli elementi di prova necessari per fondare la loro domanda di risarcimento. Infatti, nel caso in cui tali soggetti non dispongano di nessun'altra possibilità di procurarsi tali elementi di prova, il diniego di accesso al fascicolo che viene loro opposto rende privo di qualsiasi effetto utile il diritto al risarcimento loro riconosciuto direttamente dal diritto dell'Unione» (punto 32). Quindi, a ben vedere, la Corte indica con chiarezza che il diniego di accesso a documenti contenuti in fascicoli di procedimenti *antitrust* (inclusi i documenti connessi alla clemenza) può porre un problema di lesione del principio comunitario di effettività solo laddove – in assenza di strumenti alternativi di raccolta delle

La Corte osservava quindi (punto 43) che sulla base di una valutazione caso per caso, poteva rivelarsi giustificato «negare l'accesso a taluni documenti contenuti nel fascicolo di un procedimento nazionale in materia di concorrenza» connessi ad una domanda di clemenza pur non ritenendo legittimo un diniego generalizzato dell'accesso a tutti i documenti contenuti in un fascicolo di un procedimento *antitrust*.

Un profilo particolarmente innovativo della pronuncia *Donau Chemie* riguardava – per così dire – la “gerarchia” delle fonti d'accesso alle prove, ed in particolare, l'indicazione – ripresa dall'AG Jääskinen (al punto 68) – che i giudici nazionali, nell'apprezzare, in sede di bilanciamento, l'interesse del soggetto richiedente l'accesso ai predetti documenti finalizzati ad un'azione risarcitoria dovevano tener conto “*in particolare delle altre possibilità eventualmente a sua disposizione*” in base al diritto nazionale (punto 44). La Corte, quindi, di fatto, circoscriveva in maniera “residuale”, l'accesso ai documenti contenuti nei fascicoli delle autorità di concorrenza alle sole ipotesi in cui non erano disponibili – per il soggetto intenzionato ad ottenere la tutela risarcitoria – altri strumenti per ottenere le prove indispensabili a tal fine³⁵.

prove – tale diniego impedisca la tutela di diritti risarcitori riconosciuti dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Questo aspetto è stato prontamente riconosciuto in dottrina (cfr. L.F. Pace, commentando la sentenza *Donau Chemie* osserva che «la possibilità per il terzo di accedere al fascicolo del procedimento si riduce nel momento in cui il diritto alla prova dell'attore sia riconosciuto dalla normativa nazionale tramite altri strumenti»; *Europa e Diritto Privato*, n. 3/2013).

³⁵ Il riferimento ai documenti notoriamente più sensibili e confidenziali della *leniency* – in particolare, la dichiarazione confessoria (“*corporate statement*”) ed almeno la documentazione ad esso allegata, predisposta al fine della presentazione della domanda di clemenza – appare del tutto implicita.

Ciò detto, con riguardo ai limiti relativi all'oggetto dell'accesso al fascicolo *antitrust* (cioè a quali documenti escludere l'accesso), il ragionamento della Corte si concludeva con l'indicazione di una sorta di “principio di prevalenza” dell'interesse pubblico (segnatamente relativamente alla salvaguardia dell'efficacia dei programmi di clemenza) sull'interesse privato all'accesso funzionale all'esercizio di azioni di risarcimento danni, nonostante la loro indubbia importanza «per il mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione». In particolare, la Corte, se da un lato, ha affermato che «la semplice allegazione del rischio che l'accesso agli elementi di prova, contenuti nel fascicolo di un procedimento in materia di concorrenza e necessari per fondare tali azioni, pregiudichi l'efficacia di un programma di clemenza ... non può essere sufficiente per giustificare il diniego di accesso a tali elementi» (punto 46), dall'altro, ha riconosciuto che «il fatto che tale diniego possa impedire l'esercizio di azioni risarcitorie ... impone che tale diniego sia fondato su ragioni imperative attinenti alla protezione dell'interesse dedotto e applicabili a ogni documento al quale l'accesso è stato negato» (punto 47); quindi, il diniego all'accesso ad uno o più documenti relativi ad una domanda di clemenza era senz'altro ammissibile – in quanto espressione di un interesse pubblico “prevalente” – a condizione che esso fosse giustificato dal fatto che l'accesso ad «un determinato documento rechi concretamente pregiudizio all'interesse pubblico attinente all'efficacia del programma nazionale di clemenza» (punto 48)³⁶.

La sentenza *Donau Chemie* rafforzava quindi l'esigenza di tutela del *public enforcement* ed in particolare dei programmi di

³⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno (COM(2013)404 final).

clemenza, connotando inoltre in termini di “residualità” (cioè, solo in assenza di strumenti alternativi) l'accesso ai documenti contenuti nei fascicoli di procedimenti *antitrust*.

Si trattava di una pronuncia molto attesa; non a caso appena qualche giorno dopo, l'11 giugno 2013, la Commissione europea – dopo averla più volte annunciata – presentava una sua proposta di direttiva sul *private enforcement*³⁷, la quale dopo un complesso *iter* legislativo di “codecisione” del Parlamento e del Consiglio, venne approvata alla fine del 2014 (Direttiva 2014/104/UE).

3. – Questa Direttiva ha costituito il primo atto normativo eurounitario in cui, facendo seguito all'*iter* di elaborazione giurisprudenziale dianzi descritto, sono stati fissati principi e disposizioni per favorire il contemperamento tra *public e private enforcement*, nonché la salvaguardia dell'efficacia della *leniency*, cercando di tutelare gli incentivi delle imprese a farne uso pur a fronte dell'introduzione di norme volte ad agevolare le azioni risarcitorie dei danni provocati dagli illeciti *antitrust*.

In proposito, si segnalano, in particolare, le seguenti norme della Direttiva e le corrispondenti norme del Decreto Legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, di recepimento in Italia:

– Articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva che fissa uno degli obiettivi principali della nuova disciplina, vale dire «*il coordinamento fra l'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza e l'applicazione di tali regole nelle azioni per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali*»³⁸. Questa enunciazione di principio non è

stata espressamente riprodotta nel D.Lgs. n. 3/2017 ma è tuttavia sottesa all'intero impianto normativo e, in particolare, alle norme di cui agli articoli 4, comma 3, lett. c), 4, comma 8 e 14, comma 2.

– Articolo 6, paragrafi 3, 5, 6, 10, della Direttiva che disciplina gli ordini dei giudici di divulgazione delle prove contenute nei fascicoli di autorità di concorrenza (quindi, in senso lato, il loro accesso a fini risarcitori), con rilevanti limitazioni temporali (es. per i documenti della cd. *grey list*, par. 5) ed in via comunque residuale (par. 10), nonché esclusioni assolute (in particolare, per i documenti della cd. *black list*, par. 6, tra cui proprio le dichiarazioni legate ai programmi di *leniency*, cd. *corporate statements*)³⁹. Trattasi di disposizioni recepite nell'articolo 4, commi 1, 4 e 5 del D.Lgs. n. 3/2017⁴⁰.

³⁹ Si veda l'art. 2, comma 1, lett. n) 16 del D.Lgs. n. 3/2017. In merito alla questione se determinati documenti del procedimento nazionale possano essere inclusi in tali liste, si veda C. giust. CE, sentenza 12 gennaio 2023, C-57/21, caso *Regio Jet*, pt. 101-112. Una delle questioni oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte riguardava infatti la possibilità, secondo il diritto nazionale, di includere nella c.d. lista grigia non solo la divulgazione di informazioni «preparate» appositamente per il procedimento dell'Autorità garante della concorrenza ma anche tutte le informazioni “presentate” a tale scopo. La Corte di Giustizia ha risposto facendo riferimento agli articoli 5, paragrafo 8, e 6, paragrafi 5, lettera a), e 9, della 2014/104/UE (cfr. punto 94). Secondo la Corte, un'interpretazione sistematica di queste disposizioni della Direttiva nonché dei Considerando 25 e 28 porta ad un'interpretazione restrittiva della nozione di “documenti preparati per l'indagine di un'Autorità”. Per la Corte quindi solo i documenti che non erano preesistenti all'indagine ma che sono stati preparati specificamente nel contesto di tale indagine pubblica possono essere coperti dalla lista grigia. Altrimenti, secondo la Corte, l'accesso ai documenti mentre è in corso l'applicazione della normativa pubblica sarebbe quasi impossibile perché qualsiasi documento rilevante molto probabilmente farebbe parte anche del fascicolo dell'autorità.

⁴⁰ Sin da Cass., Sez. III, sent. 2 febbraio 2007, n. 2305; da ultimo da Trib. Milano, Sez. Spec. in materia d'impresa – A, sent. n. 9759/2018.

³⁷ La Direttiva manifesta l'esigenza che non sia compromessa indebitamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza (considerando 21, 23, 24, 25 ed art. 6, para 4, lett. c).

³⁸ Si veda l'art. 2, punto 16 della Direttiva.

- Articolo 6, paragrafo 11, della Direttiva che prevede la partecipazione dell'autorità di concorrenza al *test* di proporzionalità in relazione ai predetti ordini di divulgazione dei giudici (considerando 30 della Direttiva), recepito nell'articolo 4, comma 7, del D.Lgs. n. 3/2017. Inoltre, l'art. 4, comma 8, D.Lgs. n. 3/2017 prevede una inedita norma sulla possibile sospensione del giudizio risarcitorio in pendenza di un procedimento di fronte all'Autorità *“al fine di salvaguardare l'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza”*.

- Articolo 9 della Direttiva, che disciplina l'efficacia vincolante delle decisioni di accertamento di infrazioni *ex artt.* 101 e 102 TFUE delle autorità di concorrenza nazionali divenute definitive, nei giudizi civili risarcitori *cd follow-on* (considerando 34-35 della Direttiva), recepito nell'articolo 7, del D.Lgs. n. 3/2017.

- Articolo 10, della Direttiva che disciplina vari aspetti della prescrizione del diritto al risarcimento, tra cui, oltre a durata e condizioni del *dies a quo*, la sua sospensione ove l'autorità di concorrenza stia intervenendo sullo stesso caso (fino ad un anno da quando si è conclusa la fase dell'impugnazione della decisione). Trattasi di una disciplina che, in parte codificando una consolidata giurisprudenza di legittimità⁴¹, è stata recepita nell'articolo 8 del D.Lgs. n. 3/2017.

- Articolo 11, paragrafi 4 e 5, della Direttiva che limita – in prima battuta – la responsabilità dell'impresa che ha ottenuto l'immunità tramite la *leniency* ai soli danni subiti dai propri fornitori e acquirenti diretti o indiretti, con esclusione di quelli dei *co-cartelist* (e, deve ritenersi, dei terzi colpiti dal *cd. “effetto ombrello”*), con l'e-

splicito scopo di tutelare la posizione di tale impresa dal rischio di «un'esposizione ingiustificata alle domande di risarcimento, tenendo presente che per il beneficiario dell'immunità le decisioni delle autorità garanti della concorrenza che constata una violazione possono diventare definitive prima che per le altre imprese non beneficiarie dell'immunità, rendendo il beneficiario dell'immunità possibile bersaglio preferenziale di contenzioso» (considerando 38). In ambito nazionale, si veda l'articolo 9, commi 3 e 5, del D.Lgs. n. 3/2017⁴². Si segnala, inoltre, che in base all'articolo 9, comma 4, del D.Lgs. n. 3/2017 (che riprende l'art. 11, paragrafo 4, lett. b, capoverso della Direttiva), il termine di prescrizione del diritto al risarcimento per coloro che si ritengono danneggiati da un cartello decorre dal momento in cui risulta accertato che essi non possono ottenere l'integrale risarcimento dagli altri coautori dell'infrazione; il che dovrebbe indurre i danneggiati diretti o indiretti di altre imprese *“co-cartelists”* a non chiedere subito il risarcimento dei danni all'impresa che abbia beneficiato dell'immunità a seguito della clemenza.

L'esigenza di tutela della *leniency* e degli incentivi delle imprese a farne uso, trova d'altronde altrettanto chiara espressione nella Direttiva ECN+, che – come

⁴¹ La norma riprende quella dell'art. 25, par. 3 e 4, del Reg. CE n. 1/2003, a cui – sul piano nazionale – aveva fatto già riferimento la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, 29 maggio 2018, n. 3197; Consiglio di Stato, 1° giugno 2016, n. 2328).

⁴² Il comma 3 prevede che, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2055, primo comma, del Codice civile, il beneficiario dell'immunità è responsabile in solido: a) nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti; b) nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza. Il comma 5 prevede invece 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 ed è comunque determinato ai sensi dell'articolo 2055, secondo comma, del Codice civile.

si è visto – ha armonizzato sotto diversi profili l'attività di *public enforcement* delle autorità di concorrenza della rete ECN, anche con riferimento ai programmi di clemenza (artt. 17-23). In particolare, sotto il profilo della protezione delle domande di clemenza, rilevano: l'articolo 31, paragrafo 3, il quale prevede che «gli Stati membri provvedono affinché l'accesso a dichiarazioni legate a un programma di trattamento favorevole o alle proposte di transazione sia concesso solo alle parti oggetto del pertinente procedimento e unicamente ai fini dell'esercizio dei loro diritti di difesa» (art. 31, paragrafo 3, direttiva 2019/1/UE); l'articolo 31 paragrafo 6, che limita poi fortemente lo scambio delle *corporate statements* tra autorità di concorrenza (norme trasposte nell'art. 31-ter della legge n. 281/90).

Sotto un diverso profilo, assumono inoltre importanza anche le norme che armonizzano le sanzioni (che devono essere «efficaci, proporzionate e dissuasive») (artt. 13-16), nonché l'art. 29 che, prevedendo l'interruzione/sospensione dei termini di prescrizione delle sanzioni durante i procedimenti delle autorità di concorrenza degli altri Stati membri o della Commissione e la fase di impugnazione delle loro decisioni, indirettamente, accresce gli incentivi per le imprese a fare uso della *leniency*.

V. Misure di tutela e valorizzazione della *leniency* di fronte all'AGCM

Infine, appare utile passare rapidamente in rassegna talune misure previste in ambito nazionale – in aggiunta alle disposizioni contenute nel citato D.Lgs. n. 3/2017 dianzi indicate – e volte, direttamente o indirettamente, a tutelare la *leniency* e a valorizzarne l'attrattività per le imprese sotto diversi profili.

In primo luogo, il programma di clemenza italiano era stato appositamente modificato sin dal maggio 2010, con successive integrazioni, al fine di rafforzare la tutela della *leniency* nel corso del procedimento istruttorio bilanciandola con le esigenze di difesa nel procedimento delle sole imprese coinvolte nell'illecito. In particolare, l'accesso alle dichiarazioni rese oralmente o per iscritto dai rappresentanti dell'impresa richiedente la clemenza, è posticipato al momento dell'invio della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie dell'AGCM ed è riservato ai soli soggetti che nella stessa figurano come possibili partecipanti al cartello. Inoltre, l'accesso non avviene mediante consegna di una copia delle dichiarazioni medesime, bensì mediante lettura delle stesse da parte delle imprese interessate, le quali possono prendere appunti o registrare la lettura, ma non sono autorizzate a fare una copia dei documenti, che, come tali, rimangono nella esclusiva disponibilità dell'AGCM. Per i soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento istruttorio, non è previsto alcun accesso né alle dichiarazioni confessorie, né alla documentazione allegata⁴³.

In secondo luogo, le Linee Guida sulla *Compliance antitrust* prevedono che, a certe condizioni, l'impresa che abbia fatto domanda di clemenza prima dell'avvio dell'istruttoria o dello svolgimento di ispezioni e che non benefici dell'immunità dalla sanzione – ad esempio non essendo stata la prima a collaborare con l'Autorità – possa tuttavia beneficiare, oltre che dello «sconto» sulla sanzione finale legato alla clemenza, di quello massimo legato – come circostanza attenuante – all'adozione di un adeguato ed efficace programma di *compliance*, prima dell'avvio di un procedimento istruttorio (fino

⁴³ Cfr. Delibera AGCM 25 febbraio 2025, n. 31467, punto 41,

al 10%) (cfr. punto 29)⁴⁴. Analogamente è stato previsto che se il procedimento concluso mediante una procedura di transazione prevista dall'articolo 14-quater della legge n. 287/90 coinvolge anche imprese che abbiano presentato domanda di trattamento favorevole, la riduzione dell'importo della sanzione accordata a titolo di transazione si sommerà alla riduzione della sanzione eventualmente concessa a titolo di trattamento favorevole⁴⁵.

In terzo luogo, in una sua segnalazione (AS1474 del febbraio 2018) di commento alle Linee Guida n. 6 dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione, l'AGCM ha indicato come possibile misura di *self-cleaning* a fronte della possibile esclusione dalle gare future dell'impresa che abbia commesso un illecito *antitrust* sullo stesso mercato (*ex* allora art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici), "*l'adesione a programmi di clemenza*" che abbia consentito l'accertamento del predetto illecito⁴⁶.

⁴⁴ Linee Guida sulla *Compliance antitrust* adottate dall'AGCM il 25 febbraio 2023, punto 29.

⁴⁵ Cfr. punto 27 della Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴⁶ Incidentalmente, si osserva che l'AGCM ha avuto modo di concordare (cfr. segnalazione AS1474 del febbraio 2018) che l'operatività del precedente *antitrust* come causa di esclusione non è comunque automatica (Cfr. anche, Consiglio di Stato, VI, ord. 3 settembre 2018, n. 4126; Tar Lazio, I, ord. 15 febbraio 2018, n. 868) ma facoltativa (e previo contraddittorio). Sulla non automaticità dell'esclusione da gare future dell'impresa coinvolta in un illecito *antitrust* accertato da un'autorità di concorrenza, da ultimo, si veda anche C. giust. CE, sentenza 4 giugno 2019, causa C-425/18, caso *GTT*, punto 34. Il nuovo Codice appalti (di cui al D. lgs. 36/2023), in senso innovativo rispetto al previgente Codice, distingue ora tra cause di esclusione automatica (art. 94 del D. lgs. 36/2023) e cause di esclusione non automatica (art. 95 del D. lgs. 36/2023), tra cui rientra ora espressamente una sanzione "esecutiva" irrogata dall'Autorità [...] in relazione all'oggetto specifico dell'appalto (cfr. art. 98 comma 3 lett. a).

In quarto luogo, in materia di *rating di legalità*, il Regolamento attuativo dell'AGCM, dopo aver enunciato i cd. "motivi ostativi" all'ottenimento del *rating* (tra cui, il non essere l'impresa richiedente destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità e della Commissione europea per illeciti *antitrust* gravi, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di *rating*), prevede espressamente l'aver beneficiato di una *leniency* (sia per la non imposizione della sanzione, sia per la riduzione della sanzione) come misura di *self-cleaning* idonea a rimuovere il predetto impedimento al *rating* (cfr. Delibera AGCM del 28 luglio 2020, n. 28361 – Regolamento attuativo in materia di *rating di legalità*, art. 2, lett. d).

Infine si segnala che, in esito alla riforma che ha visto l'istituzione dell'Elenco dei soggetti abilitati alla vendita di gas e energia elettrica ai clienti finali, il legislatore ha previsto un procedimento speciale per l'eventuale esclusione motivata da tale elenco, che tenga conto delle violazioni e delle condotte irregolari poste in essere nell'attività di vendita di energia elettrica e gas naturale, accertate e sanzionate, tra l'altro, dall'AGCM. Al riguardo deve trattarsi di provvedimenti dell'AGCM non più oppugnabili che accertino e sanzionino una violazione reiterata, fatto però espressamente salvo il caso in cui il destinatario del provvedimento abbia aderito, nell'ambito del procedimento che ha condotto all'irrogazione della sanzione, al programma di clemenza.

PAOLO CAPRILE*

* Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le opinioni espresse nel testo sono esclusivamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza. Il presente contributo aggiorna e rielabora, quello di Paolo Cassinis, presente nella precedente versione del Dizionario.

Bibliografia

Assonime, «I programmi di *leniency* della Commissione Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», Circolare 24.4.2007 n. 24 in *Rivista di diritto delle società*, 2007; G. Bruzzone - A. Saija, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine? (Private and Public Enforcement in the Aftermath of the Transposition of the Damages Directive)* in *Mercato concorrenza regole*, 1, Bologna, 2017, pp. 9 ss.; P. Cassinis, «L'accesso ai documenti antitrust all'attenzione della Corte di Giustizia nel caso "Donau Chemie" e del legislatore comunitario», in *Il Nuovo Diritto Amministrativo* n. 2/2014, Duke, 2014, p. 86; P. Cassinis, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in *giustiziacivile.com*, n. 9/2018; R. Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Ind.*, 2016, p. 314; G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, in *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del VI Convegno Antitrust,

Trento 6-8 aprile 2017, (a cura di) G.A. Benacchio - M. Carpagnano, Trento, 2018; G. Muscolo, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in *Nuovo Diritto Civile*, Dike, Anno III – 2018 n. 2; E. Raffaelli - M. Bricchetto, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie, in applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, in *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 18-19 aprile 2013*, (a cura di) G.A. Benacchio - M. Carpagnano, Trento, 2014; M. Todino - E. Botti, «Azioni risarcitorie per illecito antitrust. Recenti sviluppi e interazione con il public enforcement», in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust between EU and National Law – Antitrust fra diritto nazionale diritto dell'Unione Europea*, Atti del X Convegno di Treviso 2012, Bruxelles, 2012, p. 85; W.P.J. Wils, *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years* (2016, vol. 39, no. 3) *World Competition*; W.P.J. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future* Wouter, (2016, vol. 40, no. 1) *World Competition*.

IL RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO CIVILE E GLI ATTI DELL'AGCM E DELLA COMMISSIONE

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** Esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – **III.** Effetti delle decisioni *antitrust* nell'ambito dei giudizi civili di risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza. – **IV.** La richiesta di assistenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella quantificazione del danno. – **V.** La valutazione dei precedenti giudiziari nel procedimento avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

I. Premessa

Il processo di modernizzazione del diritto europeo della concorrenza ha ricevuto un significativo impulso con la Dir. Ue 104/2014 in tema di azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza. Attraverso la richiamata Direttiva il legislatore euro-unitario ha agito su due piani, tra loro strettamente correlati, consistenti, da un lato, nel potenziare e rendere effettive le forme di cooperazione tra *public* e *private enforcement* e, dall'altro lato, nel garantire il pieno risarcimento ai soggetti danneggiati da condotte poste in essere in violazione del diritto della concorrenza¹.

¹ Il diritto dei soggetti pregiudicati dal comportamento anticoncorrenziale ad ottenere il pieno ristoro del danno subito è stato riconosciuto a partire dalla sentenza della C. giust. Ue 20 settembre 2001, causa C-453/99, "Courage e Crehan", EU:C:2001:465.

A presidio del diritto *antitrust*, come noto, sono stati posti il *public* e il *private enforcement* i quali rappresentano due distinti, ma non contrapposti, strumenti di tutela e reazione alla violazione delle regole di concorrenza², in quanto il *public enforcement* assolve una funzione "deterrente"³, mentre il *private enforcement* ha natura "compensativa"⁴. Il modello risarcitorio scelto in ambito europeo è, infatti, di tipo compensativo, e la stessa Dir. Ue 104/2014 ha cura di precisare che il risarcimento «non dovrebbe comportare una sovracompensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura»⁵.

² Cons. St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, «... *public* e *private enforcement* non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita» ... «si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti».

³ Cons. St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773; C. giust. Ue 11 giugno 2009, causa C-429/07, "Inspecteur van de Belastingdienst e X BV", (EU:C:2009:359). La funzione di deterrenza è poi espressamente enunciata nella Delibera dell'AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, «Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, co. 1, della l. 287/1990». Cfr. anche l'art. 13 della Dir. Ue 2019/1, recepita con il D.lgs. n. 185/2021, che fa espresso riferimento alla facoltà delle Autorità Antitrust nazionali di irrogare sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive».

⁴ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305; C. giust. Ue, Grande Sez., 6 ottobre 2021, causa C-882/19 (EU:C:2021:800); C. giust. Ue, Grande Sez., 18 aprile 2024, causa C-605/21 (EU:C:2024:324).

⁵ Cons. 13 Dir. Ue 104/2014.

Il profilo dei rapporti tra *public* e *private enforcement* è stato inizialmente affrontato dal Reg. Ue n. 1/2003 che, oltre a qualificare come essenziale la funzione svolta dalle giurisdizioni nazionali, ha specificato che alle stesse è attribuito un ruolo complementare rispetto a quello delle Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri⁶; in tale prospettiva si inquadrano le disposizioni dell'art. 15 Reg. Ue n. 1/2003, in tema di «cooperazione con le giurisdizioni nazionali». La *ratio* della Dir. Ue 104/2014 è, invece, quella di dettare una serie di ulteriori regole finalizzate a «coordinare in modo coerente» gli strumenti di *enforcement* del diritto *antitrust*⁷.

Il legislatore euro-unitario, pur senza alterare i caratteri generali del sistema che resta pur sempre connotato dalla centralità del *public enforcement*⁸, è così intervenuto con la richiamata Dir. Ue 104/2014 al fine di correggere lo «sbilanciamento» tra gli strumenti di politica della concorrenza, testimoniato dalla prevalenza in tutti gli ordinamenti giuridici europei del *public enforcement* rispetto al *private enforcement*, nella consapevolezza che soltanto la concreta ed effettiva interazione tra *public* e *private enforcement* consente di assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza.

Nel dettaglio, gli ambiti nei quali si è concretizzato l'obiettivo di potenziamento delle forme di cooperazione tra *public* e *private enforcement*, attengono: i) alle forme e

alle modalità di accesso alle informazioni detenute dalle Autorità Garanti della Concorrenza nazionali; ii) alla rilevanza delle decisioni *antitrust* nell'ambito dei giudizi civili di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto della concorrenza; iii) alla richiesta di assistenza formulata dai giudici civili alle Autorità Garanti della Concorrenza in tema di quantificazione del danno.

II. Esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza

Il primo ambito interessato dal potenziamento della cooperazione tra *public* e *private enforcement* è quello concernente l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'Autorità Garante della Concorrenza. Occorre innanzitutto considerare che, come affermato nella stessa Dir. Ue 104/2014, nelle azioni di risarcimento dei danni da violazione delle norme *antitrust* i soggetti danneggiati incontrano numerose difficoltà sul piano probatorio derivanti dal fatto che gran parte degli elementi idonei a dimostrare la violazione delle norme *antitrust* sono detenuti «esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili agli attori»⁹. Si è così reso necessario, nell'ottica del legislatore euro-unitario, introdurre alcuni strumenti volti a facilitare l'attività probatoria e di allegazione con riguardo tanto alle azioni *stand alone*¹⁰, nelle quali manca il preventivo

⁶ Cons. 7 Reg. Ue n. 1/2003.

⁷ Cons. 6 Dir. Ue 104/2014.

⁸ Cons. 21 Dir. Ue 104/2014 nella parte in cui precisa che: «È opportuno che la divulgazione delle prove non comprometta indebitamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte di un'autorità garante della concorrenza»; ed ancora il Cons. 23 Dir. Ue 104/2014 nella parte in cui afferma che: «L'esigenza di proporzionalità dovrebbe essere valutata attentamente quando la divulgazione delle prove rischia di compromettere la strategia di indagine di un'autorità garante della concorrenza rivelando quali documenti facciano parte del fascicolo».

⁹ Cons. 14 Dir. Ue 104/2014.

¹⁰ Sulla difficoltà del giudice civile nelle azioni di risarcimento del danno derivanti da illeciti *antitrust*, soprattutto nei giudizi *stand alone*, Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564. In tale sentenza i giudici di legittimità hanno evidenziato la necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno subito dalle vittime di illeciti

accertamento della violazione delle norme *antitrust* da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza, quanto alle azioni *follow on* le quali, invece, si fondano su una violazione delle norme *antitrust* già accertata da un'Autorità Garante della Concorrenza.

Analogamente alla Dir. Ue 48/2004 in materia di proprietà intellettuale, la Dir. Ue 104/2014 ha previsto un modello di *disclosure* basato sull'attribuzione al giudice di un penetrante potere di controllo sulla richiesta di esibizione. In particolare, ai sensi dell'art. 6 Dir. Ue 104/2014 (*cf.*, per l'ordinamento nazionale, l'art. 4 c. 1 D.lgs. n. 3/2017) il giudice può emettere un ordine di esibizione nei confronti dell'Autorità Garante della Concorrenza esclusivamente nei casi in cui l'elemento di prova non possa essere ragionevolmente fornito dalle parti o da terzi; l'accesso diretto in sede di *private enforcement* ai fascicoli dell'Autorità Garante della Concorrenza sembrerebbe rappresentare, pertanto, almeno in linea di principio, una estrema *ratio*.

Inoltre, conformemente al principio dispositivo e in assenza di una specifica previsione al riguardo, la divulgazione dei materiali raccolti nel fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza sembrerebbe subordinata in ogni caso a una specifica richiesta di parte recante l'indicazione di fatti e prove «sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa»¹¹ (restando quindi escluso, ai sensi dell'art. 3 c. 1 D.lgs. n. 3/2017, che il giudice possa attivarsi d'ufficio in assenza di una «istanza motivata della parte»).

antitrust, e hanno contestato ai giudici di merito la meccanica applicazione del principio dell'onere della prova e l'omessa valutazione dell'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio, sottolineando, altresì, come gli stessi non avessero colto «la specifica peculiarità della controversia».

¹¹ Art. 3 c. 1 D.lgs. n. 3/2017.

L'eventuale esibizione dovrà in ogni caso essere valutata alla luce del principio di proporzionalità, tenendo conto dei profili indicati agli art. 3 c. 3 (ordine di esibizione rivolto alle parti o al terzo), e art. 4 c. 3 D.lgs. n. 3/2017. Ne consegue, pertanto, che il giudizio sulla proporzionalità deve essere condotto dal giudice considerando innanzitutto: a) in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione; b) la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati; c) se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi. Oltre ai richiamati profili il giudice deve specificamente valutare: «a) se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto e al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza».

Quindi, si esclude l'ammissibilità di istanze di esibizione formulate in termini generici, con finalità meramente esplorative, lasciando ai giudici il delicato compito di definire l'effettivo grado di conoscenza dei documenti presentati all'AGCM o acquisiti nei suoi fascicoli, che la parte dovrà dimostrare a supporto della propria istanza di acquisizione nel giudizio civile.

Nel valutare la proporzionalità dell'ordine di esibizione, il giudice dovrà altresì tener conto della necessità di «salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza».

I descritti criteri, che attengono alla proporzionalità dell'ordine di esibizione, devono poi essere declinati alla luce delle modalità di accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza: si distinguono, infatti, tre tipologie di prove: i) quelle la cui esibizione

può essere concessa in qualsiasi momento (cd. *white list*); ii) quelle accessibili solo al termine del procedimento amministrativo dell'AGCM di accertamento della violazione del diritto della concorrenza (cd. *grey list*); iii) quelle che non possono essere mai divulgate, vale a dire tutte quelle aventi ad oggetto dichiarazioni legate ad un programma di clemenza o ad una proposta di transazione (cd. *black list*).

Ancorché la Dir. Ue 104/2014 non ne faccia espressa menzione, appartengono alla *white list* anche le prove raccolte nel fascicolo formato dall'AGCM anteriormente all'esercizio dei poteri istruttori.

Ai sensi dell'art. 4 c. 4 D.lgs. n. 3/2017, il giudice ha comunque l'obbligo di diffondere, alla conclusione del procedimento dell'AGCM, l'accesso: «a) alle informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) alle informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) alle proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate» (cd. *grey list*). Le predette limitazioni all'accesso valgono fino alla «conclusione del procedimento»¹², cui consegue, pertanto, che la divulgazione delle prove è ammissibile anche quando il procedimento dell'AGCM si conclude con il provvedimento di accettazione degli impegni, atteso che in tale sede possono, certamente, emergere elementi utili a sostegno di azioni in sede civile per il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza¹³.

¹² L'art. 6 § 5 Dir. Ue 104/2014 limita l'accesso fino a quando l'Autorità non abbia concluso il procedimento «adottando una decisione o in altro modo», mentre l'art. 4 c. 4 D.lgs. n. 3/2017 fa riferimento esclusivamente alla conclusione del procedimento, senza specificare che la conclusione può discendere dall'adozione di una decisione o in altro modo.

¹³ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902.

Il legislatore nazionale ha poi autonomamente previsto, in assenza di un'espressa previsione nella Dir. Ue 104/2014, una causa di sospensione del giudizio civile di natura «atipica» in quanto la stessa si giustifica, al ricorrere di determinati presupposti, con la pendenza del procedimento amministrativo innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza. Ai sensi dell'art. 4 c. 8 D.lgs. n. 3/2017, infatti, al giudice è attribuito il potere di sospendere il giudizio civile quando «sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un procedimento davanti all'autorità garante della concorrenza», ed è «necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza».

Come sopra accennato, invece, al giudice civile è fatto divieto, in linea di principio, ordinare l'esibizione delle prove appartenenti alla *black list*, identificate, ai sensi dell'art. 4 c. 5 D.lgs. n. 3/2017 (che ha recepito la previsione contenuta all'art. 6 § 6 Dir. Ue 104/2014) nelle prove aventi ad oggetto le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione. Il divieto in esame ha un'ampia portata, atteso che l'art. 4 c. 5 D.lgs. n. 3/2017 preclude al giudice l'emissione di un ordine di esibizione di prove appartenenti alla *black list*, sia nei confronti dell'Autorità Garante della Concorrenza, sia di qualunque altra parte o soggetto terzo.

Alla base del divieto di accesso alle «dichiarazioni legate a un programma di clemenza»¹⁴

¹⁴ Ai sensi dell'art. 2 c. 1 D.lgs. n. 3/2017, per «dichiarazione legata a un programma di clemenza» si intende: «una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da una parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, ovvero una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata alla medesima autorità garante allo scopo di

o a una «proposta di transazione»¹⁵, vi è la scelta del legislatore euro-unitario di rimuovere ogni possibile ostacolo in grado di disincentivare il ricorso ai suddetti strumenti¹⁶, considerati come «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»¹⁷. Il descritto divieto non opera in termini assoluti in quanto l'attore, ai sensi dell'art. 4 c. 5 D.lgs. n. 3/2017, ha facoltà di presentare un'istanza motivata al giudice, che potrà a sua volta richiedere l'assistenza dell'Autorità Garante della Concorrenza, per accedere alle prove al solo scopo di garantire la loro riconducibilità alla definizione di «dichiarazioni legate a un programma di clemenza» (di cui all'art. 2 c. 1 lett. n) D.lgs. n. 3/2017) o di «proposta di transazione» (di cui all'art. 2 c. 1 lett. p) D.lgs. n. 3/2017).

Da ultimo, il c. 9 dell'art. 4 del D.lgs. n. 3/2017 prescrive che sono fatte salve, rispetto alla descritta disciplina, le norme e le prassi previste dall'Unione. Pertanto, occorre tener conto della disciplina sull'accesso ai documenti nell'ambito dei procedimenti *antitrust* della Commissione Europea contenuta nel Reg. Ue n. 773/2004¹⁸, nonché della disciplina, espressamente richiamata nella Dir. Ue 104/2014, di cui al Reg. Ue

n. 1049/2001 sull'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Sempre ai sensi del richiamato c. 8 dell'art. 4 del D.lgs. n. 3/2017, è fatta altresì salva l'applicazione della disciplina nazionale sull'accesso al fascicolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, contenuta all'art. 13 del D.P.R. n. 217/1998¹⁹.

III. Effetti delle decisioni *antitrust* nell'ambito dei giudizi civili di risarcimento del danno derivante da violazione del diritto della concorrenza

Il rafforzamento degli strumenti di coordinamento tra *public* e *private enforcement* ha interessato anche il delicato tema degli effetti delle decisioni definitive delle Autorità Garanti della Concorrenza nazionali nell'ambito dei giudizi civili di risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza.

L'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da un'Autorità nazionale Garante della Concorrenza o da un giudice del ricorso «sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione di risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali» (art. 9 § 1 Dir. Ue 104/2014) è espressione del medesimo principio di «prevalenza» già sancito all'art. 16 del Reg. Ue n. 1/2003 con riguardo al divieto imposto alle giurisdizioni nazionali di assumere decisioni in contrasto con quelle adottate o contemplate in procedimenti avviati dalla Commissione²⁰.

ottenere la non applicazione o una riduzione delle sanzioni ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti».

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2 c. 1 D.lgs. n. 3/2017, per «proposta di transazione» si intende: «la dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa a un'autorità garante della concorrenza, in cui l'impresa riconosce o rinuncia a contestare la sua partecipazione a una violazione del diritto della concorrenza e la propria responsabilità in detta violazione del diritto della concorrenza, predisposta specificamente per consentire all'autorità garante della concorrenza di applicare una procedura semplificata o accelerata».

¹⁶ Cons. 26 e 38 Dir. Ue 104/2014.

¹⁷ Cons. 26 Dir. Ue 104/2014.

¹⁸ Art. 15 § 2 Reg. Ue n. 773/2004.

¹⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 dicembre 2021, n. 13214.

²⁰ Conformemente a quanto riconosciuto in precedenza dalla C. giust. Ue 14 dicembre 2000, causa C-344/98, «Masterfoods», (EU.C:2000:68).

Del resto, la regola di cui all'art. 9 Dir. Ue 104/2014, ispirata dalla necessità di aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento del danno²¹, era stata già anticipata dalle previsioni dell'ordinamento tedesco e inglese che attribuivano alle decisioni definitive dell'Autorità nazionale *antitrust* efficacia diretta e vincolante nelle azioni civili di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza²².

In Italia, anteriormente al recepimento dell'art. 9 della Dir. Ue 104/2014, la giurisprudenza della Corte di Cassazione attribuiva ai provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza valore di «prova privilegiata»²³ nei giudizi civili di risarcimento del danno, dunque, non un vincolo assoluto, ma una presunzione dell'esistenza dell'illecito suscettibile di prova contraria da parte del convenuto attraverso qualsiasi mezzo di prova ammesso dall'ordinamento²⁴.

Ora l'art. 7 c. 1 D.lgs. n. 3/2017 stabilisce che «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza

constatata da una decisione dell'AGCM non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». Al terzo periodo, del medesimo c. 1 dell'art. 7, si precisa, inoltre, che l'efficacia vincolante copre soltanto una parte degli elementi di fatto e di diritto fondanti le azioni risarcitorie poiché riguarda la natura della violazione e la sua portata «materiale», «personale», «temporale» e «territoriale», ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

La formulazione della norma, che prevede la definitività dell'accertamento nei confronti dell'autore, evoca l'autorità di cosa giudicata che assiste le sentenze definitive e sembrerebbe *prima facie* confliggere con il principio costituzionale secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, c. 2 Cost.).

In prima battuta, si era ipotizzato che tale criticità fosse comunque superabile mediante una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 7 c. 1 D.lgs. n. 3/2017, secondo cui il giudice del risarcimento non sarebbe soggetto alla decisione dell'AGCM divenuta definitiva a seguito della scadenza del termine per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, dovendosi escludere tale dovere «qualora (sebbene si tratti di ipotesi residuale se non eccezionale) lo stesso ritenga irrimediabilmente viziato il provvedimento dell'autorità, ferma restando, in ogni caso, l'incontestabilità del provvedimento dell'AGCM da parte dell'autore della violazione che, pur potendo impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo, non lo abbia fatto»²⁵.

Per altro verso, l'eventuale contrasto della regola dell'effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza con i principi del «giusto

²¹ Cons. 34 Dir. Ue 104/2014.

²² Cfr. § 33(4) della Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (FWB), e le sezioni 26 e 20 del UK Enterprise Act 2002, inserite come sezioni 47A e 58° nel *UK Competition Act*.

²³ Nel nostro ordinamento la figura della «prova privilegiata» non è positivizzata, ma è stata, invece, enucleata dalla giurisprudenza.

²⁴ Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass., Sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211 e 10212; Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039 secondo cui: «il valore di prova privilegiata, pur non precludendo la facoltà per il convenuto di fornire la prova contraria [...] impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede»; ed ancora Cass., Sez. III, 3 aprile 2013, n. 8091; Cass., Sez. I, 22 maggio 2013, n. 12551; Cass., Sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116.

²⁵ Cfr. pag. 11 della Relazione illustrativa allo schema di decreto di decreto di recepimento della Dir. Ue 104/2014.

processo» di cui all'art. 6 della CEDU²⁶, sembrerebbe ormai superato dal rilievo che il giudice amministrativo opera un sindacato di piena giurisdizione sulle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel senso che esso, cui pure è precluso un generalizzato potere sostitutivo, può senz'altro esercitare, nei limiti dei motivi prospettati dalle parti, un sindacato pieno sulle valutazioni tecniche, anche opinabili, dell'Autorità Garante della Concorrenza²⁷. Si inquadrano in tale prospettiva le decisioni della Corte di Cassazione²⁸ e del Consiglio di Stato²⁹ volti a chiarire la portata applicativa

²⁶ Cfr. Corte EDU 27 settembre 2011, "Menarini Diagnostic c. Repubblica Italiana", in cui la Corte ha stabilito che l'art. 6 della Convenzione è rispettato laddove la decisione amministrativa può essere rivista a posteriori da un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, ossia del potere di giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia, e possa in ogni caso riformare, sia in fatto che in diritto, la decisione stessa.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929 e Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

²⁸ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2019, 11929: «Né può dubitarsi che la tendenza verso un sindacato giurisdizionale pieno sì, ma non integralmente sostitutivo delle prerogative riservate all'Autorità, del resto condivisa dal Consiglio di Stato – Cons. St., 15 maggio 2015 n. 2479, p. 8 e Cons. St., 30 giugno 2016 n. 2947, p. 13 – abbia trovato un'importante conferma in sede legislativa allorché, nel recepire la Dir. 2014/104/UE e nel riconoscere il carattere vincolante delle decisioni *antitrust* definitive nei giudizi civili di risarcimento il legislatore ha fra l'altro affermato che "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione", in tal modo normativizzando parte dei principi esposti dalle Sezioni Unite nella ricordata sentenza n. 1013/2014, a proposito della riserva comunque garantita all'Autorità in tema di valutazioni tecnico discrezionali».

²⁹ Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990: «Nonostante l'evidente imprecisione linguistica, il precetto riveste una mera funzione didascalica: quella cioè di richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento "diretto" di tutti i fatti rile-

della regola di cui all'art. 7, co. 1 D.lgs. n. 3/2017.

In quest'ottica, sembrerebbe che il profilo essenziale sia costituito dal fatto che l'obbligo imposto al giudice civile nelle azioni risarcitorie *follow on* (attenersi all'accertamento sul fatto compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza³⁰), alleggerisce gli oneri probatori a carico dei soggetti danneggiati, rendendo così percorribile e realmente effettiva la tutela offerta a questi ultimi nei giudizi di *private enforcement*. Pertanto, se nelle azioni *stand alone*, promosse in assenza di una previa decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza, l'attore asseritamente danneggiato può beneficiare delle agevolazioni probatorie concesse dagli articoli 3-6 D.lgs. n. 3/2017, nelle azioni *follow on*, il danneggiato non dovrà neanche dimostrare l'illecito e, potendo contare sulla definitività dell'accertamento dell'Autorità Garante della Concorrenza, potrà limitarsi a dimostrare esclusivamente il nesso di causalità, oltre che l'esistenza e la quantificazione del danno asseritamente subito.

vanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento "critico" degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria. È del resto implausibile che il legislatore abbia voluto, con un'espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale inverteatosi da tempo e faticosamente nel diritto vivente. Tale interpretazione della disposizione è l'unica conforme al principio della tutela piena ed effettiva "secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" (art. 1 del c.p.a.). Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza sinergica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso infatti recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice ed a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce».

³⁰ Il cui provvedimento non sia stato impugnato o sia stato confermato in via definitiva dal giudice amministrativo.

Merita attenzione anche la soluzione adottata dal legislatore in riferimento alle decisioni definitive di accertamento di una violazione del diritto della concorrenza adottate da un'Autorità Garante della Concorrenza o dal giudice del ricorso di altro Stato membro. L'art. 9 § 2 della Dir. Ue 104/2014, infatti, prevede che tali decisioni abbiano valore di prova dell'esistenza della violazione accertata, da valutare, se del caso, insieme ad altre prove prodotte dalle parti (mentre nella originaria proposta di Direttiva l'effetto vincolante era esteso anche alle decisioni definitive adottate dalle Autorità Garanti della Concorrenza di altri Stati membri); la decisione di confinare all'ambito probatorio gli effetti delle suddette decisioni deriva evidentemente dalle preoccupazioni relative alla disomogeneità dei diritti di difesa nell'ambito dei diversi Stati membri³¹.

L'art. 9 § 2 della Dir. Ue 104/2014 è stato recepito in Italia con l'art. 7 c. 2 D.lgs. n. 3/2017, ai sensi del quale la decisione con cui un'Autorità Garante della Concorrenza o il giudice del ricorso di un altro Stato membro abbiano accertato una violazione del diritto della concorrenza «costituisce, prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove».

IV. La richiesta di assistenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella quantificazione del danno

Un'ulteriore novità in tema di cooperazione tra le Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri e i giudici civili nazionali, è prevista all'art. 17 § 3 Dir. Ue 104/2014, relativamente alla quantificazione del danno. Tale disposizione impone agli Stati membri di provvedere affinché le Autorità Garanti della Concorrenza possano, su richiesta dei giudici nazionali, prestare assistenza in loro favore riguardo alla «determinazione quantitativa del danno», e sempre che esse considerino «appropriata tale assistenza».

La richiamata previsione è stata recepita all'art. 14 c. 3 D.lgs. n. 3/2017, che prevede la facoltà per il giudice civile di chiedere assistenza all'Autorità Garante della Concorrenza attraverso la formulazione di «specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno». L'AGCM, non è però obbligata a dar seguito alla richiesta potendo rifiutarsi di procedere qualora ritenga che «l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza» (fermo restando l'onere di motivare il proprio diniego).

Attraverso la richiamata disciplina il legislatore nazionale, nel recepire l'indicata previsione della Direttiva, si è, da un lato, discostato dalla formulazione letterale e, dall'altro lato, si è astenuto dal fornire alcune indicazioni sul coordinamento del nuovo istituto con gli strumenti tipici della disciplina processual-civilistica. Quanto alla formulazione letterale, il legislatore nazionale ha previsto che l'attività di assistenza deve riguardare «specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno». Sul punto occorre

³¹ Durante i lavori di approvazione della Dir. Ue 104/2014 si era, infatti, dubitato della compatibilità dell'effetto vincolante delle decisioni di infrazione definitive adottate dalle autorità garanti della concorrenza di altri Stati membri, con la giurisprudenza della Corte EDU del 27 settembre 2011, "Menarini Diagnostic c. Repubblica Italiana", che impone uno *standard* minimo di tutela giurisdizionale.

precisare che spetta al giudice, in ultima analisi, la determinazione concreta del danno cagionato alle posizioni specifiche delle parti che hanno intentato l'azione. Le valutazioni espresse dall'AGCM, infatti, avranno la medesima efficacia di quelle di un consulente d'ufficio; in ipotesi, il giudice potrà, quindi, in applicazione del principio della libera valutazione delle prove *ex art.* 116 c.p.c., disattendere in base ad una congrua e argomentata motivazione.

Il legislatore nazionale ha inoltre ommesso di specificare il tipo di rapporto intercorrente tra la richiesta di assistenza all'AGCM e la consulenza tecnica d'ufficio. Al riguardo, si può osservare che, se da un lato sono entrambi strumenti di ausilio tecnico del giudice civile, implicanti la conoscenza di nozioni di scienza specialistica, è altresì, indiscutibile, dall'altro lato, che l'Autorità Garante della Concorrenza, oltre a disporre di una maggiore esperienza derivante dalla prossimità ai fatti rilevanti negli illeciti, è portatrice dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e del mercato e, quindi, non è in posizione di "terzietà" soprattutto nei casi in cui la richiesta di assistenza riguarda azioni di *follow on*. Ne consegue, pertanto, che il rapporto tra la richiesta di assistenza all'AGCM e la consulenza tecnica d'ufficio deve essere inquadrato in termini di "complementarietà" e non di "alternatività".

Si rileva, da ultimo, che il giudice civile oltre a individuare, sentita l'AGCM, le "forme" e le "modalità" con le quali quest'ultima è chiamata a prestare l'assistenza richiesta, dovrà precisare anche le "forme" e i "modi" attraverso i quali assicurare il contraddittorio tra le parti sulle indicazioni formulate dall'Autorità Garante della Concorrenza, presumibilmente con forme e modalità analoghe a quelle previste dall'art. 195 c. 3 c.p.c. riguardo all'attività prestata dal consulente tecnico d'ufficio.

V. La valutazione dei precedenti giudiziari nel procedimento avanti all'Autorità Garante della Concorrenza

Le diverse finalità e il non omogeneo ambito di applicazione degli accertamenti dell'AGCM nell'espletamento dei propri compiti di attuazione del *private enforcement* rispetto alle possibili concorrenti decisioni del giudice ordinario non impediscono, in linea di principio, che quest'ultimo sia chiamato a pronunciarsi riguardo a un illecito *antitrust* a prescindere da un previo intervento dell'AGCM.

Pertanto, sebbene più limitate in numero nella pratica (per una pluralità di ragioni e, *in primis*, per le notevoli difficoltà connesse all'allegazione e alla prova dei fatti costitutivi della pretesa), si suole affiancare alle azioni *follow on* le azioni *stand alone*, ossia quelle che non presuppongono una previa valutazione dell'illecito denunciato da parte dell'AGCM.

Pertanto, se da un punto di vista teorico la cognizione del giudice civile in caso di azioni *stand alone* è piena e non soggetta a limitazioni di sorta, dal punto di vista probatorio tali azioni si presentano particolarmente problematiche, in quanto l'attore asseritamente danneggiato non potrà avvalersi delle risultanze istruttorie acquisite in sede amministrativa.

Nelle azioni *stand alone* l'attore dovrà pertanto fornire adeguata prova diretta della propria pretesa dimostrando, in applicazione dei principi in tema di responsabilità civile da danno ingiusto, la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale o dell'abuso di posizione dominante, il danno subito e il relativo nesso di causalità che lega quest'ultimo all'illecito denunciato.

In tale contesto, il tema della valutazione da parte dell'AGCM delle eventuali decisioni, anche di carattere cautelare, adottate dal giudice ordinario in merito

a fattispecie identiche o simili rispetto a quelle oggetto di indagine, si profila, dal punto di vista sistematico, esattamente simmetrico alla situazione inversa affrontata nel precedente paragrafo III.

Infatti, considerata l'autonomia dell'accertamento tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, l'AGCM potrà senz'altro includere le decisioni adottate dai giudici civili nazionali e euro-unitari in casi contigui con quelli oggetto di indagine tra gli elementi di analisi raccolti nella fase istruttoria, senza tuttavia essere vincolata in alcun modo alle valutazioni e alle conclusioni formulate da questi ultimi.

Pertanto, appare corretto inquadrare la relazione tra l'istruttoria che dovrà compiere l'AGCM e l'eventuale acquisizione di decisioni e/o provvedimenti del giudice civile, anche di natura cautelare, in termini di accertamento fattuale e analisi del materiale probatorio.

A. TROTTA

Bibliografia

M. Carpagano, «Commento all'art. 1 del D.lgs. 3/2017», in F. Arena – R. Chieppa (a cura di), *Codice della Concorrenza*, Milano, 2023, p. 1124 ss.; R. Chieppa, «Commento all'art. 7 del D.lgs. 3/2017», in F. Arena – R. Chieppa (a cura di), *Codice della Concorrenza*, Milano, 2023, p. 1173 ss.; R. Chieppa, «Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: la complementarità tra private e public enforcement», in *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea (Atti del VI convegno biennale di Trento)*, Napoli, 2017, p. 39 ss.; R. Chieppa, «Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM», in *Dir. ind.*,

2016, p. 314 ss.; F. Cintioli, «Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia», in *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea (Atti del VI convegno biennale di Trento)*, Napoli, 2017, p. 169 ss.; P. Comoglio, «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.*, 2017, 3, p. 991 ss.; M. De Cristofaro, «Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement», in *Ann. it. dir. aut.*, 2015, p. 100 ss.; A. Frignani, «La difesa disarmata nelle cause di follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa», in *Mer. conc. e reg.*, 2013, 3, p. 429 ss.; B. Giliberti, «Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della Dir. antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici», in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 1, p. 77 ss.; F. Goisis «L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali», in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2020, p. 45 ss.; S. Lopopolo, «Il recepimento italiano della Dir. 2014/104/UE sul private enforcement antitrust», in *Federalismi*, 2017; P. Manzini, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017; G. Muscolo, «*Competition institutional design: private vs public enforcement*», in V. Falce (a cura di) *Competition Law Enforcement in Digital Markets*, Torino, 2021, p. 179 ss.; G. Muscolo, «Il nuovo assetto istituzionale del private enforcement in Italia e nell'Unione Europea: la cooperazione tra public e private enforcement», in *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea (Atti del VI convegno biennale di Trento)*, Napoli, 2017, p. 11 ss.; M. Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. II. La tutela*

della concorrenza innanzi al giudice civile, Torino, 2012; B. Rabai, «La conclusione del procedimento sanzionatorio *antitrust* mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra *public* e *private enforcement*», in *Dir. amm.*, 2018, 1, p. 165 ss.; N. Rangone, «D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici», in *Le Nuov. leg. civ. comm.*, 2018, 1, p. 255 ss.; G. Parodi, «L'accertamento definitivo dell'illecito *antitrust* nella nuova disciplina del *private enforcement*. Su alcune questioni di rilievo costituzionale», in *Contratto e Impresa*, 4/2021, p. 1141 ss.; A. Romano, «L'attuazione delle regole di concorrenza fra *private* e *public enforcement*: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle Autorità Indipendenti», in *Il giusto processo civile*, 3/2022, p. 665 ss.; R. Rordorf, «Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno *antitrust*», in

Le soc., 2014, 7, p. 784 ss.; M. Siragusa, «L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano», in *Conc. e merc.*, 2014, p. 297 ss.; C. Schepisi, «*Public* e *private enforcement* nel settore *antitrust* e degli aiuti di Stato tra convergenze e divergenze. La circolarità dei principi e il dialogo tra le Corti», in V. Falce (a cura di) *Competition Law Enforcement in Digital Markets*, Torino, 2021, p. 191 ss.; M. Trimarchi, «La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella *Dir. antitrust private enforcement*», in *Ann. it. dir. aut.*, 2015, 1, p. 204 ss.; G. Villa, «L'attuazione della *Dir.* sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza», in *Il Corr. giur.*, 2017, 4, p. 441 ss.

I RAPPORTI TRA COMMISSIONE, AUTORITÀ NAZIONALI E GIUDICI NEL SETTORE ANTITRUST

Sommario: **I.** Introduzione: il decentramento dell'*enforcement* delle norme dell'UE in materia di concorrenza. – **II.** Il ruolo della Commissione europea quale garante della coerente applicazione degli artt. 101-102 TFUE. – **III.** Il funzionamento del Comitato consultivo. – **IV.** Il ruolo delle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. – **V.** La rete delle autorità europee di concorrenza. – **VI.** Scambio di informazioni e assistenza tra i membri dell'*ECN*. – **VII.** Il ruolo dei giudici nazionali. **VIII.** Forme di cooperazione tra Commissione e giudici e tra autorità nazionali e giudici.

I. Introduzione: il decentramento dell'*enforcement* delle norme dell'UE in materia di concorrenza

L'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE si fonda su un sistema decentrato di *enforcement*, nell'ambito del quale agiscono la Commissione europea, le autorità nazionali di concorrenza (di seguito anche ANC) e i giudici degli Stati Membri, in stretto raccordo, secondo quanto previsto dal Reg. CE 1/2003 (di seguito anche il Regolamento o Reg. 1/03)¹. L'applicazione

decentrata delle regole di concorrenza ha rappresentato una radicale riforma del regime previgente², da un lato dotando tali soggetti di nuovi poteri, dall'altro prevedendo forme di stretta cooperazione tra Commissione, ANC e giudici nazionali, in modo da favorire una maggiore efficacia ed efficienza dell'*enforcement* delle regole dell'UE in materia di concorrenza, salvaguardandone al contempo coerenza e uniformità. Il processo di modernizzazione delle regole di concorrenza, iniziato nel 1999 con la pubblicazione del Libro bianco³ e portato a termine con l'entrata in vigore del Reg. 1/03, ha infatti previsto, tra gli aspetti qualificanti della riforma, l'eliminazione della competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'art. 101(3), nella prospettiva di una diversa ripartizione di funzioni tra Commissione, autorità e giudici nazionali nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Nel passaggio ad un sistema di eccezione legale, delineato

Comunicazioni interpretative e Linee direttrici. In particolare, la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (G.U. C-101, 27 aprile 2004, p. 43); la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 54); le Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 81); le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (G.U. C-101 del 27 aprile 2004, p. 97).

² Delineato dal Reg. CEE n. 17/1962 del 6 febbraio 1962.

³ Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, (1999/C 132/01).

¹ Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1) è entrato in vigore il 1° maggio 2004. Cfr. inoltre il Regolamento (CE) n. 773/2004, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE (G.U. L 123 del 27 aprile 2004, p. 18), nonché alcune

dall'art. 1.2 del Reg. 1/03, i giudici degli Stati membri e le autorità nazionali di concorrenza sono stati dunque chiamati ad applicare direttamente anche l'art. 101(3): la legittimità e la validità di una intesa non dipende più pertanto dalla circostanza che essa sia stata notificata alla Commissione europea e che quest'ultima si sia espressa in merito alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 101(3) TFUE.

Il secondo profilo maggiormente qualificante della modernizzazione delle regole di concorrenza è stata la previsione di meccanismi volti ad assicurare una uniforme e coerente applicazione del diritto euro-unitario rispetto alla possibile applicazione parallela, ad uno stesso caso, di norme nazionali di concorrenza. In particolare, l'art. 3.1 del Reg. 1/03 ha introdotto l'obbligo, non previsto nel sistema previgente, di applicare (anche) le disposizioni del Trattato ai casi che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri⁴. Tale disposizione, volta ad evitare una rinazionalizzazione della politica di concorrenza, va letta alla luce della giurisprudenza euro-unitaria che ha costantemente dato una interpretazione ampia della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, ritenendo che gli artt. 101 e 102 TFUE siano applicabili a tutte le fattispecie che hanno un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi all'interno del territorio dell'Unione, nella misura in cui tale influenza sia sensibile⁵. Il paradigma

viene completato dall'art. 3.2 del Reg. 1/03 che sancisce il principio del primato del diritto unionale, con distinte previsioni per le intese e le condotte unilaterali.

Il sistema decentrato di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, disegnato dal Reg. 1/03, basa il suo efficace funzionamento sulla previsione di una serie di meccanismi di cooperazione sia tra Commissione e autorità nazionali nell'ambito della Rete europea della concorrenza (*European Competition Network, ECN*), sia tra Commissione, autorità e giudici nazionali, che verranno trattati nei paragrafi che seguono, volti ad assicurare coerenza e uniformità alla complessiva attività di *enforcement* (sia essa *public* o *private*), delle regole di concorrenza. È innegabile, infatti, che l'esigenza di promuovere un'applicazione coerente delle norme di concorrenza in un sistema multilivello basato su una pluralità di attori e sulla complementarità delle norme e dei meccanismi di tutela rappresenta il presupposto stesso di un effettivo ed efficace funzionamento dell'intero sistema di *enforcement* antitrust, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di uniformità nella sua applicazione.

Infine, la Direttiva ENC+, prevedendo addizionali poteri investigativi, decisori e sanzionatori che le ANC possono esercitare nei procedimenti condotti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, nonché più incisive garanzie di indipendenza da eventuali interferenze dei poteri pubblici o di parti private, ha ulteriormente rafforzato il ruolo delle ANC nel garantire

⁴ Corte di Giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba*, C-17/10, par. 83, in cui viene osservato che "a differenza di quanto aveva inizialmente proposto la Commissione, l'articolo 3 del regolamento n. 1/2003 consente di continuare ad applicare ad un solo e unico caso tanto le norme di diritto dell'Unione in materia di concorrenza ... quanto la legislazione nazionale in tale materia".

⁵ *Ex multis*, Tribunale UE, 22 ottobre 1997, *SCK and FNK v. Commission*, T-213/95 e T-18/96, par. 177 ss.; Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica*

Gabrielli SpA, C-79/90; Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, *GT-Link A/S contro De Danske Statsbaner (DSB)*, C-242/95; Corte di Giustizia, 25 ottobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwespfalz*, C-475/99, par. 38 ss.. Tale interpretazione giurisprudenziale è stata peraltro esplicitata al par. 21 ss. della Comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, (G.U.U.E. 27 aprile 2004, C 101, 81-96).

un'applicazione coerente e uniforme delle regole euro-unitarie di concorrenza.

II. Il ruolo della Commissione europea quale garante della coerente applicazione degli artt. 101-102 TFUE

Nonostante la Commissione condivida con le autorità di concorrenza nazionali e i giudici la competenza ad applicare le norme *antitrust* del Trattato, essa mantiene un ruolo pivotale sia nella individuazione delle linee generali di politica della concorrenza sia nell'*enforcement*.

In relazione al primo profilo, gli strumenti di *policy* che restano di competenza esclusiva della Commissione sono: il potere di adottare regolamenti di esenzione per categoria in applicazione dell'art. 101(3), attribuito alla Commissione da specifici regolamenti del Consiglio⁶ (per la trattazione dei quali si rinvia ad altra sezione di questo libro), le comunicazioni/linee direttrici interpretative, nonché le decisioni di "*constatazione di inapplicabilità*", previste dall'inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE del Reg. 1/03, con le quali viene attestata in casi individuali l'inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Il Regolamento chiarisce che questo potere può essere esercitato "*in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario*"⁷. La *ratio* delle decisioni *ex art. 10 del Reg. 1/03* è dunque quella di promuovere un'applicazione coerente degli articoli 101 e 102 del TFUE, in particolare nei casi che pongono questioni emergenti la cui valutazione non sia

consolidata, contribuendo alla certezza del diritto. Si tratta dunque del potere di svolgere appositi interventi chiarificatori circa l'applicazione delle regole di concorrenza a determinate fattispecie, potere che è proprio solo della Commissione in quanto "custode dei Trattati". Ad oggi, tuttavia, la Commissione non ha mai ritenuto necessario far uso dell'art. 10 del Regolamento.

Per quanto riguarda l'*enforcement*, il Reg. 1/03 da un lato rafforza i poteri decisionali, investigativi e sanzionatori della Commissione rispetto al sistema previgente (per la trattazione dei quali si rinvia ad altra sezione di questo libro), dall'altro prevede che essa operi in stretta cooperazione con le autorità nazionali di concorrenza, mantenendo una responsabilità primaria nell'assicurare la coerente applicazione degli artt. 101-102 TFUE; inoltre, sono stati ampliati i suoi poteri di assistenza ai giudici.

Rinviando ai paragrafi che seguono la trattazione dello scambio di informazioni all'interno della rete *ECN*, necessario a consentire alla Commissione di svolgere questa funzione, le ANC devono informare per iscritto la Commissione delle loro iniziative sia in fase di avvio di nuovi procedimenti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE che di conclusione degli stessi, con accertamento di infrazione, accettazione di impegni o revoca di una esenzione per categoria, almeno 30 giorni prima della decisione finale (art. 11.3 e 11.4 del Reg. 1/03). La Commissione può formulare osservazioni scritte sulle decisioni finali che le ANC prospettano di aver intenzione di assumere, al fine di assicurare un'applicazione efficace e uniforme delle regole dell'UE in materia di concorrenza.

Del resto, come sarà chiarito più avanti, questo scambio di informazioni nel corso di procedimenti condotti dalle autorità nazionali si inserisce in un contesto molto più fitto di occasioni di dialogo e confronto tra la Commissione e le altre autorità della Rete su questioni

⁶ Per quel che rileva in questa sede, con il passaggio al sistema di eccezione legale, lo strumento dei regolamenti di esenzione ha assunto un ruolo dichiarativo e non più costitutivo.

⁷ Considerando 14, Reg. 1/03.

poste dall'attività di *enforcement* nei diversi settori, nell'ambito di gruppi di lavoro *ad hoc*. In questi ambiti, la Commissione può promuovere la discussione su temi sia sostanziali che procedurali che eventualmente richiedano un maggiore coordinamento all'interno della Rete, con un riverbero positivo sulla coerenza delle decisioni assunte dalle ANC.

In ogni caso, al fine di assicurare *“un'applicazione coerente delle regole di concorrenza e al contempo una gestione ottimale della rete”*⁸, l'avvio di un procedimento istruttorio da parte della Commissione⁹ priva le ANC della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE in relazione alle stesse infrazioni (art. 11.6 del Reg. 1/03). La giurisprudenza ha chiarito che la perdita di competenza da parte delle ANC avviene *“se e nella misura in cui tale atto formale verte sulle stesse presunte violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, commesse dalla stessa o dalle stesse imprese sullo stesso o sugli stessi mercati di prodotto e sullo stesso o sugli stessi mercati geografici, nel corso dello stesso o degli stessi periodi, di quelle oggetto del o dei procedimenti precedentemente avviati da tali autorità”*¹⁰. Peraltro, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione non priva, in modo permanente e definitivo, le ANC della competenza ad applicare le norme di concorrenza: la loro giurisdizione è ripristinata una volta terminato il procedimento avviato dalla Commissione¹¹. Le modalità

di esercizio da parte della Commissione del potere di avocazione sono disciplinate dalla Comunicazione sulla cooperazione con le ANC e variano a seconda della fase in cui si trova il procedimento nazionale, diventando più stringenti nel caso in cui esso sia in una fase avanzata.

Un caso recente di applicazione di tale potere di avocazione da parte della Commissione ha interessato l'AGCM che nell'ottobre del 2020 aveva avviato un procedimento nei confronti di Google per una presunta condotta abusiva consistente nell'utilizzo discriminatorio di dati per l'elaborazione delle campagne pubblicitarie di *display advertising*. Nel giugno 2021 la Commissione ha avviato un analogo procedimento¹² e, pertanto, nell'ottobre 2021, l'Autorità ha chiuso la propria istruttoria con un *“non luogo a provvedere”*¹³ in considerazione dell'identità del soggetto autore della condotta, dei mercati interessati e delle condotte oggetto di accertamento da parte della Commissione.

III. Il funzionamento del Comitato consultivo

Prima di adottare qualsiasi decisione individuale volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, l'imposizione di misure cautelari, l'accettazione di impegni, a constatare l'inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, a irrogare una sanzione o una penalità di mora, nonché la revoca del beneficio dell'esenzione per categoria, la Commissione è tenuta a consultare il comitato consultivo in materia

⁸ Considerando 17, Reg. 1/03.

⁹ Come chiarito dalla giurisprudenza, ci si riferisce, a livello formale, *“ad un atto della Commissione con il quale quest'ultima informi un'impresa della propria volontà di avviare un procedimento per l'adozione”* di una decisione di divieto, di misure cautelari, di accettazione di impegni o di constatazione di inapplicabilità (Corte di Giustizia, 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom*, C-857/19, par. 27).

¹⁰ Corte di Giustizia, 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom*, C-857/19, par. 38.

¹¹ Corte di Giustizia, 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e a.*, C-17/10, par. 79 e 80.

¹² Commissione Europea, decisione 22 giugno 2021, AT.40670 – *Google - Adtech and Data-related practices*.

¹³ AGCM, A542 - *Google nel mercato italiano del display advertising*, 12 ottobre 2021, in Boll. n. 43/2021.

di intese e posizioni dominanti, composto dai rappresentanti delle ANC (art. 14, Reg. 1/03). Il Comitato adotta un parere scritto che, benché non vincolante, la Commissione deve tenere “*in massima considerazione*”¹⁴.

Innovando rispetto al previgente regolamento procedurale, il Reg. 1/03 ha previsto che il Comitato possa richiedere la pubblicazione del parere, in allegato alla decisione della Commissione, conferendo maggiore trasparenza al processo decisionale della Commissione.

Una ulteriore novità introdotta dal Reg. 1/03 è rappresentata dalla possibilità di convocare il Comitato per un caso trattato da una autorità nazionale, su richiesta della stessa o della Commissione, senza che sia tuttavia adottato alcun parere. Tale possibilità rappresenta un altro strumento volto a garantire la coerenza e l'uniformità nell'applicazione delle regole di concorrenza.

In alcune circostanze, il Comitato può anche costituire la sede per definire l'attribuzione dei casi. In particolare, quando la Commissione intende avocare un caso ai sensi dell'art. 11.6 del Reg. 1/03 trascorso l'iniziale periodo di attribuzione, il Comitato può essere chiamato a discuterne, prima dell'eventuale avvio del procedimento da parte della Commissione. In tale circostanza, il Comitato, pur non potendo adottare un parere, può comunque rilasciare una dichiarazione informale¹⁵.

Il Comitato viene infine convocato prima dell'adozione di regolamenti, comunicazioni e linee direttrici, consentendo dunque alle ANC di contribuire alla creazione di un quadro di regole condivise.

IV. Il ruolo delle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE

Il potere riconosciuto alle ANC di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE nella loro interezza coniugato alla priorità accordata alla normativa euro-unitaria rispetto a quella nazionale ha consentito al legislatore di raggiungere pienamente l'obiettivo del decentramento applicativo. Nel corso degli anni, infatti, le ANC hanno dimostrato di essere *enforcer* efficaci ed efficienti, cogliendo appieno le opportunità derivanti dal sistema decentrato di competenze parallele. Al riguardo, dall'entrata in vigore del Reg. 1/03, le ANC hanno infatti svolto un ruolo fondamentale nell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato, risultando responsabili per oltre l'85% delle decisioni di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁶.

In un'ottica di armonizzazione degli esiti dell'attività di *enforcement* a livello decentrato, l'art. 5 del Reg. 1/03 enumera le tipologie di decisioni che le ANC possono assumere, ovvero: l'accertamento di una violazione, l'imposizione di misure cautelari, l'accettazione di impegni e l'irrogazione di sanzioni. L'art. 5 prevede, inoltre, che le autorità nazionali possano decidere di non intervenire se, sulla base delle informazioni di cui dispongono, non sussistono i presupposti per un divieto¹⁷.

¹⁶ Commission Staff Working Document, *Evaluation of the Regulations 1/2003 and 773/2004*, 216 final, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-anti-trust-procedural-rules-evaluation_en.

¹⁷ Tale elenco di competenze non ha carattere esaustivo: ad esempio, l'art. 29.2 del Regolamento attribuisce alle ANC la possibilità di adottare decisioni individuali di revoca del beneficio di un'esenzione per categoria all'interno del territorio dello Stato membro di appartenenza (o in una parte di esso che presenti le caratteristiche di un mercato geografico distinto).

¹⁴ Art. 14.5, Reg. 1/03.

¹⁵ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, par. 62.

Nonostante la diretta applicabilità dell'art. 5¹⁸ e la circostanza che sostanzialmente tutte le ANC sono state dotate dei poteri previsti dal Reg. 1/03 sulla base di normative nazionali, permanevano significative divergenze tra giurisdizioni in vari ambiti, segnatamente con riguardo: alla posizione istituzionale delle ANC, in particolare alle diverse garanzie contemplate dalle normative nazionali a presidio della indipendenza e imparzialità dell'autorità di concorrenza; alle procedure utilizzate dalle ANC ai fini dell'esercizio dei loro poteri di indagine e decisionali; alle norme nazionali in materia sanzionatoria. Tali differenze, che rischiavano di pregiudicare la coerenza e l'uniformità nell'*enforcement* a livello dell'UE, nonché l'effettiva portata della cooperazione sia tra Commissione e ANC, sia tra le varie ANC, sono state oggetto di analisi nel rapporto della Commissione sui dieci anni di applicazione del Reg 1/03¹⁹. In particolare, ad esito di una accurata ricognizione dello stato dell'arte in materia di *enforcement* decentrato²⁰, la Commissione ha evidenziava come, proprio in ragione del ruolo fondamentale assunto dalle ANC nell'*enforcement* delle norme dell'UE di concorrenza, fosse necessario garantire ulteriormente la loro indipendenza, assicurare loro la disponibilità di risorse sufficienti e un insieme completo di poteri di indagine e decisionali efficaci, garantire che in tutti gli Stati Membri fosse disponibile il potere di irrogare ammende

efficaci e proporzionate nonché programmi di trattamento favorevole.

Conseguentemente, dopo aver effettuato un'ampia consultazione pubblica²¹, la Commissione ha presentato, nel marzo del 2017, una Proposta di Direttiva²² volta a conferire alle ANC maggiori poteri per renderle più efficaci ed efficienti nell'applicazione delle norme di concorrenza e nell'assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. A conclusione dell'iter legislativo, che ha sostanzialmente preservato l'impianto originario della Proposta (salvo alcuni aspetti concernenti l'applicazione parallela dei programmi di *leniency* da parte delle ANC e della Commissione), l'11 dicembre 2018 è stata approvata la Direttiva (UE) n. 2019/1²³ (di seguito anche Direttiva ECN+), recepita nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 185/2021²⁴. La Direttiva ECN+ ha apportato un significativo rafforzamento del ruolo delle ANC nel garantire un'applicazione coerente e uniforme delle regole euro-unitarie di concorrenza, ciò sia sotto il profilo di più incisive garanzie a presidio della loro imparzialità e indipendenza, sia dotandole

²¹ In particolare, dal novembre 2015 al febbraio 2016, è stato posto in consultazione un questionario contenente alcune questioni generali e un insieme di questioni specifiche. La Commissione ha ricevuto 181 contributi da varie categorie di *stakeholders* che in ampia maggioranza hanno mostrato di condividere l'esigenza di un rafforzamento delle ANC, sotto il profilo delle garanzie di indipendenza, dotazione di risorse adeguate e maggiori poteri.

²² Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, Bruxelles, 22.3.2017 COM(2017) 142 final.

²³ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L11/3).

²⁴ Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 185.

¹⁸ Corte di Giustizia, 3 maggio 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska*, C375/09, par. 34.

¹⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future*, 9 luglio 2014 COM (2014) 453.

²⁰ Commission Staff Working Document, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, SWD (2014) 230/2; Commission Staff Working Document, *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD (2014) 231/2.

di addizionali poteri investigativi, decisori e sanzionatori (per la trattazione dei quali si rinvia ad altre sezioni di questo libro). Altri aspetti, segnatamente quelli concernenti la cooperazione tra le ANC, saranno trattati nei paragrafi successivi.

V. La rete delle autorità europee di concorrenza

Nel contesto del sistema decentrato di *enforcement* delineato dal Reg. 1/03, la Rete europea della concorrenza, *ECN*, costituita dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali di concorrenza²⁵, rappresenta “la sede di discussione e cooperazione in materia di applicazione e di esecuzione degli articoli 101 e 102 TFUE”²⁶. In particolare, la *ECN* costituisce il contesto entro il quale si esplica il coordinamento tra autorità di concorrenza, con riguardo all’assegnazione dei casi e allo svolgimento di attività di mutua assistenza. La *ECN* rappresenta, inoltre, la sede per il confronto tra autorità in materia di politica della concorrenza, nonché per l’assunzione di risoluzioni comuni²⁷.

²⁵ Designate dagli Stati membri ai sensi dell’art. 35, Reg. 1/03.

²⁶ Direttiva ECN+, art. 2.1.5. In termini simili, la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza delinea il ruolo dell’*ECN* nei seguenti termini: “La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse operano nell’interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa”, par. 1.

²⁷ La cooperazione all’interno dell’*ECN* si esplica secondo le regole definite dagli artt. 11, 12, 13, 14 e 22, Reg. 1/03, dalla dichiarazione comune

In un contesto di riparto flessibile di competenze di *enforcement*, talché in linea di principio il medesimo illecito concorrenziale può essere trattato da ciascuna delle autorità della rete, i rapporti di cooperazione tra le stesse sono improntati ai principi di “parità, rispetto e solidarietà”²⁸. Più specificamente, un’efficiente divisione del lavoro, nel delineato sistema flessibile di riparto delle competenze, presuppone l’individuazione dell’autorità meglio posizionata a condurre le indagini sulla base di tre condizioni cumulative: i) la presunta infrazione produce effetti sensibili, siano essi diretti, attuali o prevedibili, ovvero viene attuata o ha origine nel territorio di uno specifico Stato membro; ii) l’autorità è dotata di poteri idonei a far cessare efficacemente l’infrazione, nonché a comminare adeguate sanzioni; iii) l’autorità è in grado di raccogliere, eventualmente con l’assistenza di altre autorità, gli elementi necessari a provare l’infrazione²⁹.

In concreto, un’autorità che intende trattare un caso suscettibile di avere un impatto sul commercio tra Stati Membri ne informa tempestivamente la Rete³⁰, inserendo nel *data base ECN* alcune informazioni di base che consentano alle altre autorità di esprimere o meno il loro eventuale interesse alla trattazione del medesimo caso, anche in parallelo. L’esigenza sottostante a questo obbligo informativo è

del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, nonché dagli artt. 24-28 e 33 della Direttiva ECN+.

²⁸ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, par. 7.

²⁹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, par. 8.

³⁰ Prima o immediatamente dopo l’avvio della prima misura formale di indagine, secondo quanto previsto dall’art. 11.3, Reg. 1/03.

principalmente quello di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli, assicurare che i casi siano trattati dalla/e autorità/e meglio posizionate, nonché risolvere tempestivamente eventuali problemi di riattribuzione (di norma entro due mesi dalla data della prima informativa)³¹. Qualora una fattispecie riguardi mercati transfrontalieri che coinvolgono più di tre Stati membri o diversi mercati nazionali, è la Commissione a risultare nella posizione più idonea a trattare il caso, così come nelle situazioni in cui vi sia una stretta interrelazione con altre disposizioni dell'UE di competenza esclusiva della stessa Commissione o che richiedano un adeguamento della politica di concorrenza, pongano nuove problematiche, nonché più in generale per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza³². Al fine di facilitare il coordinamento tra autorità di concorrenza, nel febbraio 2017 è

stato istituito all'interno della rete ECN un sistema di tempestiva informazione (c.d. sistema di "early warning"), volto ad anticipare la comunicazione formale dell'avvio di un procedimento nei casi che sollevano nuove questioni per le quali non esiste ancora un approccio consolidato nella prassi o nella giurisprudenza e che possono avere un impatto transfrontaliero o anche per i casi che potrebbero avere un impatto mediatico³³.

Un sistema di competenze parallele delle norme euro-unitarie di concorrenza, basato su criteri flessibili di allocazione dei casi, implica che le imprese interessate non possono vantare alcuna posizione giuridica in base alla quale pretendere la trattazione di un determinato caso da parte di una particolare autorità. L'attribuzione dei casi all'interno della Rete costituisce infatti "una semplice divisione del lavoro"³⁴. L'assenza di rilevanza esterna dei criteri di allocazione e trattazione dei casi è stato, anche di recente, ribadito dalla giurisprudenza euro-unitaria che ha espressamente affermato che "le consultazioni e gli scambi che avvengono nell'ambito della rete riguardano solo le autorità pubbliche incaricate di far rispettare il diritto antitrust ... più in generale né il regolamento n. 1/2003 né la comunicazione in questione creano diritti o aspettative in capo ad un'impresa per quanto riguarda il trattamento del suo caso da parte di una determinata autorità per la concorrenza"³⁵.

³¹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, par. 16-19. Eccezionalmente si potrà procedere alla riattribuzione del caso dopo tale periodo iniziale di due mesi solo se i fatti "mutino sostanzialmente". In una recente sentenza, il Tribunale dell'UE ha interpretato questo inciso estensivamente, come "qualsiasi fatto rilevante che emerga nel corso del procedimento". Pertanto, una riallocazione avvenuta dopo tre anni dall'avvio da parte di una ANC a favore della Commissione è stata considerata legittima in quanto, benché la Commissione sia vincolata alle regole che essa stessa si è imposta, la Comunicazione sulla cooperazione non prevede un termine perentorio entro il quale deve avvenire l'attribuzione del caso; in ogni caso, un cambiamento sostanziale dei fatti noti nel corso del procedimento ne giustificava la riassegnazione. Il Tribunale ha inoltre ritenuto che la Commissione avesse sufficientemente motivato perché si fosse discostata dalle regole di massima contenute nella Comunicazione. Peraltro, sebbene la motivazione alla base della riattribuzione del caso non fosse stata inclusa nella decisione di avvio o di conclusione dell'istruttoria, le Ricorrenti sarebbero state sufficientemente informate di tali ragioni nei comunicati stampa rilasciati dalla Commissione (Tribunale UE, 2 ottobre 2024, *Crown Holdings e Crown Cork & Seal Deutschland / Commissione*, T-587/22, par. 52 e ss.).

³² *Ibidem*, par. 14-15.

³³ Cfr. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ECN_meeting_outcome_17022017.pdf. L'esigenza di istituire tale meccanismo si è manifestata a seguito della trattazione da parte di diverse autorità nazionali di casi paralleli nel settore delle prenotazioni on line, con esiti diversi tra Italia, Svezia e Francia che hanno concluso i rispettivi procedimenti rendendo vincolanti gli impegni proposti dalla parte, e la Germania che ha invece adottato un provvedimento di divieto.

³⁴ *Ibidem*, par. 31.

³⁵ Tribunale UE, ordinanza 14 ottobre 2021, *Amazon EU c. Commissione*, T-19/21, par. 48.

Una efficiente divisione del lavoro all'interno della Rete comporta anche che le autorità di concorrenza si possano reciprocamente scambiare informazioni sulle denunce ricevute ancor prima di decidere di trattare o meno un caso. Laddove la Commissione riceva una denuncia concernente un caso che non rientra tra le sue priorità, essa può, sentita l'autorità della Rete che potrebbe essere competente a trattare la denuncia, procedere ad una archiviazione, anche sulla base della circostanza che il caso verrà trattato da altra autorità dell'*ECN*. Ciò presuppone che la denuncia appaia meritevole di essere investigata dall'autorità potenzialmente destinataria del caso e che questa sia nella condizione di trattarla. Nella medesima prospettiva un caso già avviato può essere riallocato avvalendosi della disposizione del Regolamento che prevede che un'autorità possa sospendere o chiudere un procedimento laddove sia all'esame di un'altra autorità della Rete³⁶.

Anche nella fase finale del procedimento istruttorio dinnanzi ad una ANC, il Regolamento prevede rilevanti momenti di coordinamento all'interno della Rete, al fine di garantire che la decisione assunta sia condivisa e coerente rispetto al diritto dell'Unione³⁷. Al riguardo, almeno trenta giorni prima della conclusione di un procedimento volto ad ordinare la cessazione di una infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria, l'autorità nazionale procedente è tenuta a comunicare alla Commissione il tipo di decisione che intende assumere, attraverso l'invio di documenti che espongono la linea di azione proposta e l'inserimento nel

data base della Rete di una sua sintesi. Tale obbligo informativo è volto a consentire alla Commissione di esercitare una valutazione preventiva rispetto alla decisione che l'autorità nazionale sta per adottare, presentando osservazioni (generalmente oralmente per via telematica) ed esercitando, ove necessario, un potere di moral suasion in relazione ad eventuali profili distonici rispetto all'obiettivo dell'uniforme applicazione del diritto euro-unitario della concorrenza. Tale dialogo, trattandosi di scambi all'interno della Rete, è protetto dal segreto d'ufficio e dunque sottratto all'accesso delle parti del procedimento³⁸.

Le radicali trasformazioni del contesto economico – dalla globalizzazione dei mercati alla doppia transizione verde e digitale – rendono sempre più frequenti le situazioni in cui più autorità conducono contemporaneamente procedimenti paralleli. In queste circostanze è necessario rafforzare la consultazione e il coordinamento tra ANC, se del caso anche con il contributo della Commissione al fine di assicurare una più efficiente ed efficace divisione del lavoro all'interno della Rete e una uniforme applicazione degli artt. 101 e/o 102 TFUE. Negli ultimi anni, ciò è avvenuto in una pluralità di occasioni e diverse tra queste hanno coinvolto l'AGCM³⁹. Anche grazie ai meccanismi

³⁸ Art. 28, Reg. 1/03.

³⁹ Oltre al noto caso delle prenotazioni alberghiere (I779 - *Mercato dei servizi turistici-prenotazioni alberghiere on-line*, 23 marzo 2016, in Boll. n. 11/2016), cfr. più di recente le seguenti decisioni dell'AGCM: I842 - *Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon Marketplace*, 16 novembre 2021, in Boll. n. 47/2021; A524 - *Lediant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea*, 17 maggio 2022, in Boll. n. 21/2022; A538 - *Sistemi di sigillatura multidiametro per cavi e tubi*, 18 luglio 2023, in Boll. n. 31/2023; I859 - *Gare di acquisto e forniture di radiofarmaci*, 21 maggio 2024, in Boll. n. 23/2024; A567 - *Mercato degli ABS nelle E-Bike*, 30 luglio 2024, in Boll. n. 31/2024; A561 - *APP Tracking Transparency di Apple*, in corso.

Anche Tribunale UE, 17 dicembre 2014, *Si.mobil/Commissione*, T-201/11 e giurisprudenza ivi citata.

³⁶ Art. 13, Reg. 1/03. Meccanismi analoghi valgono laddove una denuncia sia inviata a più autorità di concorrenza.

³⁷ Art. 11.4, Reg. 1/03.

di cooperazione all'interno della Rete, tali procedimenti si sono conclusi con decisioni che, nel complesso, pur rispondendo a diversi approcci, si sono basate su una convergente teoria del danno concorrenziale che ha condotto a misure volte ad orientare le condotte degli operatori in analoga direzione. In alcuni casi, la Rete ha poi svolto un monitoraggio degli effetti di tali decisioni, concludendo che esse si sono rivelate complessivamente idonee a migliorare le condizioni concorrenziali e ad ampliare le possibilità di scelta dei consumatori⁴⁰. In ogni caso, sebbene i procedimenti paralleli rappresentino indubbiamente un costo per le imprese (essenzialmente di natura procedurale) e, almeno in linea teorica, anche un rischio di esiti divergenti, la giurisprudenza euro-unitaria ha ritenuto che *“la tutela contro i procedimenti paralleli non implica alcun diritto per l'impresa a che il caso sia integralmente trattato dalla Commissione”*⁴¹. Peraltro, l'interpretazione stessa da parte della Corte di Giustizia della nozione di procedimenti paralleli è stata restrittiva, essendo tali solo quelli *“riguardanti le stesse imprese per le medesime condotte asseritamente anticoncorrenziali, intervenute sullo stesso o sugli stessi mercati di prodotto e geografici nel corso dello stesso o degli stessi periodi”*⁴².

Infine, la consultazione e il coordinamento all'interno della Rete sono particolarmente necessari in presenza di cartelli sovranazionali che diano origine a parallele domande di clemenza a diverse autorità della concorrenza in applicazione dei rispettivi programmi di *leniency*. Allo scopo di armonizzare i principali elementi delle politiche

di clemenza dei membri dell'*ECN*, evitando che discrepanze tra i programmi nazionali potessero scoraggiare le imprese dal denunciare i cartelli, già dal 2006 è stato adottato il modello *ECN* di programma di clemenza (*ECN Model Leniency Program - MLP*), che prevede anche la possibilità per le imprese che intendono avvalersi del programma di clemenza, in relazione allo stesso cartello riguardante più Stati Membri, di presentare una domanda completa alla Commissione e domande semplificate alle ANC potenzialmente interessate. Nonostante alcune modifiche apportate nel 2012 per facilitare l'utilizzo di tale strumento (estendendo l'uso delle domande semplificate e prevedendone la standardizzazione⁴³), restavano significative differenze tra i programmi di clemenza nazionali, che creavano incertezza giuridica, rischiando di pregiudicare l'efficacia delle azioni di contrasto ai cartelli⁴⁴. La Direttiva (UE) 2019/1 ha pertanto definito norme di armonizzazione massima dei programmi di clemenza (artt. 17-23), in particolare per quanto riguarda: le condizioni che il richiedente l'immunità deve soddisfare per poter fruire del trattamento favorevole, tra le quali la tipologia di informazioni da fornire all'autorità della concorrenza; le modalità di presentazione delle richieste di trattamento favorevole e la loro collocazione cronologica nell'elenco delle richieste ricevute dall'autorità; le condizioni per poter presentare domande semplificate da parte di imprese in presenza di una domanda completa dinanzi alla Commissione (per la trattazione, v. VOCE I PROGRAMMI DI *LENIENCY* ED IL LORO RILIEVO PER IL PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT).

⁴⁰ Cfr. *Report on the monitoring exercise carried out in the on line booking sector by EU Competition Authorities in 2016*, http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf.

⁴¹ Corte giust., 20 aprile 2023, *Amazon EU c. Commissione*, C-815/21 P, par. 35.

⁴² Corte giust., 20 aprile 2023, *Amazon EU c. Commissione*, C-815/21 P, par. 31.

⁴³ Cfr. http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

⁴⁴ Considerando 50, Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, cit..

Rinviando al paragrafo successivo la trattazione delle norme che riguardano lo scambio di informazioni e l'attività di assistenza tra autorità ai fini dell'acquisizione di elementi probatori, le Rete ECN ha anche assunto un ruolo centrale quale *forum* per la discussione e lo sviluppo delle politiche della concorrenza. A questi fini, il confronto all'interno della Rete è articolato a vari livelli, in molteplici gruppi di lavoro settoriali o orizzontali. La sede di confronto più autorevole è rappresentata dagli incontri semestrali dei vertici della autorità di concorrenza dell'ECN, dove vengono discussi i principali temi di politica della concorrenza ed elaborati orientamenti condivisi che possono sfociare anche nella adozione di raccomandazioni e risoluzioni comuni⁴⁵.

VI. Scambio di informazioni e assistenza tra i membri dell'ECN

Come già accennato, lo scambio di informazioni tra autorità della Rete è necessario per l'individuazione dell'autorità meglio posizionata a trattare uno specifico caso. Oltre a consentire una efficiente divisione del lavoro, la possibilità di scambiare informazioni all'interno dell'ECN, rappresenta anche uno strumento fondamentale per rafforzare l'attività di *enforcement* della Rete, consentendo l'acquisizione di mezzi di prova da parte di una autorità per conto di un'altra autorità. Questa possibilità rappresenta un elemento di novità del Reg. 1/03 che, innovando rispetto al sistema previgente, ha infatti previsto all'art. 12 l'utilizzabilità come mezzo di prova di qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate.

La disciplina introdotta dall'art. 12 del Reg. 1/03 definisce finalità e limiti allo scambio e all'utilizzo delle informazioni acquisite e prevale su qualsiasi norma nazionale contraria⁴⁶. In particolare, le informazioni scambiate possono essere usate come mezzo di prova unicamente per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e avendo riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state acquisite dall'autorità che le trasmette. Pertanto, non tutto ciò che può essere trasmesso, può essere anche utilizzato come mezzo di prova; in altri termini, la categoria dei documenti trasmissibili è più ampia di quella dei documenti utilizzabili a fini probatori e comprende anche elementi informativi di *intelligence*, idonei a dare lo spunto all'autorità ricevente per effettuare proprie indagini su condotte aventi un oggetto diverso rispetto a quello considerato dall'autorità che ha li ha trasmessi, sempre comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 101 e 102 TFUE.

Le informazioni scambiate possono essere utilizzate anche per l'applicazione delle norme di concorrenza nazionali purché tali norme siano applicate al medesimo caso in parallelo a quelle euro-unitarie e non conducano a risultati diversi (art. 12.2 del Reg. 1/03). La *ratio* di tali limitazioni è da ricondurre alla salvaguardia dei diritti di difesa delle parti, che sarebbero invece compressi laddove documenti acquisiti da un'autorità nell'ambito di un procedimento finalizzato all'accertamento di determinate violazioni delle norme *antitrust* fossero utilizzati da un'altra autorità come base per contestazioni di illeciti del tutto diversi⁴⁷. In ogni caso, ancorché il requisito dell'analogia dell'oggetto possa

⁴⁶ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, par. 27.

⁴⁷ Cfr. G. Hirsch, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008, p. 1660 ss.

⁴⁵ Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

prestarsi ad essere interpretato in modo più o meno estensivo⁴⁸, l'utilizzo dell'informazione scambiata viene svincolato dall'ambito procedimentale nel quale è stata raccolta⁴⁹. L'uso delle informazioni a fini probatori è soggetto a condizioni più stringenti nei casi in cui siano comminate sanzioni a persone fisiche (art. 12.3 del Reg. 1/03 e par. 28 della Comunicazione sulla cooperazione).

Le esigenze di riservatezza delle informazioni scambiate sono ulteriormente garantite dalla disciplina generale del segreto di ufficio, di cui all'art. 28 del Reg. 1/03, che vincola Commissione e autorità degli Stati membri, nonché i loro agenti, a non divulgare le informazioni acquisite e scambiate ai sensi del Regolamento. Si tratta di una previsione molto ampia che mira a stabilire un regime di protezione uniforme a livello europeo, di modo che lo scambio di informazioni non venga ostacolato dall'eventuale esistenza di differenze tra regimi nazionali di protezione della riservatezza. Le informazioni scambiate all'interno del Rete saranno pertanto sottratte all'accesso, salvo che non siano necessarie a comprovare una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Se dunque lo scambio di informazioni è volto ad accrescere l'efficacia dell'*enforcement*, consentendo che un'autorità, nell'accertare un illecito, possa avvalersi anche di elementi documentali in parte localizzati al di fuori del suo raggio d'azione, ai medesimi fini, ma in termini ancor più operativi, agisce la previsione di cui all'art. 22.1 del Reg. 1/03 che prevede l'assistenza reciproca tra ANC nella conduzione di accertamenti

ispettivi o di altre misure di acquisizione dei fatti, avvalendosi dei poteri loro conferiti dai rispettivi ordinamenti nazionali. A differenza dell'assistenza nei confronti della Commissione, quella prestata ad un'altra ANC non è un'attività vincolata, anche se nei fatti viene normalmente prestata in ossequio al generale principio di cooperazione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, di cui all'art. 11 del Reg. 1/03.

Il ricorso a tale disposizione è stato reso più agevole dall'entrata in vigore della Direttiva ECN+, che da un lato ha assicurato una maggiore convergenza tra i poteri investigativi delle ANC, dall'altro ne ha ampliato l'ambito oggettivo di applicazione, estendendo il novero delle fattispecie in cui le ANC possono prestarsi assistenza reciproca anche alla verifica dell'ottemperanza da parte delle imprese e associazioni di imprese alle decisioni assunte dall'autorità richiedente, incluse quelle che dispongono misure interinali e le decisioni con impegni (art. 24). Inoltre, innovando rispetto al precedente regime, i funzionari dell'ANC richiedente potranno assistere e partecipare "attivamente" all'accertamento ispettivo o all'audizione effettuata dall'autorità adita.

Sebbene la Direttiva ECN+ ha assicurato una maggiore convergenza tra ordinamenti nazionali, consentendo a tutte le ANC di agire con pari capacità operativa, l'autorità che effettua accertamenti per conto di un'altra è soggetta alle proprie norme nazionali. Questo ha varie implicazioni: da un lato l'autorità che presta assistenza può utilizzare tutti i poteri investigativi conferitele dalle norme nazionali, anche se essi differiscono da quelli dell'autorità richiedente; dall'altro quest'ultima è tenuta ad offrire tutti gli elementi necessari a soddisfare gli standard per l'azione ispettiva esistenti nel paese nel quale questo tipo di accertamento viene richiesto.

La Direttiva ha inoltre provveduto a colmare alcune lacune nei meccanismi di

⁴⁸ Con riguardo, ad esempio, a variabili quali l'identità di tutte le parti o dell'ambito territoriale e temporale dell'illecito o dei singoli prodotti interessati piuttosto che della categoria alla quale essi appartengono; o ancora, con riguardo alla qualificazione dell'illecito.

⁴⁹ Cfr. C.D. Piro, *Scambio di informazioni*, in F. Arena, R. Chieppa, *Codice della Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2023.

cooperazione tra ANC in aree di estrema rilevanza per un efficace *enforcement* delle regole di concorrenza, prevedendo sia la notifica transfrontaliera da parte dell'autorità adita di atti procedurali e altri documenti relativi all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE alle parti del procedimento condotto dall'autorità richiedente, sia l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni che irrogano ammende o penalità di mora, qualora l'impresa alla quale tali decisioni sono indirizzate sia stabilita in un diverso Stato membro rispetto all'autorità procedente/richiedente (artt. 25-26 della Direttiva ECN+). A queste richieste viene data esecuzione "senza indebito ritardo" mediante uno strumento uniforme che contiene alcune informazioni standard, corredato da una copia dell'atto da notificare o a cui dare esecuzione (art. 27 della Direttiva ECN+). Nel caso di richieste di esecuzione di decisioni che impongono sanzioni, l'autorità richiedente deve aver prima accertato che l'impresa o l'associazione di imprese non disponga nel proprio territorio di beni sufficienti da assicurarne il recupero. Queste disposizioni consentono di superare i complessi adempimenti precedentemente richiesti per la notifica internazionale, nonché gli ostacoli al recupero delle sanzioni irrogate dalle ANC ad imprese stabilite in altri Stati Membri.

VII. Il ruolo dei giudici nazionali

Con l'entrata in vigore del Reg. 1/03, anche i giudici, come le autorità di concorrenza nazionali, possono applicare, oltre all'art. 102 TFUE, anche l'art. 101 TFUE per intero, comprensivo del § 3 (art. 6, Reg. 1/03)⁵⁰. Al fine di evitare

che l'abolizione della competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'art. 101(3) TFUE potesse portare a una nazionalizzazione della politica di concorrenza, l'art. 3.1 del Reg. 1/03 ha imposto non solo alle autorità di concorrenza ma anche ai giudici nazionali di applicare gli artt. 101 e/o 102 TFUE (eventualmente congiuntamente alle norme nazionali) in tutti i casi in cui possa verificarsi un pregiudizio, anche solo potenziale, al commercio tra Stati Membri. Il paragrafo seguente (art. 3.2, Reg. 1/03) preclude ai giudici, così come alle autorità nazionali di concorrenza, di applicare leggi nazionali più restrittive ad accordi o pratiche concordate che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE.

Rispetto al precedente regolamento (Reg. 17/62) che non conteneva alcuna specifica previsione sulle giurisdizioni nazionali, uno degli elementi maggiormente rilevanti della modernizzazione è stato proprio il riconoscimento dell'essenzialità del ruolo dei giudici per assicurare una efficace applicazione del diritto della concorrenza, valorizzandone la funzione specifica di tutela dei diritti soggettivi garantiti dal diritto euro-unitario nelle controversie fra privati, in un'ottica di complementarità tra *public* e *private enforcement* (considerando 7 e art. 6 del Reg. 1/03). Un'azione dinanzi alle giurisdizioni nazionali può infatti consentire ai ricorrenti di conseguire vari risultati, non ottenibili in sede di *public enforcement*, tra i quali assume primaria rilevanza il riconoscimento del risarcimento di un danno subito a causa di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Fin dalla prima metà degli anni '70, la Corte di Giustizia ha svolto un ruolo essenziale nel definire i principi del *private enforcement* e gli obblighi discendenti

⁵⁰ Precedentemente, infatti, potevano accertare la nullità di un contratto ai sensi dell'art. 101(2) ma non dichiarare l'inapplicabilità dell'art. 101(1) ai sensi

del paragrafo 3. Cfr. Corte giust., 27 febbraio 1991, *Delimitis/Henninger Brau AG*, C-234/89.

in capo ai giudici nazionali, affermando che i divieti antitrust sanciti dal Trattato, in quanto volti a produrre effetti diretti nei rapporti tra i singoli, conferiscono a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare⁵¹. L'effetto utile di tali norme esige infatti, secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, che "chiunque" possa chiedere il pieno risarcimento del danno causatogli da un'infrazione alla normativa *antitrust*⁵².

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha dunque rappresentato la cornice di riferimento per l'applicazione delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali, lasciando alla sovranità di ciascuno Stato membro la definizione delle condizioni e delle regole procedurali per l'esercizio delle azioni risarcitorie, nel rispetto dei principi generali di equivalenza (le norme applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di natura interna) e di effettività (tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione)⁵³.

E' solo con l'adozione della Direttiva (UE) 2014/104 sul risarcimento del danno

da illeciti *antitrust*⁵⁴ (per la trattazione della quale si rinvia alla sezione II.3), recepita nell'ordinamento interno con il Decreto Legislativo n. 3/2017⁵⁵, che è stato creato un quadro comune di regole, riducendo le differenze che incidavano negativamente sul funzionamento del mercato interno, nonché ottimizzando il coordinamento tra i due strumenti del *public* e del *private enforcement* per valorizzarne appieno la complementarità.

In ogni caso, al fine di garantire un'applicazione coerente e uniforme delle regole euro-unitarie di concorrenza e la certezza del diritto, l'esercizio della competenza conferita ai giudici nazionali per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE può essere limitato dalla necessità di evitare decisioni contraddittorie rispetto sia a quelle già adottate dalla Commissione, sia a quelle che la Commissione intende adottare nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi del Reg. 1/03 (art. 16.1⁵⁶). In questa seconda situazione, il giudice può valutare se sia necessario o meno sospendere il procedimento sino alla decisione definitiva della Commissione. Questa seconda ipotesi non si pone rispetto alle autorità nazionali di concorrenza in

⁵¹ Corte giust., 30 gennaio 1974, *BRT/Sabam*, C-127/73. Cfr. anche: sentenze della Corte giust., 20 settembre 2001, *Courage*, C-453/99; 13 luglio 2006, *Manfredi*, C-295/04; 12 dicembre 2019, *Otis*, C-435/18; 6 ottobre 2021, *Sumal*, C-882/19; da ultimo, 11 novembre 2021, *Stichting Cartel Compensation ed Equilib Netherlands*, C-819/19, punto 48 e giurisprudenza citata.

⁵² Sentenza 11 novembre 2021, *Stichting Cartel Compensation ed Equilib Netherlands*, cit., punto 49 e giurisprudenza citata.

⁵³ Cfr. sentenze della Corte 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit.; 19 giugno 1990, *Factortame*, C-213/89; 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77; 5 giugno 2014, *Kone e a*, C-557/12; da ultimo, Avvocato generale Pitruzzella, conclusioni dell'8 settembre 2022, *Repsol*, C-25/21.

⁵⁴ Direttiva (UE) 2014/104 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri dell'Unione europea (GUUE L 349/1).

⁵⁵ Decreto Legislativo, 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (GU Serie Generale n. 15 del 19 gennaio 2017).

⁵⁶ Questa disposizione codifica la precedente giurisprudenza (sentenza della Corte di Giustizia 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd contro HB Ice Cream Ltd.*, C-344/98).

quanto, come già illustrato nei paragrafi precedenti, l'avvio di un procedimento da parte delle Commissioni le priva della competenza a trattare il caso (*ex art. 11.6 del Reg. 1/03*). Altre tipologie di decisione della Commissione vincolano il giudice nazionale. Ci si riferisce, in particolare, alle decisioni di inapplicabilità (*art. 10 Reg. 1/03*) e alle decisioni che impongono misure cautelari sulla base di una valutazione *prima facie* di sussistenza di infrazione, laddove vi sia un rischio di danno grave e irreparabile alla concorrenza (*art. 8 Reg. 1/03*). Considerando che, allo stato, la Commissione non ha mostrato di voler far uso di questi poteri (in un unico caso ha adottato misure cautelari⁵⁷), la portata pratica del vincolo di conformazione per queste due tipologie di decisioni è stato, almeno allo stato, inesistente.

L'obbligo di conformazione del giudice non sorge invece con riferimento alle decisioni con impegni adottate dalla Commissione ai sensi dell'*art. 9 del Reg. 1/03* (considerando 13 e 22) che, dunque, non impediscono ai giudici nazionali di esaminare la conformità dei medesimi accordi alle regole di concorrenza e di dichiarare, se del caso, la nullità di questi ultimi a norma dell'*art. 101.2 TFUE*.

In relazione alle decisioni di accertamento di un illecito adottate dalle autorità nazionali di concorrenza, la Direttiva sul risarcimento del danno ne ha riconosciuto l'efficacia vincolante, subordinando tuttavia in questo caso la vincolatività alla definitività del provvedimento ossia ad una decisione di divieto "*che non può o non può più essere impugnata con mezzi ordinari*" (*art. 2.1, lett. h*), *d.lgs. 3/2017*, che ha recepito l'*art. 2.12 della Direttiva 2014/104*). Il giudice è vincolato dalla determinazione dell'autorità nazionale di concorrenza solo in merito alla "*natura*

della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale" (*art. 7.1 d.lgs. 3/2017*, che ha recepito il considerando 34 della Direttiva 2014/104) e dunque ai profili identificativi dell'illecito anticoncorrenziale, ferma restando la possibilità dell'attore in sede civile di provare che l'illecito ha avuto una portata più ampia, una durata o un ambito geografico più estesi, ovvero abbia coinvolto anche altre imprese. L'effetto vincolante riguarda pertanto unicamente ciò che è stato definitivamente accertato⁵⁸, lasciando dunque impregiudicata l'autonomia decisionale del giudice in caso di decisioni di accettazione degli impegni, di archiviazione o di non luogo a provvedere (per la trattazione di questi profili si rinvia ad altra sezione di questo libro).

VIII. Forme di cooperazione tra Commissione e giudici e tra autorità nazionali e giudici

Allo scopo di assicurare uniformità e coerenza nel sistema di applicazione decentrata degli *artt. 101 e 102 TFUE*,

⁵⁸ Sentenza della Corte di Giustizia, 20 aprile 2023, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, C-25/21, par. 67: "*l'articolo 101 TFUE, come attuato dall'articolo 2 del regolamento n. 1/2003 e in combinato disposto con il principio di effettività, deve essere interpretato nel senso che la violazione del diritto della concorrenza constatata in una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che è stata oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi ai giudici nazionali competenti ma che è divenuta definitiva dopo essere stata confermata da tali giudici, deve ritenersi dimostrata dal ricorrente, tanto nell'ambito di un'azione di nullità ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE quanto di un'azione per il risarcimento del danno per una violazione dell'articolo 101 TFUE, fino a prova contraria, trasferendo così l'onere della prova definito da tale articolo 2 sul convenuto, a condizione che la natura dell'asserita violazione oggetto di tali azioni e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale coincidano con quelle della violazione constatata in detta decisione*".

⁵⁷ Decisione della Commissione, 16 ottobre 2019, AT40608, *Broadcom*.

l'art. 15 Reg. 1/03 e la citata Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con i giudici nell'applicazione degli art. 101 e 102 TFUE⁵⁹ hanno definito meccanismi di cooperazione, pur nel rispetto del fondamentale principio della divisione dei poteri e dell'indipendenza dei giudici. Tali previsioni, che non figuravano nel precedente Reg. 17/62, rappresentano una esplicitazione del principio di leale cooperazione (oggi enunciato all'art. 4.3 TUE), secondo cui ognuno agisce in funzione del ruolo assegnatogli dal Trattato⁶⁰. L'importanza di tale cooperazione risulta accresciuta dopo l'adozione della Direttiva sul risarcimento del danno e la sua trasposizione negli ordinamenti di tutti gli Stati membri.

Il sistema di coordinamento delineato si articola su piani distinti, prevedendo diversi meccanismi e possibilità di cooperazione che coinvolgono non solo la Commissione ma anche le autorità nazionali di concorrenza.

In primo luogo, i giudici nazionali possono richiedere assistenza alla Commissione nella trattazione di questioni fattuali, economiche o giuridiche relative all'applicazione delle regole dell'UE in materia di concorrenza, fornendo su richiesta degli stessi giudici informazioni e documenti in suo possesso, così come pareri non vincolanti (15.1 Reg. 1/03⁶¹). L'assistenza prestata dalla Commissione su richiesta del giudice non ne pregiudica l'indipendenza, che manterrà la propria autonomia decisionale nella risoluzione

del caso concreto. La Comunicazione sulla cooperazione definisce una tempistica indicativa, prevedendo che, nel caso di richiesta di informazioni, la Commissione le trasmetta entro un mese (paragrafo 22 della Comunicazione); nel caso invece di richiesta di parere, la Commissione avrà a disposizione quattro mesi per fornire riscontro (paragrafo 28 della Comunicazione).

La Commissione è tenuta a trasmettere le informazioni richieste alle giurisdizioni nazionali, dopo essersi assicurata che questo non comporti la divulgazione di informazioni protette dal segreto d'ufficio, cioè dopo aver ottenuto dalla giurisdizione ricevente l'impegno a non divulgare informazioni riservate e/o che costituiscono segreti commerciali. Tuttavia, essa può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali laddove ciò possa pregiudicare l'assolvimento dei compiti che le sono stati affidati, interferendo in particolare con le indagini in corso o compromettendo il funzionamento dei programmi di clemenza o delle procedure di transazione. Pertanto, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le dichiarazioni confessorie legate a un programma di trattamento favorevole, né le proposte di settlements, al fine di salvaguardare l'efficacia della sua azione di *enforcement* (paragrafo 26 e ss della Comunicazione).

Nel complesso, i giudici hanno utilizzato piuttosto raramente questa possibilità di interazione con la Commissione: dal 2004 al 2023, la Commissione ha ricevuto dalle 3 alle 6 richieste all'anno, ad eccezione del 2019 in cui le corti spagnole, investite da azioni risarcitorie *follow-on* della decisione della Commissione sul cartello degli autocarri⁶², hanno fatto ricorso a questo strumento in più di 30 occasioni. Possibili spiegazioni dello scarso utilizzo di questa disposizione possono

⁵⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati Membri ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, 2015/C 256/04.

⁶⁰ Corte di giustizia, 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contro Otis NV e altri*, C-199/11.

⁶¹ Anche questa disposizione codifica una precedente giurisprudenza (Corte di Giustizia, 11 gennaio 2000, *Regno dei Paesi Bassi e Gerard van der Wal contro Commissione*, Cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P).

⁶² Decisione della Commissione, 19 luglio 2016, Caso AT.39824, *Autocarri*.

essere individuate, da un lato, nella preferenza generalmente accordata dai giudici al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dall'altro, nella pubblicazione da parte della Commissione, soprattutto negli ultimi anni, di una serie di Comunicazioni volte a chiarire alcuni aspetti applicativi relativi al *private enforcement* (quantificazione del danno⁶³, modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto⁶⁴, protezione delle informazioni riservate⁶⁵).

Un secondo strumento di assistenza alle giurisdizioni nazionali è rappresentato dagli interventi *ex amicus curiae* in una causa pendente dinanzi ad esse, utilizzabili sia dalla Commissione, sia dalle autorità di concorrenza secondo due modalità: la presentazione di osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali, che è rimessa alla valutazione discrezionale della Commissione e/o delle autorità nazionali di concorrenza; la presentazione di osservazioni orali deve essere invece previamente autorizzata dalla giurisdizione competente (art. 15.3 Reg. 1/03). Innovando rispetto al sistema previgente che riguardava unicamente il rapporto tra Commissione e giudici nazionali, tale possibilità viene estesa anche alle autorità nazionali di concorrenza.

La Commissione ha il potere di intervenire *"ai fini dell'applicazione uniforme"* delle norme di concorrenza; inoltre, essa limiterà le proprie osservazioni all'analisi economica e giuridica dei fatti alla base della

causa pendente a livello nazionale. Ai giudici nazionali, può essere anche richiesto di trasmettere alla Commissione copia di tutti i documenti necessari per la valutazione della causa. La Commissione, a sua volta, si impegnerà ad utilizzare i documenti in questione esclusivamente per la preparazione delle osservazioni. Le autorità nazionali della concorrenza sembrano avere un ambito d'intervento anche più esteso, potendo le stesse presentare osservazioni riguardanti più genericamente *"questioni relative all'applicazione"* degli articoli 101 e 102 TFUE.

La normativa euro-unitaria non detta alcuna procedura particolare per la presentazione delle osservazioni in questione. Questa sarà quindi determinata dalle norme procedurali nazionali, e nel caso in cui l'ordinamento di uno Stato membro non abbia adottato disposizioni al riguardo, sarà lo stesso giudice nazionale a dover determinare le norme applicabili in tali circostanze, tenendo conto della loro compatibilità con i principi generali del diritto UE, in particolare la tutela dei diritti fondamentali delle parti coinvolte nella causa, nonché del rispetto del principio di efficacia e di equivalenza.

Anche questo strumento è stato utilizzato sporadicamente dalla Commissione, contandosi dal 2004 ad oggi solo 34 interventi⁶⁶. Possibili giustificazioni sono state individuate nella tendenziale riluttanza dei giudici a chiedere pareri ad un organo amministrativo, nella scarsa conoscenza da parte della Commissione dei procedimenti pendenti dinanzi ai giudici nazionali ma anche nella stessa procedura interna della Commissione che richiede l'approvazione del collegio dei Commissari per gli interventi *ex amicus curiae*.

⁶³ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2013/C 167/07.

⁶⁴ Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto, 2019/C 267/07.

⁶⁵ Comunicazione della Commissione sulla protezione delle informazioni riservate da parte dei giudici nazionali nei procedimenti concernenti l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE, 2020/C 242/01.

⁶⁶ Commission Staff Working Document, *Evaluation of the Regulations 1/2003 and 773/2004*, 216 final, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-anti-trust-procedural-rules-evaluation_en.

In relazione all'esperienza nazionale, ad oggi l'AGCM è intervenuta *ex amicus curiae* in un'unica occasione, nel maggio 2017, nel giudizio pendente dinanzi il Tribunale Civile di Roma in relazione all'istanza di reclamo promossa dalla piattaforma Uber avverso l'ordinanza di inibitoria di talune tipologie di servizio Uber (nello specifico Uber Black)⁶⁷. In tale circostanza, l'AGCM ha fornito al giudice alcuni elementi conoscitivi che derivavano da una pregressa attività di advocacy nello specifico settore della mobilità non di linea. Al di là del merito della vicenda, ciò che rileva in tale sede è che il Tribunale di Roma ha ritenuto ammissibili le osservazioni scritte presentate dall'AGCM in qualità di *amicus curiae*, evidenziando al riguardo che *“l'invocata disposizione [art. 15.3 Reg. 1/03] realizza un meccanismo di cooperazione tra autorità antitrust e giurisdizione nazionali finalizzato a garantire un'uniforme applicazione delle regole di concorrenza tra gli Stati membri (cfr. Corte Giust, 11 giugno 2009, causa C-429, Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV); l'atto con cui l'Autorità presenta osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali risponde, dunque, ad un'esigenza di collaborazione tra le autorità antitrust e giurisdizione ed è orientato alla tutela dell'interesse pubblico e non a sostenere una o l'altra parte del giudizio, mantenendosi neutrale e indipendente rispetto alle parti in causa ...; dal riferito contesto normativo consegue che le osservazioni presentate dall'Autorità non si prestano ad essere qualificate quale atto di intervento (adesivo) nel giudizio, difettando l'interesse individuale del soggetto, sia pure riflesso, nel rapporto giuridico, cui è completamente estranea, come reso evidente anche dall'assenza di conclusioni in ordine al merito della vicenda, in coerenza con la rammentata funzione dell'istituto e, dunque, dalla sua posizione di neutralità e*

*imparzialità, né sono idonee a conferire alla stessa la qualità di parte processuale, in relazione alla sua insensibilità, per le medesime ragioni, agli effetti processuali e sostanziali del giudizio”*⁶⁸.

Un terzo strumento finalizzato a promuovere un'applicazione coerente delle norme di concorrenza da parte dei giudici nazionali è rappresentato dall'obbligo imposto agli Stati membri di trasmettere *“senza indugio”* alla Commissione copia delle sentenze emesse dai tribunali nazionali pronunciatisi sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (art. 15.2 Reg. 1/03). La *ratio* di tale norma è duplice: da un lato, dovrebbe consentire alla Commissione di essere tempestivamente informata in merito a casi sui quali sarebbe opportuno intervenire nell'ambito di un eventuale giudizio di impugnazione delle sentenze oggetto di trasmissione; dall'altro, appare funzionale ad assicurare alla Commissione un monitoraggio della coerenza dell'azione dei giudici rispetto agli orientamenti della politica di concorrenza. Tuttavia, anche tale disposizione non ha prodotto i risultati sperati. Già nella relazione dell'aprile 2009 sul funzionamento del Regolamento n. 1/03⁶⁹, la stessa Commissione riconosceva il sostanziale fallimento della disposizione e la necessità di valutare opzioni alternative per garantire un accesso effettivo alle sentenze delle giurisdizioni nazionali. Ad oggi, la situazione non è mutata. Dal documento di lavoro sulla valutazione del Reg 1/03⁷⁰ risulta che dal 2004 la Commissione ha ricevuto circa 1600 sentenze ma che il

⁶⁸ Tribunale di Roma, 26 maggio 2017.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2009) 206 def.

⁷⁰ Commission Staff Working Document, *Evaluation of the Regulations 1/2003 and 773/2004*, 216 final, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-anti-trust-procedural-rules-evaluation_en.

⁶⁷ Tribunale di Roma, 7 aprile 2017.

relativo database non è stato implementato per presunte ragioni di privacy e/o riservatezza, potendo contenere le sentenze trasmesse dati sensibili e/o personali.

Da ultimo, la Direttiva sul risarcimento del danno e il relativo decreto di recepimento contengono disposizioni volte a rafforzare la cooperazione tra autorità nazionali di concorrenza e giudici. Ci si riferisce, in particolare, alla già menzionata previsione relativa all'efficacia vincolante delle decisioni dell'autorità nazionale divenute definitive (art. 7.1 d.lgs. 3/2017), alle disposizioni riguardanti l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità (art. 4, d. lgs. n. 3/2017) e alla facoltà attribuita al giudice di richiedere l'assistenza dell'autorità in merito agli orientamenti riguardanti la quantificazione del danno, laddove l'autorità stessa ritenga appropriato il suo intervento (art. 14, comma 3, d. lgs. n. 3/2017, per la trattazione delle quali si rinvia ad altre sezioni di questo libro).

FRANCESCA AMMASSARI*

Bibliografia

E. Arsenidou, J. Capiou, A. Sinclair, J. Stancute, *Cooperation Within the ECN and Strengthening of National Competition Authorities*, in E. Rousseva (ed.), *EU Antitrust Procedure*, Oxford University Press, 2020; S. Brammer, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of the EC competition Law*, Hart Publishing, 2009; F. Cengit, *The European Competition Network: Structure, Management and Initial Experiences of Policy Enforcement*, in *EUI Working Paper*, 2009/05; K. Dekeyser – M. Jaspers, *A New Era of ECN Cooperation - Achievements and Challenges with*

Special Focus on Work in the Leniency Field, World Competition, 2007; K. Dekeyser, C. Gauer, J. Laitenberger, N. Wahl, W. Wils, L. Prete (eds.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement: A Systematic Guide*, Wolters Kluwer, 2022; D.M.B. Gerard, *The ECN - network antitrust enforcement in the European Union*, in D. Geradin and I. Lianos (eds.), *Research Handbook on EU Competition Law*, Edward Elgar, 2011; G. Hirsch, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008; R. Perea Molleda, *The Ecn+ Directive and the Next Steps for Independence in Competition Law Enforcement*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, n. 3, 2021, pp. 167-180; C.D. Piro, *Scambio di informazioni*, in F. Arena, R. Chieppa, *Codice della Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2023; C. Potocnik-Manzouri, *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*, *European Papers*, Vol. 6, 2021, n. 2, pp. 987-1013; M. Tavassi, *Which role for National Courts in Competition Protection?*, in E.A. Raffaelli (ed.), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Brussels - Milano, 2005, pp. 55-101; W. Wils, *Regulation 1/2003: An Assessment After Twenty Years*, World Competition, Vol. 46, n. 1, 2023, pp. 3-33; W. Wils, *EU Antitrust Enforcement: Law, Economics, History, Policy & Practice*, Institut de droit de la concurrence, 2024.

* Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l'istituzione di appartenenza.

II. Diritto antitrust

II.5. La tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'AGCM e della Commissione in materia antitrust e la legittimazione dell'AGCM ex art. 21 bis l. 287/1990

LA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI DELL'AGCM IN MATERIA ANTITRUST

Sommario: **I.** Premessa. – **II.** L'accesso alla tutela giurisdizionale. – II.1. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: le azioni esperibili. – II.2. La legittimazione ad agire. – II.3. Gli atti impugnabili. – **III.** La portata del sindacato del giudice amministrativo. – III.1. Il sindacato di attendibilità tecnica. – III.2 La compatibilità con l'art. 6 CEDU. – III. 3. Il sindacato di merito sulle sanzioni. – **IV.** Conclusioni.

I. Premessa

La tutela giurisdizionale contro gli atti delle autorità indipendenti è stata oggetto di dibattito sin dall'emergere nel nostro ordinamento, soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, di questo nuovo genere di apparati pubblici allorché, in seguito ai processi di liberalizzazione di molte attività economiche, specie nel settore dei servizi a rete, si è affermato il modello dello Stato regolatore.

L'elevata competenza tecnica dei nuovi regolatori, unita alle garanzie di indipendenza dal potere esecutivo, nonché all'introduzione di garanzie del contraddittorio procedimentale rafforzate rispetto a quelle previste in via generale dalla l. n. 241/1990 hanno indotto una parte della dottrina a enfatizzare la natura "paragiurisdizionale" delle autorità indipendenti. Questa qualificazione poteva attagliarsi soprattutto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), atteso che il nucleo fondamentale dei suoi poteri consiste nell'accertamento degli illeciti *antitrust* e nell'applicazione di sanzioni, un compito

non molto dissimile da quello proprio del giudice ordinario.

In base a questa ricostruzione potevano trovare giustificazione almeno due adattamenti principali della tutela giurisdizionale. In primo luogo, come ritenuto in una prima fase anche dalla giurisprudenza, poteva essere operata una attenuazione dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione e amministrativi emanati dalle autorità indipendenti secondo il modello definito, come si vedrà, del controllo "debole", oggi ormai superato. In secondo luogo, sono state anche avanzate proposte volte ad alleggerire i controlli giurisdizionali nei confronti delle autorità indipendenti, in particolare escludendo il doppio grado di giudizio almeno per gli atti di tipo normativo.

In realtà la tesi della natura paragiurisdizionale delle autorità indipendenti è stata progressivamente abbandonata. Da ultimo, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 13/2019, ha omologato l'Agcm quasi interamente alle normali pubbliche amministrazioni qualificando il potere da essa esercitato come una normale «funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli interessi pubblici e privati in gioco», negando ad essa la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità come giudice "*a quo*" nei confronti di leggi ritenute in violazione dell'art. 41 della Costituzione¹.

¹ In particolare, nel considerare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'Agcm con riferimento ad una norma della l. n. 89/1913 per difetto di legittimazione del rimettente,

Anche a valle dell'intervento della Corte costituzionale, e nonostante nel frattempo all'accertamento dell'Agcm sia stata attribuita efficacia vincolante nel successivo giudizio risarcitorio civile, la giurisprudenza amministrativa ha continuato ad interrogarsi – sia pur con esiti spesso contrapposti a distanza di pochi mesi – sull'esistenza di limiti ai propri poteri cognitori, da ultimo definendo aree di insindacabilità in presenza di valutazioni tecniche che presentino «un oggettivo margine di opinabilità».

II. L'accesso alla tutela giurisdizionale

II.1. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: le azioni esperibili

In linea di continuità con quanto contemplato dall'art. 33 l. n. 287/1990 prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'art. 133 c. 1 lett. *h*) c.p.a. prevede che la tutela giurisdizionale avverso «tutti i provvedimenti» adottati dall'Agcm è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La cognizione della causa è rimessa in primo grado alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma (art. 135 c. 1 lett. *c*) c.p.a.), con rito abbreviato ai sensi dell'art. 119 c.p.a., e dunque con dimezzamento dei termini processuali ad eccezione di quello di proposizione del ricorso iniziale, che è mantenuto in 60 giorni. In alternativa al ricorso giurisdizionale, è ammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 D.P.R. n.

la Corte Costituzionale ha considerato che l'Agcm non è un organo assimilabile ad un giudice, neppure ai soli fini della proposizione della questione di legittimità costituzionale, per l'assenza del requisito della terzietà (C. Cost., 31 gennaio 2019, n. 13).

1199/1971². La giurisdizione del giudice amministrativo in materia *antitrust* ha carattere prettamente impugnatorio, con annullamento dell'atto in presenza dei tre vizi della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere; nella sede amministrativa è tuttavia altresì proponibile l'azione risarcitoria nei confronti dell'Agcm per responsabilità derivante dall'esercizio dei relativi poteri autoritativi³, o l'azione di mero accertamento, tra cui quella tesa ad accertare l'incompetenza dell'Agcm ad avviare il procedimento istruttorio⁴. L'art. 33 c. 2 l. n. 287/1990, modificato nell'ambito della riforma del processo amministrativo, affianca alla giurisdizione del giudice amministrativo quella del giudice ordinario sulle controversie tra privati (azione di nullità o risarcitoria) derivanti dalla lesione di diritti soggettivi garantiti dalla legislazione europea e nazionale a tutela della concorrenza. La distinzione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria è dunque operata sulla base del criterio del *petitum*, ossia a seconda del tipo di azione esercitata (annullamento di un atto, azione risarcitoria o di accertamento nei confronti dell'Agcm, da una parte, e azione di nullità o risarcitoria nei confronti di privati, dall'altra parte), piuttosto che in virtù della tradizionale ripartizione tra interesse legittimo e diritto soggettivo.

² Cons. St., Comm. spec., 27 aprile 1998, n. 4.

³ TAR Lazio, sez. I, 1° settembre 2004, n. 8238, §. 5.

⁴ TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865, § 1 ss. Ad es., in attuazione di questo principio il giudice amministrativo ha accolto il ricorso di Rete Ferroviaria Italiana avverso il provvedimento di avvio del procedimento A436 ed il contestuale provvedimento ispettivo, con cui la parte contestava l'incompetenza dell'Autorità ad avviare il procedimento trattandosi, secondo il ricorrente, di fattispecie soggette alle prerogative dell'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari, deputato a svolgere i controlli allora previsti dall'art. 37 D. Lgs. n. 188/2003 (ricorso poi rigettato nel merito). Cfr. anche TAR Lazio, sez. I, 5 agosto 2000, n. 6606; TAR Lazio, sez. I, 14 luglio 2004, n. 6895.

II.2. La legittimazione ad agire

La questione relativa alla legittimazione ad agire (o meglio a ricorrere) dinanzi al giudice amministrativo a fronte di provvedimenti adottati dall'Agcm è stata tradizionalmente oggetto di un acceso dibattito. Lo scenario attuale di ampio riconoscimento del *locus standi*, anche a soggetti diversi dai destinatari del provvedimento, è frutto di una lenta evoluzione della giurisprudenza, la quale aveva in una prima fase escluso che il terzo fosse titolare di un interesse qualificato in tal senso. Secondo un primo orientamento, i soggetti legittimati ad impugnare i provvedimenti dell'Agcm erano infatti solo quelli da essi «direttamente incisi», e ciò in quanto le attribuzioni normativamente conferite all'Agcm sono preordinate alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nel libero mercato, a garanzia dell'interesse pubblico generale alla conservazione di un assetto concorrenziale, e non a tutela di posizioni individuali o associate degli operatori in esso attivi. Su questo presupposto era stato pertanto dichiarato inammissibile tanto il ricorso di un'associazione di consumatori che aveva partecipato all'istruttoria, quanto quello del concorrente denunciante⁵.

Anche sulla base di una diversa interpretazione offerta dal giudice europeo, il giudice nazionale ha nel corso degli anni progressivamente allargato le maglie della legittimazione ad impugnare a soggetti diversi dai destinatari dei provvedimenti dell'Agcm. Il *revirement* è stato avviato ad opera della sentenza "Società Ambrosiana Gelati", con la quale il TAR Lazio ha considerato come il precedente orientamento «si basa[va] su una lettura ed interpretazione erroneamente restrit-

tiva e comunque eccessivamente rigida e formalistica» del contesto giuridico di riferimento, stabilendo che anche i terzi controinteressati possono essere titolari di una posizione qualificata e differenziata laddove subiscano un pregiudizio chiaramente riferibile alla propria sfera individuale (nel caso di specie si trattava di un ricorso del concorrente avverso un provvedimento di autorizzazione in deroga)⁶. In applicazione dello stesso principio, il Consiglio di Stato ha poi ammesso il ricorso del concorrente denunciante avverso il provvedimento di archiviazione della propria denuncia considerando in tal senso, in termini più generali, che le imprese concorrenti sono titolari di un interesse individuale al rispetto della normativa *antitrust* in quanto dalle determinazioni dell'Agcm, seppur dirette ad altri, esse possono derivare uno svantaggio (in presenza di deliberazioni di natura negativa o autorizzatoria) o un vantaggio (come nel caso di provvedimenti inibitori e sanzionatori), chiaramente riferibili alla propria sfera individuale⁷. La legittimazione è stata poi riconosciuta, su analoghi presupposti, alle associazioni di consumatori⁸, nonché anche

⁶ TAR Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715, § 2.1. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865, § 4.2.

⁷ Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2009, § 2. Più recentemente, cfr. Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, § 7.2.

⁸ Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, § 3.1-3.4. Diversa è invece la posizione delle associazioni di categoria o professionali denunciante, per le quali il giudice amministrativo ha tradizionalmente escluso la legittimazione a ricorrere in assenza di legittimazione *ex lege*, o di sicuri indici di rappresentatività che consentano di individuare nell'associazione ricorrente un ente portatore di un interesse differenziato da quello generale alla legittimità dell'attività amministrativa, che sia al contempo omogeneo e riferibile a tutti gli appartenenti alla categoria (TAR Lazio, sez. I, 12 luglio 2006, n. 10013, § 2.a; Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1738, § 3.1-3.2; TAR Lazio, sez. I, 31 luglio 2006, n. 6615, § 8.4). Non mancano tuttavia pronunce in cui il giudice ha ammesso il ricorso di associazioni professionali anche senza particolari indagini

⁵ Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, § 2.2; TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286, § 2; TAR Lazio, sez. I, 14 marzo 2001, n. 3056.

ad un'impresa cliente dell'operatore dominante sanzionato, con riferimento alla parte del provvedimento di accertamento dell'infrazione con cui l'Agcm aveva archiviato la segnalazione del cliente in merito a talune condotte non accertate⁹.

L'ammissibilità del ricorso è tuttavia subordinata all'effettiva verifica dell'esistenza di un interesse al conseguimento di un'utilità concreta e attuale, legata all'accertamento dell'infrazione e alla conseguente inibizione della condotta, non essendo sufficiente la generica allegazione di un pregiudizio patito come conseguenza dell'infrazione: nel caso "Cantieri del Mediterraneo", il TAR Lazio ha ad es. ritenuto inammissibile il ricorso presentato dal concorrente denunciante avverso un provvedimento di accertamento dell'infrazione, nella parte in cui l'Autorità aveva ritenuto di escludere la violazione lamentata per il periodo di tempo compreso tra il 2004 e il 2007; e ciò, secondo il giudice, in quanto «dall'eventuale accoglimento del gravame e dal conseguente inasprimento della sanzione [...] la ricorrente non trarrebbe alcuna utilità»¹⁰. In realtà, in un contesto di sviluppo del *private enforcement*, in cui la decisione dell'Autorità accerta «definitivamente» tanto la natura della violazione quanto la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno» (art. 7 c. 1 D. Lgs. n. 3/2017), l'interesse del ricorrente può riguardare la futura proposizione di un'azione per danni *follow-on* contro l'impresa soggetta all'azione amministrativa, potendo l'accertamento di una più lunga durata dell'infrazione rilevare ai fini della misura del danno quantificato dal giudice civile.

Il ripensamento del principio espresso in "Cantieri del Mediterraneo" è recentemente avvenuto nel caso "Tim/Dazn" in cui il giudice, nell'accogliere *in parte qua* il ricorso dei concorrenti che avevano preso parte al procedimento, ne ha imposto la riapertura per ridefinire in contraddittorio la più ampia durata dell'infrazione¹¹.

Pertanto, chi scrive considera che il concorrente e il cliente dell'impresa soggetta all'azione provvedimento dell'Agcm siano legittimati ad impugnare tutti quei provvedimenti che incidono sul proprio interesse all'inibizione della condotta posta in essere in violazione delle regole di concorrenza, anche nella misura in cui siano funzionali all'accertamento del danno subito in sede civile, e dunque in particolare: (i) i provvedimenti di archiviazione della propria denuncia; (ii) i provvedimenti di non avvio dell'istruttoria nel caso di operazioni di concentrazione reputate lesive della concorrenza; (iii) i provvedimenti di concessione di un'autorizzazione in deroga; (iv) i provvedimenti di chiusura del procedimento con impegni, nella parte in cui le misure rese obbligatorie non incidano sull'efficace cessazione della condotta contestata in sede di avvio, e ciò sia nel caso di procedimenti di accertamento di intese e abusi, che in materia di concentrazioni; (v) le decisioni di compatibilità; (vi) i provvedimenti di accertamento dell'infrazione, nella misura in cui questi non accertino talune condotte che erano state oggetto di segnalazione nonché, per le motivazioni sopra indicate, anche i provvedimenti che accertino un'infrazione di durata inferiore a quella denunciata.

La partecipazione al procedimento istruttorio dinanzi all'Agcm non è un elemento di per sé sufficiente ad attribuire la legittimazione ad agire¹², seppur è evidente

sul grado di rappresentatività o di omogeneità degli interessi coinvolti (TAR Lazio, sez. I, 19 marzo 2010, n. 4318).

⁹ TAR Lazio, sez. I, 22 settembre 2009, n. 9171.

¹⁰ TAR Lazio, sez. I, 14 luglio 2010, n. 25434, § 1.

¹¹ TAR Lazio, sez. I, 11 maggio 2024, n. 9315, § 33.7 ss.

¹² Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, § 7.2.

che l'avvenuta ammissione al procedimento presuppone il superamento del vaglio dell'Autorità circa la titolarità di un interesse diretto, immediato ed attuale, richiesto dagli artt. 6 c. 4 e 7 c. 1 lett. b) D.P.R. n. 217/1998 per la partecipazione procedimentale. L'effettiva partecipazione al procedimento avrà inoltre il vantaggio di consentire al terzo di interagire con l'Agcm prima che questa emani il proprio convincimento sulla contestazione, con l'effetto pratico di poter ottenere il risultato sperato già nell'ambito del procedimento, o quantomeno di maturare una piena cognizione in merito all'infrazione giurisdizionale. L'ammissibilità dell'azione nel caso di specie dipenderà poi dal *petitum* non essendo, ad es., in linea di principio ammissibile l'impugnazione della decisione di accettazione degli impegni da parte dell'impresa che li ha presentati¹³.

II.3. Gli atti impugnabili

Il citato art. 133 c. 1 lett. b) c.p.a. attribuisce al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva su «tutti i provvedimenti» adottati dall'Agcm: il giudice amministrativo ha tuttavia tradizionalmente operato una distinzione tra atti di natura provvedimento, a chiusura di una specifica sequenza procedimentale tipizzata, e atti preparatori e infraprocedimentali, ritenendo che solo i primi siano idonei ad incidere concretamente sulla sfera giuridica degli amministratori e siano pertanto autonomamente e immediatamente impugnabili. Gli eventuali vizi degli atti interni del procedimento

devono invece essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento finale, che reca la statuizione effettivamente incidente sulle posizioni soggettive dei soggetti destinatari¹⁴.

Più in particolare, secondo la giurisprudenza tradizionale, sono immediatamente e autonomamente impugnabili tutti i provvedimenti di chiusura dell'istruttoria o che siano produttivi di effetti esterni, e in particolare: (i) le decisioni di compatibilità, con le quali l'Agcm dichiara che, allo stato degli elementi disponibili, una determinata pratica non costituisce violazione degli artt. 2 o 3 l. n. 287/1990; (ii) le decisioni di concessione di un'autorizzazione in deroga; (iii) le decisioni di revoca di un'autorizzazione in deroga; (iv) le decisioni di accertamento dell'infrazione, con diffida e/o sanzione, compresi i provvedimenti di accertamento dell'incompatibilità con l'art. 2 l. n. 287/1990 di un'intesa comunicata volontariamente, e il rigetto di un'istanza di autorizzazione in deroga ai sensi dell'art. 4 della medesima legge; (v) i provvedimenti sanzionatori per inottemperanza alla diffida ai sensi dell'art. 15 c. 2 l. n. 287/1990¹⁵; (vi) le decisioni di divieto di un'operazione di concentrazione; (vii) i provvedimenti che applicano sanzioni o penalità di mora per informazioni omesse/false, per il rifiuto di sottoporsi ad ispezioni (ivi inclusa l'ipotesi di violazione di sigilli eventualmente applicati), o per la mancata presentazione in audizione, ai sensi dell'art. 14 c. 5 e 6 l. n. 287/1990¹⁶. Sono poi immediatamente impugnabili dinanzi al giudice amministrativo: (viii) le richieste di informazioni prive dei requisiti di legge¹⁷;

¹³ Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307, § 5, in cui si chiarisce che è invece ammesso il ricorso avverso la decisione di accettazione degli impegni da parte dell'impresa che li ha presentati laddove l'Autorità abbia apportato integrazioni agli impegni proposti, facoltà non contemplata dalla legge per l'ipotesi di procedimenti tesi ad accertare intese o abusi di posizione dominante.

¹⁴ TAR Lazio, sez. I, 20 febbraio 2004, n. 1631, § 1.

¹⁵ TAR Lazio, sez. I, 9 agosto 2010, n. 30460, § 4; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307, § 1.2.

¹⁶ TAR Lazio, sez. I, 25 marzo 2009, n. 3124.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, § 13.3.4.

(ix) i provvedimenti ripristinatori di un'operazione di concentrazione già realizzata, ai sensi dell'art. 18 c. 3 l. n. 287/1990; (x) i provvedimenti di chiusura del procedimento di rideterminazione della sanzione; nel caso di impegni, (xi) le decisioni di accettazione degli impegni proposti dalle parti, da parte dei terzi interessati¹⁸, (xii) i provvedimenti sanzionatori per inottemperanza ad una decisione di accettazione di impegni ai sensi dell'art. 14-ter c. 2 l. n. 287/1990 nonché, in materia di impegni presentati nel contesto di una concentrazione, sia (xiii) i provvedimenti che accolgono gli impegni proposti dalle parti che (xiv) quelli che chiudono l'istruttoria applicando misure ulteriori a quelle presentate dalle parti, ai sensi dell'art. 6 c. 2 l. n. 287/1990. Il provvedimento di rigetto della proposta di impegni ha invece, secondo la giurisprudenza, natura endoprocedimentale e pertanto non può essere oggetto di autonoma impugnazione¹⁹. Sono altresì impugnabili, in materia cautelare, (xv) i provvedimenti che applicano misure d'urgenza *inaudita altera parte* o a chiusura di un apposito *sub-procedimento* cautelare e, da parte del segnalante, (xvi)

i provvedimenti con cui l'Agcm chiude il *sub-procedimento* cautelare senza applicare le misure richieste, o anche eventualmente applicando misure insufficienti a prevenire il danno²⁰. Il segnalante potrà poi impugnare l'eventuale provvedimento con cui l'Agcm rigetti l'istanza di misure cautelari senza avviare un apposito procedimento. Pur non essendoci precedenti in tal senso, non avendo l'Autorità ad oggi mai applicato sanzioni per inottemperanza ad una decisione cautelare, appaiono altresì impugnabili (xvii) i provvedimenti sanzionatori per inottemperanza ad un provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 14-bis c. 3 l. n. 287/1990.

Ai provvedimenti così identificati, che chiudono una specifica sequenza procedimentale, la più recente giurisprudenza ha aggiunto una serie di ulteriori atti di carattere infraprocedimentale che sono stati reputati idonei a ledere immediatamente l'interesse del destinatario, a fronte del fatto che il loro eventuale annullamento produce un'utilità non conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento. Questo è, in particolare, il caso del (xviii) provvedimento di avvio del procedimento, laddove l'Agcm sia asseritamente incompetente ad avviarlo, e del (xix) provvedimento ispettivo, nella misura in cui il destinatario del provvedimento ha lo specifico interesse a non rendere accessibili ai terzi i documenti acquisiti dai funzionari nell'ambito dell'ispezione (cosa che avverrebbe nelle more del procedimento)²¹. Allo stesso modo sarà impugnabile (xx) il provvedimento di

¹⁸ TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902; TAR Lazio, sez. I, 10 maggio 2010, n. 10572, § 2. Le parti che hanno proposto gli impegni possono invece impugnare la decisione di accoglimento solo nel caso in cui essa sia affetta da vizi o invalidità procedurali ad esse non imputabili o riconducibili (TAR Lazio, sez. I, 19 novembre 2008, n. 10428).

¹⁹ Il provvedimento di rigetto della proposta di impegni potrà essere contestato dalla parte unitamente al provvedimento finale, seppur in questo caso il sindacato del giudice è particolarmente limitato, e ha lo scopo di accertare unicamente la completezza e la veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e l'eventuale presenza di errori manifesti, non potendo spingersi a valutare la scelta discrezionale dell'Agm in merito all'idoneità degli impegni o, più in generale, in merito all'opportunità di accogliere la proposta della parte nel caso di specie (Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, § 30; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479, § 14).

²⁰ Cfr., a livello europeo, Trib. Ue, 16 giugno 1992, cause riunite T-24/92 R e T-28/92 R, *Langnese-Iglo e Schöller Lebensmittel c. Commissione* – “Langnese”, in *Racc.* 1992, II, p. 01839.

²¹ TAR Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865, § 1 ss. Ad oggi, la giurisprudenza ha invece escluso l'ammissibilità del ricorso avverso il provvedimento di apertura di un'istruttoria in materia di concentrazioni (TAR Lazio, sez. I, 20 febbraio 2004, n. 1631, § 1).

estensione del procedimento, nella misura in cui è ammesso il ricorso avverso il provvedimento di avvio del procedimento, avendone analoga natura e funzione.

Agli atti sopra identificati occorre poi aggiungere una serie di ulteriori provvedimenti a firma del responsabile del procedimento, i quali si pronunciano in maniera definitiva su istanze formulate dalla parte nel corso del procedimento, tra cui: (xxi) il provvedimento con cui il responsabile del procedimento nega l'accesso al fascicolo istruttorio, e il silenzio-rifiuto nel caso in cui questi non si sia pronunciato sulla richiesta di accesso agli atti entro il termine di 30 giorni dalla sua trasmissione²²; (xxii) il provvedimento con cui il responsabile del procedimento dispone l'eventuale differimento dell'accesso ai sensi dell'art. 13 c. 10 D.P.R. n. 217/1998²³; (xxiii) il provvedimento di rigetto dell'istanza di riservatezza²⁴; (xxiv) il provvedimento di rigetto dell'istanza di restituzione di documenti²⁵; nonché, (xxv) il provvedimento di rigetto dell'istanza di audizione dinanzi agli Uffici²⁶.

III. La portata del sindacato del giudice amministrativo

III.1. Il sindacato di attendibilità tecnica

Ad eccezione che per il caso delle sanzioni pecuniarie, per cui l'art. 134 c.p.a. contempla, come si vedrà, una giurisdizione estesa al merito, il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm in materia *antitrust* è stato tradizionalmente configurato nei termini di controllo di legittimità, a cui può conseguire l'annullamento dell'atto in presenza dei tre vizi della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere previsti dall'art. 29 c.p.a. L'individuazione dell'esatta portata del sindacato giurisdizionale ha impegnato non poco l'interprete, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di non invadere il campo delle valutazioni tecniche riservate all'Agcm, là dove applica concetti giuridici indeterminati alla fattispecie oggetto del procedimento (come per esempio, la nozione di mercato rilevante), e quella di garantire un controllo effettivo a tutela del destinatario del provvedimento. La prima esigenza sembra aver prevalso in una prima fase della giurisprudenza, che ha delineato il sindacato del giudice quale tradizionale forma di controllo "debole" o "estrinseco" inteso a vagliare la mera congruità, logicità e ragionevolezza delle valutazioni tecniche operate dall'Agcm, pur contestualmente affermando la possibilità di operare un pieno controllo dei profili fattuali²⁷.

zione estesa al merito, il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm in materia *antitrust* è stato tradizionalmente configurato nei termini di controllo di legittimità, a cui può conseguire l'annullamento dell'atto in presenza dei tre vizi della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere previsti dall'art. 29 c.p.a. L'individuazione dell'esatta portata del sindacato giurisdizionale ha impegnato non poco l'interprete, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di non invadere il campo delle valutazioni tecniche riservate all'Agcm, là dove applica concetti giuridici indeterminati alla fattispecie oggetto del procedimento (come per esempio, la nozione di mercato rilevante), e quella di garantire un controllo effettivo a tutela del destinatario del provvedimento. La prima esigenza sembra aver prevalso in una prima fase della giurisprudenza, che ha delineato il sindacato del giudice quale tradizionale forma di controllo "debole" o "estrinseco" inteso a vagliare la mera congruità, logicità e ragionevolezza delle valutazioni tecniche operate dall'Agcm, pur contestualmente affermando la possibilità di operare un pieno controllo dei profili fattuali²⁷.

²⁷ Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, § 5.1. In tal senso, nella causa "RC Auto", il Consiglio di Stato ha definito il controllo del giudice nei termini di sindacato "debole o estrinseco", operando una distinzione tra l'attività di controllo della verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Agcm e quello circa la corretta individuazione, da parte di quest'ultima, del parametro normativo e della sua applicazione ai fatti accertati. L'attività di verifica dei fatti materiali contestati ha natura piena, e dunque «presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione». Non altrettanto il giudice ha invece ritenuto di affermare con riferimento alla seconda fase dell'analisi considerando che, siccome l'Agcm svolge «un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo», le cui valutazioni «non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinative».

²² TAR Lazio, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3041, § 2; TAR Lazio, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, § 2.5; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190, § 3.3.2.

²³ TAR Lazio, sez. I, 8 novembre 2017, n. 12445, § 6.3.

²⁴ TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467, § 2.2.1.

²⁵ TAR Lazio, sez. I, 20 novembre 2012, n. 9605.

²⁶ TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80, § 3 ss.

A partire dalla sentenza “Groupe Adeo” del 2011, la giurisprudenza ha precisato che il confine del sindacato del giudice amministrativo nazionale è rappresentato non tanto dalla natura tecnica della regola applicata, che costituisce il limite al sindacato del giudice europeo²⁸, quanto piuttosto dalla sua opinabilità, essendo precluso al giudice amministrativo sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del giudice a quella dell'amministrazione (fermo restando il controllo di ragionevolezza e logicità complessiva del provvedimento)²⁹.

Al tempo stesso, la casistica degli ultimi anni – e, in particolare, la sentenza “Hoffmann-La Roche” – ha offerto anche ipotesi in cui il giudice amministrativo si è spinto oltre il limite dato dall'opinabilità della regola optando, a fronte di una pluralità di soluzioni opinabili, per quella considerata “maggiormente attendibile” rispetto alle altre, senza arrestarsi dinnanzi a quella prescelta dall'Agcm³⁰. A questo proposito, in uno studio condotto dall'Ufficio Studi del Consiglio di Stato

nel 2017, il giudice di seconda istanza considerava di aver definito, nella propria giurisprudenza recente, il passaggio da un sindacato di mera attendibilità, nel quale è sufficiente che sia in sé opinabile la valutazione economica svolta dall'Agcm (e pertanto, in base alla giurisprudenza tradizionale, per ciò stesso attendibile), ad un sindacato di “maggiore attendibilità” in cui il giudice, eventualmente anche sulla base di verificazioni o di consulenze tecniche d'ufficio, valuta l'analisi dell'Autorità in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle ipotesi alternative prospettate dalle parti e dai consulenti di queste, ponendo così la parte pubblica e privata su un piano di effettiva parità dinnanzi al giudice³¹.

Forse anche nel tentativo di “arginare” questi ultimi sviluppi giurisprudenziali, il limite dell'opinabilità della regola è stato inserito dal legislatore nazionale al c. 1 dell'art. 7 D. Lgs. n. 3/2017, stabilendo che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima», e così fotografando lo scenario definito dalla prima giurisprudenza sopra richiamata. Questa norma, che si inserisce peraltro come *obiter dictum* in una disposizione che riguarda il diverso tema dell'efficacia probatoria della decisione dell'Agcm nel giudizio civile, è apparsa fin da subito suscettibile di interpretazioni idonee a ridurre il margine di cognizione del giudice amministrativo, nella misura in cui considera che il sindacato di quest'ultimo non possa estendersi a profili tecnici che presenta-

bili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti [...] concetti giuridici indeterminati», ne consegue che «il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità *antitrust*, [è] un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all'operato dell'Autorità» (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, § 1.3.1).

²⁸ Sulla portata del sindacato del giudice europeo si rinvia, ad es., a C. giust. Ue, 2 settembre 2010, causa C-399/08 P, *Commissione c. Deutsche Post* – “Deutsche Post”, in Racc., 2010, I, p. 7831, § 97. Da ultimo, C. giust. Ue, 12 gennaio 2023, causa C-719/21 P, *Jouvin c. Commissione*, ECLI:EU:C:2023:15, § 85.

²⁹ Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283, § 6.1; in termini analoghi, Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722. Le Sezioni Unite della Cassazione si sono espresse in termini analoghi nella causa “Acea” (Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057 ss.).

³⁰ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, § 1.5-1.7.

³¹ Cons. St., parere dell'Ufficio Studi e massimario su Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale, 2017, p. 2.

no un oggettivo margine di opinabilità. Ed in effetti, a fronte dell'inserimento nell'art. 8 del DDL Concorrenza 2022 di una previsione che contemplava la rimozione dell'inciso «che non presenta un oggettivo margine di opinabilità», il Presidente dell'Agcm è intervenuto in audizione al Senato in difesa dell'attuale testo normativo, ritenendo che la modifica discussa avrebbe turbato l'assetto raggiunto dalla giurisprudenza di corretto equilibrio di ruoli tra giudice e Agcm e che l'apertura ad un controllo giurisdizionale più invasivo avrebbe dovuto essere supportata da una corrispondente specializzazione dei giudici, come previsto in altre giurisdizioni³².

Se da un lato l'emendamento prospettato non è stato poi approvato, dall'altro le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione successive al 2020 sembrano ormai tendenzialmente unanimi nel definire il limite dell'opinabilità della regola ed un sindacato di cd. «attendibilità tecnica», escludendo che il giudice possa sostituire la propria decisione a quella dell'Agcm aderendo a quella maggiormente attendibile offerta dalla parte³³.

³² Cfr. audizione del 5 settembre 2023 del Presidente dell'Agcm, Roberto Rustichelli, in merito all'A.S. 795 «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022».

³³ Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2023, n. 3793, § 14.2 («[u]n tale sindacato, non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione...; pertanto, qualora ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. «contestualizzazione» dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo «intrinseco», che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli

L'«attendibilità» della valutazione non coincide dunque necessariamente con la sua «condivisibilità», nel senso che ben potrebbe il giudice ritenere attendibile una valutazione tecnica dell'Agcm fondata su argomentazioni congrue e ragionevoli, pur non condividendola pienamente.

In questo contesto, peraltro, il giudice nazionale sembra applicare una metodologia spesso «all'ingrosso», esaminando la tenuta del provvedimento nel suo complesso³⁴. Più in generale, la portata del sindacato complessivo sembra poi dipendere anche dalle caratteristiche del caso di specie, o dalla complessità della fattispecie, avendo il giudice dimostrato una maggiore propensione ad un controllo più penetrante nei casi in cui l'Agcm abbia prospettato fattispecie di infrazioni che non

elementi di fatto». Cf. anche Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538, § 4.5; Cons. St., sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5883, § 6.3; Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2020, n. 3503, § 4.3. Le Sezioni Unite della Cassazione si sono espresse in termini analoghi nella causa «Medigas Italia» (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2021, n. 32673, § 2.1.1).

³⁴ La legittimità delle valutazioni operate dall'Agcm non viene infatti valutata alla luce degli ordinari criteri di giudizio sulla discrezionalità amministrativa, quanto piuttosto sulla base del parametro della cd. congruenza narrativa del provvedimento nel suo complesso, «in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla «storia» che si propone per la ricostruzione della intesa illecita» (Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, § 6.5). Il giudice ha poi considerato come la «credibilità» delle prove vale con riferimento all'impianto probatorio nel suo complesso il quale, pertanto, non viene intaccato dall'eventuale illegittimità che infici l'acquisizione di una singola prova (TAR Lazio, sez. I, 23 marzo 2005, n. 12835, § 5; nel caso di specie, il ricorrente contestava l'attendibilità di una dichiarazione anonima). Per un esempio dell'analisi svolta dal giudice europeo, di esame analitico dei diversi passaggi svolti dalla Commissione nel provvedimento impugnato, cfr. Trib. Ue, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours c. Commissione* – «Airtours», in Racc. 2002, II, p. 585.

siano tipiche o cristallizzate nella propria prassi applicativa precedente³⁵.

Da un'analisi dei dati relativi all'esito del contenzioso relativo alle decisioni di accertamento adottate dall'Agcm nel biennio 2017-2019, che risulta ormai quasi completamente definito, sembra emergere una sostanziale conferma della legittimità dei provvedimenti adottati dall'Autorità (con un tasso di rigetto dei ricorsi pari a circa il 70%³⁶); tale risultato può evidentemente esprimere la solidità dell'impianto probatorio e dell'analisi offerta dall'Agcm, ma non è escluso che esso sia altresì il risvolto

di una persistente propensione del giudice italiano ad arrestarsi dinnanzi alla sfera della discrezionalità tecnica/opinabilità della valutazione dell'Agcm.

³⁵ Cfr., ad es., la fattispecie abusiva delineata dall'Agcm nel caso "Poste Italiane", la cui natura "peculiare" (si trattava di un presunto abuso posto in essere da Poste Italiane a danno del concorrente TNT, ma in un mercato in cui il primo operatore non era dominante) ha indotto il TAR Lazio a considerare che l'Autorità si trovava a dover assolvere un onere probatorio e motivazionale maggiore, che si doveva riflettere in un impianto valutativo particolarmente solido e rigoroso. Nel caso di specie, il giudice ha poi concluso che la tesi accusatoria dell'Agcm non fosse supportata da sufficienti elementi probatori (TAR Lazio, sez. I, 25 giugno 2012, n. 5769, § 8.2.1 – 8.4 e 11.1, confermata in appello da Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302). A livello europeo, cfr. C. giust. Ue, 14 febbraio 1990, causa 350/88, *Delacre e altri c. Commissione* – "Delacre", in *Racc.* 1990, I, p. 395).

³⁶ I provvedimenti di accertamento dell'infrazione adottati dall'Agcm nel biennio 2017-2019 che sono stati oggetto di ricorso giurisdizionale, da una o più parti, sono quelli a conclusione delle istruttorie I814, I805, I822, I806, I808, I816, I821, I811, I812, I801A, I801B, I793, I742, I796, I797, I794, A508 e A493 (su quest'ultimo è ancora pendente l'appello della parte al Consiglio di Stato). Soltanto cinque dei 18 provvedimenti impugnati sono stati annullati *in toto* (si tratta, in particolare, dei provvedimenti relativi alle istruttorie I822 – *CONSIP/Gara sicurezza e salute 4*, I821 – *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, I811 – *Finanziamenti auto*, I742 – *Tondini per cemento armato* e I794 – *ABI/SEDA*, di cui rispettivamente alle sentenze: TAR Lazio, sez. I, 27 luglio 2020, n. 8764 (avverso cui l'Agcm non ha proposto appello); Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 749; Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2023, n. 1463).

III.2. La compatibilità con l'art. 6 CEDU

L'art. 6 § 1 CEDU, in materia di «diritto a un equo processo», attribuisce ad ogni persona nei cui confronti sia formulata un'accusa penale il diritto ad un processo equo, dinnanzi ad un tribunale indipendente e imparziale, che sia costituito per legge. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha chiarito che tale disposizione trova applicazione anche nel caso di persone giuridiche cui siano contestate violazioni della normativa *antitrust* punite con sanzioni pecuniarie, che costituiscono appunto «accuse penali» ai sensi dell'art. 6 CEDU sebbene non siano riconducibili al diritto penale in senso stretto («*hard core of criminal law*»). Nel caso di accuse penali che non abbiano natura *hard core*, e dunque nel caso delle contestazioni *antitrust*, è peraltro possibile che le sanzioni siano applicate in prima battuta da un organo amministrativo che cumuli in capo a sé funzioni investigative e decisorie, come appunto l'Agcm, purché al destinatario della sanzione venga garantita la possibilità di impugnare la decisione dinnanzi a un giudice dotato di «piena giurisdizione»³⁷, ossia del potere di riformare in ogni aspetto, quanto di fatto che di diritto, la decisione contestata: altrimenti detto, il giudice deve poter agire come un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria *ex novo*, potendo esaminare in maniera indipendente e completa tutte le questioni pertinenti che si pongono nella controversia³⁸.

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi in maniera puntuale sulla questione relativa alla compatibilità con l'art. 6 CEDU del sistema amministrativo italiano di *enforcement* del diritto della

concorrenza, e alla portata del sindacato assicurato con riferimento ad esso dal giudice amministrativo, nella causa «Menarini»³⁹. Secondo il ricorrente Menarini, sanzionato dall'Agcm per circa sei milioni di euro, il sistema nazionale di applicazione del diritto della concorrenza sarebbe incompatibile con l'art. 6 CEDU nella misura in cui esso non contempla un sindacato di giurisdizione piena quanto piuttosto il mero controllo «debole ed estrinseco» sulle valutazioni tecniche, che appunto non assicura lo standard di tutela contemplato dall'art. 6; inoltre, secondo Menarini, nel caso di specie tanto il TAR Lazio quanto il Consiglio di Stato si erano limitati a verificare che l'organo amministrativo avesse utilizzato il proprio potere discrezionale in maniera logica e coerente, dichiarando di non voler sostituire con la propria la qualificazione giuridica dei fatti operata dall'Agcm. La Corte di Strasburgo ha rigettato il ricorso di Menarini sostenendo che, ai fini della compatibilità con l'art. 6 CEDU, non rilevano tanto le dichiarazioni di principio formulate in giurisprudenza circa la portata del sindacato giurisdizionale, quali ad es. quelle di sindacato «debole», quanto piuttosto l'intensità del controllo esercitato in concreto che nel caso di specie, secondo la Corte, è stato pieno sui punti di fatto e di diritto rappresentati da Menarini⁴⁰.

Lungi dal confermare in maniera definitiva la generale compatibilità del sistema italiano con l'art. 6 CEDU, peraltro messa in discussione proprio in «Menarini» dall'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque⁴¹, la Corte di Strasburgo sembra invece aver imposto all'interprete l'onere di valutare di volta in volta la portata

³⁹ CEDU, 27 settembre 2011, n. 43509/08, cit., § 41.

⁴⁰ CEDU, 27 settembre 2011, n. 43509/08, cit., § 57 ss.

⁴¹ Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, allegata a CEDU, 27 settembre 2011, n. 43509/08, cit.

³⁷ CEDU, 21 maggio 2003, n. 34619/97, § 81.

³⁸ CEDU, 27 settembre 2011, n. 43509/08, § 59.

del sindacato esercitato dal giudice amministrativo nel singolo caso di specie. Le imprese sanzionate dall'Agcm hanno più volte, sulla sponda di "Menarini", contestato dinanzi al giudice l'incompatibilità del sistema nazionale con l'art. 6 CEDU, ma tali censure sono ad oggi sempre state rigettate dal giudice amministrativo, facendo appunto perno sulla pienezza del sindacato da esso esercitato⁴². La parte sarà comunque libera di adire la Corte di Strasburgo una volta esaurite le vie di ricorso interne, la quale si pronuncerà con riferimento al rispetto delle garanzie offerte dalla Convenzione nel singolo caso di specie.

III.3. Il sindacato di merito sulle sanzioni

Come anticipato, l'art. 134 c. 1 lett. c) c.p.a. stabilisce che il giudice amministrativo esercita una giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie applicate da autorità amministrative indipendenti, tra cui appunto l'Agcm, con ciò dunque ribadendo un principio ormai consolidato in giurisprudenza, elaborato con riferimento agli artt. 31 l. n. 287/1990 e 23 l. n. 689/1981⁴³. Nell'esercizio del suo controllo di piena giurisdizione, il giudice potrà dunque valutare la congruità della misura della sanzione definita dall'Autorità, annullare la sanzione o eventualmente calcolare un nuovo importo (in diminuzione⁴⁴), ed

altresì optare per il rinvio all'Agcm laddove non disponga degli elementi fattuali per procedere direttamente (ad es., se in conseguenza dell'annullamento di parte della decisione, come in caso di diversa qualificazione o durata dell'infrazione)⁴⁵. Nel già citato contenzioso relativo ai provvedimenti adottati nel biennio 2017-2019, il giudice si è mostrato comunque prudente ad intervenire sul *quantum* della sanzione confermando *in toto*, al netto dei casi annullati nel merito, la sanzione irrogata dall'Agcm in circa il 60% dei provvedimenti sottoposti alla sua attenzione⁴⁶. Da una lettura delle sentenze emerge un'analisi tendenzialmente volta a valutare la congruità complessiva dell'analisi svolta dall'Agcm alla luce delle proprie Linee guida in materia di sanzioni⁴⁷; specifica menzione meritano tuttavia le pronunce relative al procedimento sulla filiera del cartone ondulato in cui il giudice ha invece richiesto all'Agcm, «senza necessaria comparazione con le altre posizioni dei partecipanti all'intesa», di «tene[re] conto del complesso delle circostanze del caso e non solo degli automatismi delle Linee

aumentare la sanzione applicata dall'Agcm (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190, § 4.7). Il giudice non ha tuttavia talora mancato di rilevare la «singolare tenuità afflittiva» delle sanzioni applicate dall'Agcm nel caso di specie (TAR Lazio, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12313, § 6). Lo scenario nazionale si differenzia dunque da quello in cui si muove il giudice europeo, cui l'art. 31 del Reg. Ue n. 1/2003 riconosce espressamente, oltre che il potere di estinguere e ridurre le sanzioni, anche quello di aumentarle (Trib. Ue, 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T-111/05, *BASF e UCB c. Commissione* – "BASF", in *Racc.* 2007, II, p. 04949, § 212-223).

⁴⁵ Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2015, n. 329; Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3047.

⁴⁶ Per il riferimento al contenzioso di riferimento nel periodo 2017-2019, cfr. nota 35.

⁴⁷ Linee guida dell'Agcm sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative, adottate con provvedimento del 22 ottobre 2014, n. 25152, in *Boll.* 2014, n. 42.

⁴² TAR Lazio, sez. I, 1° luglio 2015, n. 8778, § 4, confermata da Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164; TAR Lazio, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 2668; TAR Lazio, sez. I, 4 gennaio 2017, n. 84, § 4.1; TAR Lazio, sez. I, 1° dicembre 2017, n. 11886; Cons. st., sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211, § 4.1 – 4.2; TAR Lazio, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10999.

⁴³ Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397, § 4.

⁴⁴ Il Consiglio di Stato ha considerato che, in virtù del principio cardine del processo amministrativo che impone la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il giudice amministrativo non può

Guida», e dunque anche allontanandosi dalla metodologia in quella sede definita sul presupposto che «[l']impianto normativo prevede... la modulabilità della sanzione in ragione delle specificità del caso concreto»⁴⁸. Se da un lato queste pronunce risentono evidentemente delle specificità di quell'istruttoria (relativa a due cartelli decennali con circa trenta parti e su due distinti mercati verticalmente collegati, circostanza che ha generato una conseguente risposta sanzionatoria in particolare per le imprese che avevano partecipato ad entrambi i cartelli), è altresì vero che le Linee Guida sono frutto di principi giurisprudenziali consolidati e si prefiggono di individuare una metodologia di calcolo accurata e trasparente, la cui definizione sia funzionale a consentire alle parti di conoscere le motivazioni e l'*iter* logico che hanno indotto l'Agcm ad applicare la sanzione, nella misura prescelta, e al giudice di assicurare un pieno sindacato giurisdizionale sul suo operato⁴⁹. Se da un lato il giudice ha più volte affermato di poter seguire una metodologia diversa da quella cui l'Agcm si è vincolata nelle proprie Linee guida⁵⁰, l'ancoraggio – anche per l'*enforcer* – ad una valutazione relativa al singolo caso concreto potrebbe aprire a scenari di difficile prevedibilità, e non necessariamente nell'interesse dell'impresa sanzionata.

⁴⁸ Cfr., sul punto, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2023, n. 938, § 7.6; Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159, § 7.3.

⁴⁹ Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 695, § 8.

⁵⁰ In particolare, il giudice europeo ha considerato che, nell'esercizio del suo controllo di piena giurisdizione in materia sanzionatoria, il giudice non è tenuto a seguire la metodologia cui l'*enforcer* si è eventualmente vincolato al fine di assicurare trasparenza alla propria azione amministrativa (in tal senso, con riferimento agli Orientamenti della Commissione in materia di sanzioni, Trib. Ue, 5 ottobre 2011, causa T-11/06, *Romana Tabacchi c. Commissione* – “Romana Tabacchi”, in *Racc.* 2011, II, p. 6681, § 266).

IV. Conclusioni

Il dibattito sulla tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Agcm, lungi dall'aver trovato un approdo sicuro, appare necessariamente alimentato dalle continue trasformazioni che investono il diritto *antitrust*, in continuo divenire anche alla luce delle repentine ed importanti trasformazioni dei modelli di *business* degli operatori dei mercati, in particolare digitali.

A fronte di provvedimenti sempre più incisivi (si pensi a sanzioni pecuniarie talora multimilionarie), e di poteri più penetranti conferiti alle autorità *antitrust* (per l'Agcm, pensiamo al potere di richiedere la comunicazione di concentrazioni cd. sotto-soglia e all'applicazione di rimedi in esito ad indagini conoscitive⁵¹), è auspicabile che il controllo del giudice, pur senza sconfinare in un controllo sostitutivo e sulla scorta dell'esempio dei giudici europei, abbia sempre più frequentemente ad oggetto le singole evidenze istruttorie acquisite nel corso del procedimento per verificare se le stesse giustifichino le conclusioni cui è pervenuta l'Agcm, e che ciò avvenga “passando al setaccio” i singoli passaggi del provvedimento, piuttosto che sulla base di un controllo “all'ingrosso” di ragionevolezza e logicità complessiva. Il progressivo accrescimento dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti *antitrust* appare auspicabile anche in un contesto dinamico di sviluppo del *private enforcement* (in cui la decisione dell'Agcm fa stato nel giudizio civile circa natura e portata della violazione, e dunque di fatto accerta anche un illecito civile nel rapporto tra privati) e al fine di conferire piena *accountability*

⁵¹ Per le operazioni sotto-soglia, cfr. art. 16 c. 1-bis legge n. 287/1990, introdotto dall'art. 32 legge n. 118/2022; per le indagini conoscitive con l'applicazione di rimedi strutturali e comportamentali, cfr. art. 1 c. 5 D.L. n. 104/2023, convertito dalla legge n. 136/2023.

all'azione dell'Agcm ai sensi dell'art. 6 CEDU. In questo modo, peraltro, l'analisi svolta dal giudice in termini di ricostruzione della fattispecie accertata andrà di pari passo con quella operata sotto il profilo sanzionatorio, sulla quale la giurisdizione è estesa al merito per espressa previsione legislativa, essendo l'ampiezza della valutazione sul fatto evidentemente legata all'ammontare della sanzione.

MARCELLO CLARICH –
CLARA BEATRICE CALINI*

Bibliografia

M. Clarich, «Manuale di giustizia amministrativa», Bologna, 2023, § VIII.11; G. Greco, «L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 469; M. Lipari, «Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE», in *Federalismi.it*, 2018, n. 8; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 46 ss., 51, 149 ss. e 177 ss.; P. Lazara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 197 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 255; C. Calini, *Procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018, p. 272 ss.; Cintioli, «Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust», in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507; Castaldo – Grantaliano – Faraone, «La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust: tra discrezionalità tecnica e metodologica», in *MCR*, 2018, p. 487.

* Le opinioni espresse nel testo hanno natura personale e pertanto non coinvolgono l'istituzione di appartenenza.

LA TUTELA GIURISDIZIONALE AVVERSO GLI ATTI DELLA COMMISSIONE IN MATERIA ANTITRUST

Sommario: **I.** Competenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea. – **II.** Ricorsi proponibili in materia di diritto *antitrust*. – **III.** Natura del Controllo di legalità. – **IV.** Controllo giurisdizionale di merito. – **V.** Tutela Cautelare. – **VI.** Competenza del giudice nazionale in sede di rinvio pregiudiziale.

I. Competenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea

L'Unione europea è un'Unione di diritto, «nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue Istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato»¹. Ne consegue che le decisioni della Commissione adottate in virtù dei Regg. (CE) 1/2003² e 139/2004³ sono soggette a controllo giurisdizionale. Secondo gli artt. 256 § 1, TFUE e 51 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia UE, tale controllo è esercitato dal Trib. UE in primo grado e dalla Corte di giustizia UE in sede d'impugnazione. La Corte di giustizia UE può anche conoscere indirettamente della legalità delle decisioni della Commissione

mediante un rinvio pregiudiziale di validità, proposto ai sensi dell'art. 267 TFUE dal giudice nazionale, ove quest'ultimo sia adito, ad esempio, per un ricorso contro un atto di esecuzione di una decisione della Commissione. In ogni caso, il Trib. UE e la Corte di giustizia UE sono i soli giudici a poter dichiarare l'invalidità di una decisione della Commissione⁴. Il rispetto del diritto è oggi un valore dell'Unione europea ai sensi dell'art. 2 TUE e ne definisce l'identità⁵.

II. Ricorsi proponibili in materia di diritto *Antitrust*

Il ricorso principale a disposizione di un soggetto leso da una decisione della Commissione è il ricorso in annullamento, previsto all'art. 263 TFUE, esperibile contro ogni provvedimento destinato a produrre «effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questi»⁶.

⁴ C. giust. CE, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto - Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.* 1987, p. 4199; 6 dicembre 2005, causa C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV*, in *Racc.* 2005, p. I-10513; 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, punto 78, prima frase; 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, EU:C:2022:99, punto 71.

⁵ C. giust. UE sentenze del 16 febbraio 2022, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, causa C-156/21, EU:C:2022:97, punto 127; e *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-157/21, EU:C:2022:98, punto 145.

⁶ C. giust. CE, 11 novembre 1981, causa 60/81, *IBM c. Commissione*, in *Racc.* 1981, p. 2639, punto

¹ C. giust. CE, 23 aprile 1986, causa 294/83, *«Les Verts» c. Parlamento europeo*, in *Racc.* 1986, p. 1339, punto 23.

² Reg. (CE) 1/2003 del Consiglio, 6 dicembre 2002, concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

³ Reg. (CE) 139/2004 del Consiglio, 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»), in G.U.U.E. L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

Non sono considerate tali, tra l'altro, la Comunicazione degli addebiti di cui all'art. 2, § 1, Reg. 773/2004⁷, né le lettere emesse ai sensi dell'art. 7 § 1 di tale Reg., con cui la Commissione invita il denunciante a sottoporle ulteriori osservazioni e le Comunicazioni al denunciante in cui i servizi della Commissione gli comunicano lo stato del procedimento. Per contro, tali Comunicazioni costituiscono un atto impugnabile ove esprimano in maniera inequivocabile l'intenzione di non procedere oltre nell'esame della violazione denunciata⁸. Allo stesso modo, è un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE la decisione del Consigliere-uditore con la quale si consente la trasmissione a terzi delle versioni non confidenziali delle Comunicazioni degli addebiti in un procedimento relativo all'applicazione dell'art. 101 TFUE⁹. Tuttavia, le parti preferiscono spesso impugnare la decisione finale della Commissione e contestare, in quella sede, la pretesa violazione dei propri diritti di difesa imputabile al Consigliere-uditore¹⁰.

Il silenzio dell'Istituzione può essere considerato come atto impugnabile solo in presenza di una espressa e specifica equiparazione dell'inerzia ad una decisione tacita

con contenuto definito. Tale limite si spiega con la previsione del ricorso in carenza di cui all'art. 265 TFUE, che costituisce il rimedio giurisdizionale contro l'inattività dell'Istituzione tenuta a prendere un provvedimento¹¹. Si può ritrovare detta equiparazione nel Reg. 139/2004, ad esempio, all'art. 4 § 4, comma 4, dove il silenzio della Commissione entro un certo termine è considerato decisione di rinvio alle Autorità *antitrust* nazionali e all'art. 9 § 5, per la decisione di rinvio a tali Autorità di un caso di concentrazione notificata¹². Per contro, una decisione di non rinviare alle Autorità nazionali l'esame di un'operazione di concentrazione ai sensi dell'art. 9, Reg. 139/2004 non è un atto impugnabile¹³.

A proposito del ricorso in carenza, esso permette di porre rimedio all'inerzia della Commissione mantenuta in violazione del Trattato dopo una richiesta di intervento, dalla quale siano decorsi due mesi senza che l'Istituzione abbia preso posizione. La «presa di posizione» ai sensi dell'art. 265 TFUE è qualunque atto riguardante i fatti dedotti nella richiesta del denunciante che non abbia carattere meramente interlocutorio¹⁴. Il fatto che l'Istituzione non abbia seguito la posizione del denunciante espressa nella richiesta è irrilevante al fine di stabilire se essa

9; T. UE, 31 gennaio 2006, causa T-48/03, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-111, punto 45.

⁷ Reg. 773/2004 (CE) della Commissione, 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.U.E. L 123, 27 aprile 2004, punto 18 ss.

⁸ Trib. CE, 18 maggio 1994, causa T-37/92, *BEUC e NCC c. Commissione*, in *Racc.* 1994, p. II-285, punti 35-38.

⁹ Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG e Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c. Commissione*, in *Racc.* 2006, p. II-1601.

¹⁰ Trib. UE, 2 febbraio 2022, *Scania AB e. a. c. Commissione*, causa T-799/17, EU:T:2022:48, punti 182-190, confermata in C. giust. UE, *Scania AB e. a. c. Commissione*, causa C-251/22 P, EU:C:2024:103.

¹¹ Trib. CE, 13 dicembre 1999, cause riunite T-189/95, T-39/96 e T-123/96, *Groupement pour le service d'acquisitions (SGA) c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-3587, punti 26 e 27; C. giust. CE, 9 dicembre 2004, causa C-123/03P, *Commissione c. Greencore Group plc*, in *Racc.* 2004, p. I-11647, punto 45.

¹² Trib. CE, 3 aprile 2003, causa T-119/02, *Royal Philips Electronics NV c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-1433.

¹³ Trib. UE, 12 ottobre 2011, causa T-224/10, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 75 ss.

¹⁴ C. giust. CE, 16 febbraio 1993, causa C-107/91, *ENU c. Commissione*, in *Racc.* 1993, p. I-599; C. giust. CE, 13 luglio 1971, causa 8/71, *Deutscher Komponistenverband c. Commissione*, in *Racc.* 1971, p. 705.

abbia o non preso posizione ai sensi della disposizione appena citata¹⁵. Una lettera ai sensi dell'art. 7, Reg. 773/2004 impedisce il verificarsi della carenza¹⁶, ma non è un atto impugnabile con un ricorso in annullamento.

In relazione ad un rifiuto della Commissione di adottare decisioni ai sensi dell'art. 106 § 3 TFUE (relative a imprese titolari di diritti speciali od esclusivi, o incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale), la giurisprudenza sembra ora orientata nel senso di limitare l'impugnabilità di una tale decisione di rifiuto alla sussistenza di circostanze eccezionali¹⁷. In particolare, la Corte ritiene che la discrezionalità della Commissione nel dare attuazione all'art. 106 § 3 TFUE è tale per cui i singoli non possono chiederle di adottare una decisione determinata, con la conseguenza che un ricorso in annullamento contro tale decisione di rifiuto è irricevibile¹⁸.

Ove il ricorso sia presentato da un privato, la ricevibilità è subordinata alla prova della sussistenza di un interesse ad agire. Nel settore delle concentrazioni, l'abbandono dell'operazione di concentrazione non fa venir meno l'interesse ad agire. Tuttavia, ciò è vero se l'impresa ricorrente ha abbandonato l'operazione solo per la necessità di conformarsi alla decisione della Commissione con cui la concentrazione è

stata dichiarata incompatibile con il mercato comune¹⁹.

Sempre nel caso di un ricorso presentato da un privato, ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, a parte l'ipotesi di un ricorso contro un atto regolamentare che lo riguarda direttamente, fattispecie in cui non rientrano le decisioni in materia di diritto *antitrust* essendo essa riferita ad atti di portata generale²⁰, il ricorso proposto da una persona fisica o giuridica che non sia destinataria della decisione impugnata è subordinato alla prova che essa sia interessata da tale atto in maniera "diretta e individuale"²¹. La stessa condizione sussiste quanto alla mancata adozione di una decisione favorevole nel caso di un ricorso in carenza, posto che annullamento e carenza «sono l'espressione di uno stesso rimedio giurisdizionale». Conseguentemente, come l'art. 263, comma 4, TFUE consente ai singoli di proporre un ricorso in annullamento contro un atto delle Istituzioni di cui non sono destinatari, se questo atto li riguarda direttamente ed individualmente, così l'art. 265, comma 3, TFUE dev'essere interpretato nel senso che conferisce loro anche la facoltà di proporre ricorso in carenza contro un'Istituzione che abbia omissso di adottare un atto che li avrebbe riguardati allo stesso modo²². Perché un atto riguardi direttamente un privato ai

¹⁵ C. giust. UE, 8 febbraio 2018, *CBA Spielap- parate- und Restaurantbetrieb c. Commissione*, causa C508/17 P, EU:C:2018:72, punto 23.

¹⁶ Trib. CE, 10 luglio 1997, causa T-38/96, *Guérin Automobiles c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-1233, punto 31.

¹⁷ Trib. CE, 17 giugno 2003, causa T-52/00, *Coe Clerici Logistics S.p.a. c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. 2123, punti 89-91.

¹⁸ C. giust. CE, 22 febbraio 2005, causa C-141/02 P, *Max.mobil c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-1283, punti 66 ss.; Trib. UE, 23 settembre 2011, causa T-567/10 e causa T-568/10, *Vivendi c. Commissione*, non ancora pubblicate, punto 16.

¹⁹ Trib. CE, 15 dicembre 1999, causa T-22/97, *Kesko Oy c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-3775, punto 59; C. giust. CE, 19 settembre 1985, cause riunite 172 e 226/83, *Hoogovens Groep c. Commissione*, in *Racc.* 1985, p. 2831, punto 19; cfr. anche Trib. CE, 3 aprile 2003, causa T-342/00, *Petrolensence e SGR 2 c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. I-1161, punti 39-41.

²⁰ Trib. UE, 6 settembre 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento*, non ancora pubblicata, punto 42, confermata con sentenza in causa C-583/11 P, in particolare punti 58-59.

²¹ C. giust. UE, 31 gennaio 2023, *Commissione c. Braesch*, causa C-284/21 P, EU:C:2023:58, punto 51.

²² Trib. CE, 11 luglio 2007, causa T-167/04, *Asklepios Kliniken GmbH c. Commissione*, in *Racc.*

sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, la sua applicazione deve avere carattere meramente automatico e deve derivare dalla sola normativa dell'Unione, senza intervento di altre norme intermedie²³. Quanto all'interesse individuale, chi non è destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento «lo tocchi a causa di determinate qualità personali ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari»²⁴.

I motivi di un ricorso in annullamento sono l'incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, la violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione ed eccesso di potere. Quanto al vizio della violazione delle forme sostanziali, tale vizio può essere interpretato anche con diretto riferimento alla violazione delle regole di cui al Reg. 1/2003, come, ad esempio, la mancata consultazione del Comitato consultivo²⁵. Gli stessi motivi possono essere fatti valere nel caso di un ricorso in carenza, tranne quelli che presuppongono un'azione dell'Istituzione interessata (es. eccesso di potere).

I diritti fondamentali integrano il parametro di legalità del giudice dell'Unione, sia nel caso in cui siano individuati da disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha lo stesso valore dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 § 1, comma 1, TUE, sia quando tali diritti risultino da principi generali derivanti da disposizioni della Convenzione euro-

pea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ai sensi dell'art. 6 § 3 TUE, e ciò fino a quando l'Unione non aderirà a tale Convenzione come previsto al § 2 di tale disposizione. In particolare, i principi generali del diritto dell'Unione hanno un ruolo essenziale nella tutela dei diritti avverso le decisioni della Commissione; è così per il principio dei diritti della difesa, il cui rispetto «in qualsiasi procedimento idoneo a concludersi con l'irrogazione di sanzioni, in particolare ammende o penali di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, che deve essere pienamente osservato dalla Commissione»²⁶. Infine, virtù della spiegazione relativa all'art. 52, § 3 della Carta e dell'art. 6 § 1, comma 3, TUE, ove la Carta contenga dei diritti fondamentali corrispondenti a quelli individuati nella Convenzione europea, il significato e la portata di tali diritti sono determinati anche in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come ormai la stessa Corte di giustizia UE ha riconosciuto²⁷.

Quanto agli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso in annullamento o del ricorso in carenza, ai sensi dell'art. 266 TFUE, l'Istituzione o le Istituzioni da cui promana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria al Trattato sono tenute a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta. In particolare, da una sentenza di annullamento deriva l'obbligo per l'Istituzione che ha adottato l'atto di disporre un «ripristino adeguato della situazione del ricorrente»²⁸ o di

2007, p. II-2379, punto 45 e giurisprudenza ivi citata.

²³ Trib. CE, 22 novembre 2001, causa T-9/98, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie GmbH c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3367, punto 47.

²⁴ C. giust. CE, 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *UPA c. Consiglio*, in *Racc.* 2002, p. I-6677, punto 36.

²⁵ C. giust. CE, 10 luglio 1980, causa 30/78, *Distillers Company Limited c. Commissione*, in *Racc.* 1980, p. 2229.

²⁶ C. giust. UE, 16 giugno 2022, causa C-698/19 P, *Sony Optiarc Inc. e. a. c. Commissione*, EU:C:2022:480, punto 66.

²⁷ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, in *Racc.* 2010, p. I-13849, punto 35.

²⁸ Trib. CE, 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1999, p. II-753, punto 41.

evitare comunque un atto identico²⁹. Ad esempio, in caso di annullamento di una decisione che irroga un'ammenda, in virtù dell'art. 266 TFUE il ricorrente ha diritto a ottenere il ripristino della situazione in cui si trovava prima di tale decisione, «cosa che implica, in particolare, il rimborso dell'importo di base indebitamente pagato a motivo della decisione annullata, nonché il versamento degli interessi moratori»³⁰. Nel caso dell'annullamento di una decisione di dar luogo ad un accertamento ai sensi dell'art. 20 del Reg. 1/2003, l'effetto della sentenza consiste nell'impossibilità di utilizzare le informazioni raccolte nel corso di detto accertamento al fine di stabilire l'esistenza di un'eventuale violazione dell'art. 101 o 102 TFUE³¹. Infine, il procedimento inteso alla sostituzione dell'atto annullato deve essere ripreso nel punto esatto in cui l'illegittimità è intervenuta, anche se nel nuovo atto potranno essere invocati motivi diversi da quelli su cui si basava la prima decisione³², ed esso è disciplinato dalle norme in vigore al momento in cui il nuovo atto dev'essere adottato³³.

Sulla base dell'art. 266 TFUE, in caso di esito positivo del ricorso in annullamento o del ricorso in carenza, la Commissione deve soprattutto trarre il principio cui deve attenersi nei confronti

del ricorrente³⁴. Tuttavia, non è possibile per il giudice prescrivere o ingiungere alla Commissione l'adozione di alcun provvedimento specifico, sicché ogni eventuale richiesta in tal senso avanzata dall'interessato nel ricorso e fatta valere nel giudizio è irricevibile³⁵. Tale preclusione risulta dalla funzione dell'art. 266 TFUE, che è quella di definire il limite del potere del giudice rispetto alla libertà di scelta e di azione della Commissione.

Una disciplina particolare degli effetti della sentenza del giudice dell'Unione è prevista nel settore delle concentrazioni, dove l'art. 10 § 5, comma 1, Reg. 139/2004 prevede che, in caso di annullamento totale o parziale di una decisione da adottare entro un termine determinato, la Commissione riesamina l'operazione di concentrazione al fine di adottare una decisione sulla base dell'art. 6 § 1 di tale Reg. In tal caso, la Commissione deve eliminare l'effetto prodotto dalla decisione annullata, ossia la chiusura dell'esame dell'operazione di concentrazione, posto che nella sentenza di annullamento i provvedimenti previsti all'art. 266 TFUE riguardano «l'annullamento degli effetti prodotti dall'atto di cui trattasi e che sono inficiati dalle illegittimità accertate»³⁶.

Sul ricorso in annullamento, infine, l'art. 264 TFUE prevede che, in caso di accoglimento, il giudice dichiara «nullo e non avvenuto» l'atto impugnato. La disposizione contribuisce a delimitare la competenza del giudice rispetto a quella dell'Istituzione poiché in base ad essa, il giudice non può sostituire una propria

²⁹ C. giust. CE, 6 marzo 1979, causa 92/78, *Simmenthal c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 777, punto 32; C. giust. CE, *AKZO Chemie*, cit., punto 21; C. giust. CE, 26 aprile 1988, causa 207/86, *Apesco c. Commissione*, in *Racc.* 1988, p. 2151, punto 26.

³⁰ Trib. UE, 12 febbraio 2019, causa T-201/17, *Printeos SA*, EU:T:2019:81, punto 56 e giurisprudenza ivi citata.

³¹ C. giust. UE, 18 giugno 2015, causa C-583/13 P, *Deutsche Bahn AG e. a. c. Commissione*, EU:C:2015:404, punto 45.

³² Trib. UE, 26 settembre 2018, causa T-574/14, *EAEPC c. Commissione*, EU:T:2018:605, punto 52 e giurisprudenza ivi citata.

³³ C. giust. UE, 14 giugno 2016, causa C-361/14 P, *Commissione c. McBride e. a.*, EU:C:2016:434, punto 40.

³⁴ C. giust. CE, 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. I-3679, punto 36.

³⁵ Trib. CE, 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Vihos c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-17; Trib. CE, 24 gennaio 1995, causa T-74/92, *Ladbroke Racing c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-115, punti 71-76.

³⁶ Trib. CE, *Gencor*, cit., punto 41.

motivazione a quella seguita dall'Istituzione che ha adottato l'atto³⁷.

L'eventuale impossibilità per la Commissione di eseguire una sentenza di annullamento ai sensi dell'art. 266 TFUE non priva di tutela il ricorrente, il quale potrà esperire un ricorso per risarcimento del danno ai sensi dell'art. 340 TFUE.

Ai sensi dell'art. 340 TFUE, il singolo danneggiato da un comportamento illecito dell'Istituzione può richiedere il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale ove dia prova del danno, di un comportamento illecito e del nesso di causalità tra comportamento illecito e danno. La Corte di giustizia ha affermato il principio per cui un ricorso per risarcimento del danno può essere introdotto anche per la violazione dell'obbligo di decidere entro un termine ragionevole commessa da parte dello stesso Tribunale, obbligo derivante dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Tale ricorso dovrà essere introdotto dinanzi al Tribunale. Pertanto, la violazione del termine ragionevole non può essere fatta valere per la prima volta da un ricorrente in sede d'impugnazione dinanzi alla Corte contro una sentenza del Tribunale; l'unica eccezione riguarda il caso in cui sia «manifesto, senza che le parti debbano produrre ulteriori elementi al riguardo, che il Tribunale ha violato in maniera sufficientemente qualificata il proprio obbligo di giudicare la causa entro un termine ragionevole»³⁸. A sua volta, una volta adito di detto ricorso, il Tribunale è tenuto a pronunciarsi decidendo in

una composizione diversa «da quella che si è trovata a decidere la controversia oggetto del procedimento la cui durata è contestata»³⁹. Sul punto, importanza decisiva riveste la prova del nesso di causalità tra violazione del termine ragionevole e pregiudizio subito dal ricorrente⁴⁰.

Quanto all'illiceità del comportamento, essa è stata definita sulla base delle stesse condizioni relative alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione⁴¹. Pertanto, tale responsabilità viene ravvisata ove il giudice riscontri una violazione grave e manifesta di una norma preordinata a conferire diritti al soggetto leso, purché detta violazione sia la causa del danno lamentato⁴². Nel diritto *antitrust*, il concetto di violazione «grave e manifesta» consente al giudice di limitare il proprio sindacato agli aspetti più significativi ed evidenti del comportamento illecito dell'Istituzione interessata⁴³. Peraltro, a fronte dell'applicazione decentrata del diritto europeo *antitrust*, è necessario individuare l'Istituzione responsabile del preteso illecito ai fini d'individuare il foro competente. Se si tratta di un illecito

³⁹ C. giust. UE, 9 giugno 2016, causa C-617/13 P, *Respol Lubricantes y Especialidades e. a. c. Commissione*, EU:C:2016:416, punti 98-99.

⁴⁰ Per degli esempi cfr. C. giust. UE, 13 dicembre 2018, cause riunite C-138/17 P e C-146/17 P, *Unione europea c. Gascogne Sack Deutschland GmbH e. a.*, EU:C:2018:1013, punto 31; causa C-150/17 P, *Unione europea c. Kendrion NV*, EU:C:2018:101, punto 60; cause riunite C-174/17 P e C-222/17 P, *Unione europea c. Plásticos Españoles SA (ESPLA)*, EU:C:2018:1015, punto 32.

⁴¹ C. giust. CE, 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean Jacques Groupil c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. I-5291.

⁴² C. giust. UE, 21 dicembre 2023, causa C-297/22 P, *United Parcel Service Inc. c. Commissione*, EU:C:2023:1027, punto 61.

⁴³ Trib. CE, 9 settembre 2008, causa T-212/03, *MyTravel Group plc c. Commissione*, non ancora pubblicata, punti 40 e ss.; C. giust. CE, 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-2941, punto 51.

³⁷ C. giust. UE, 24 gennaio 2013, causa C-73/11 P, *Frucona Košice c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 89.

³⁸ C. giust. UE, 21 settembre 2017, causa C-89/15 P, *Riva Fire SpA c. Commissione*, EU:C:2017:713, punto 54. Per l'eccezione cfr. C. giust. UE, 21 gennaio 2016, causa C-603/13 P, *Galp Energía España SA e. a. c. Commissione*, EU:C:2016:38, punto 57 (in questo caso la durata del procedimento dinanzi al Tribunale era stata di circa cinque anni e nove mesi: *ibidem*, punto 58).

compiuto da un'autorità nazionale in maniera autonoma, ossia non in stretta esecuzione di una decisione adottata dalla Commissione, il ricorso andrà proposto dinanzi al giudice nazionale⁴⁴.

Quest'ultimo rimane l'istanza competente a conoscere anche dei ricorsi in cui sia fatta valere la responsabilità extracontrattuale per violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE commesse da una o più imprese e che siano presentati da singoli operatori⁴⁵, da consumatori⁴⁶ o anche da parte della stessa Unione europea per il tramite della Commissione per pregiudizi da essa subiti⁴⁷. Il giudice nazionale applicherà in simili controversie le condizioni precisate nella giurisprudenza *Bergaderm*⁴⁸ e relative alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo, posto che tale responsabilità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione. Tale applicazione del principio generale della responsabilità è stata ulteriormente precisata dal legislatore dell'Unione con la direttiva (UE) 2014/104/UE⁴⁹, con la quale sono state fissate delle norme precise in materia, tra l'altro, di mezzi di prova della violazione, di termini di prescrizione e di responsabilità

in solido. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, ove le norme della direttiva non siano applicabili (ad esempio *ratione temporis*), le norme nazionali applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni previste dal diritto nazionale (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)⁵⁰. Il Tribunale dell'Unione rimane competente per i ricorsi introdotti dai singoli nei casi in cui le autorità nazionali non abbiano alcuna discrezionalità nell'attuare la legislazione dell'Unione di cui s'invoca l'invalidità⁵¹.

III. Natura del Controllo di legalità

Il controllo delle decisioni della Commissione in materia di diritto *antitrust* è un controllo di sola legalità, salvo il caso delle sanzioni pecuniarie (v. *infra* sub IV). Il Tribunale e la Corte non possono rimettere in discussione valutazioni di mera opportunità, come ad esempio la scelta della Commissione di intervenire in un determinato settore o i criteri generali con cui attuare la politica della concorrenza. Oltre ad essere limitato alla legittimità, il controllo del giudice può essere ulteriormente limitato dall'eventuale complessità e dalla natura tecnica delle valutazioni economiche oggetto dei provvedimenti adottati in materia di diritto *antitrust*, con

⁴⁴ Trib. CE, 8 marzo 2007, causa T-339/04, *France Télécom SA c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-521, punti 46 e ss.

⁴⁵ C. giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd*, in *Racc.* 2001, p. I-6297, punto 28; 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, punti 20 e ss.

⁴⁶ C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, in *Racc.* 2006, p. I-6619, punto 59.

⁴⁷ C. giust. UE, 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e a.*, non ancora pubblicata, punti 43-44.

⁴⁸ C. giust. CE, causa C-352/98P, cit.

⁴⁹ Dir. (UE) 2014/104/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in G.U.U.E. L 349, 5.12.2014, p. 1 e ss.

⁵⁰ C. giust. UE, 28 marzo 2019, C-637/17, *Cogeco Communications Inc.*, EU:C:2019:263, punto 43.

⁵¹ Trib. UE, ord. 30 novembre 2022, causa T-379/16, *Basimed Enterprises Ltd c. Consiglio e a.*, non pubblicata, punto 63 e giurisprudenza ivi citata.

cui la Commissione esercita il proprio potere discrezionale⁵².

La causa della natura marginale di tale controllo di legalità è il rispetto della prerogativa istituzionale della Commissione, cui i Trattati – e i Regg. 1/2003 e 139/2004 – hanno affidato il compito di garantire la concorrenza nel mercato interno e, a tal fine, l'onere di svolgere le valutazioni economiche necessarie. Conseguentemente, in presenza di simili valutazioni, il controllo giurisdizionale si limita necessariamente «alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere»⁵³. Il giudice dell'Unione deve inoltre verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la propria decisione, in particolare, se abbia spiegato la ponderazione e la valutazione che essa stessa ha effettuato degli elementi considerati⁵⁴. Tra i mezzi rilevabili d'ufficio è peraltro esclusa la legalità “sostanziale” dell'atto⁵⁵. Inoltre, se il giudice dell'Unione può rilevare un'illegalità d'ufficio, esso non può comunque modificare nell'esercizio di tale potere le conclusioni formulate da un ricorrente⁵⁶.

Tale limite non impedisce al giudice di nominare esperti per comprendere

le parti più tecniche del ragionamento economico seguito dalla Commissione nella decisione impugnata. Peraltro, una simile evenienza si verifica normalmente dinanzi al Tribunale, che è giudice del fatto, essendo l'appello alla C. giust. UE limitato alle sole questioni di diritto, ai sensi dell'art. 256 § 1, comma 2, TFUE⁵⁷. Ciononostante, anche ove si debba decidere su una questione di diritto, ove essa comporti inevitabilmente l'esame accurato di circostanze fattuali, come la possibilità di considerare un rapporto tra una *holding* finanziaria e un'altra società come una forma di controllo societario, sarà sempre il Tribunale il solo competente a esaminare e qualificare tali circostanze⁵⁸.

In ogni caso, la marginalità del controllo di legalità costituisce un limite indicativo, il cui significato è stato precisato progressivamente dalla giurisprudenza sul presupposto che il controllo giurisdizionale previsto dai Trattati è da intendersi come un “controllo completo”, ossia relativo sia alle questioni di diritto sia alle questioni di fatto⁵⁹.

In tal senso, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse venga riconosciuto alla Commissione un potere discrezionale, ciò non impedisce al Tribunale e alla Corte di controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Più precisamente, il giudice dell'Unione «è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare

⁵² C. giust. UE, 25 marzo 1996, causa C-137/95 P, *SPO e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. I-1611; C. giust. CE, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, in *Racc.* 2005, p. I-987.

⁵³ C. giust. CE, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited e. a. / Commissione*, in *Racc.* 2009, p. I-9291, punto 85.

⁵⁴ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-386/10 P, *Chalkor c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 61.

⁵⁵ C. giust. UE, 10 dicembre 2013, causa C-272/12 P, *Commissione c. Irlanda*, EU:C:2013:812, punti 27-29.

⁵⁶ C. giust. UE, 14 novembre 2017, causa C-122/16 P, *British Airways plc c. Commissione*, EU:C:2017:861, punti 89-90.

⁵⁷ Trib. CE, 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-4071; 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-4381.

⁵⁸ C. giust. UE, 3 maggio 2012, causa C-289/11 P, *Legris Industries SA c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁵⁹ C. giust. UE, *Deutsche Bahn AG*, cit., punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono»⁶⁰. A certe condizioni, inoltre, il giudice dell'Unione può esaminare l'interpretazione di concetti economici da parte della Commissione⁶¹.

In materia di concentrazioni, la Corte ha anche aggiunto che tale controllo giurisdizionale è ancor più necessario, trattandosi di effettuare «un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione atto a produrre un effetto di conglomerato»⁶². Si aggiunga che, nell'ambito di un ricorso contro una decisione di richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 18, par. 3, Reg. 1/2003, il Tribunale può ordinare alla Commissione di produrre gli indizi in base ai quali detta decisione è stata adottata. In tal caso, tuttavia, al fine di conciliare la tutela del contraddittorio con le esigenze della fase di indagine preliminare del procedimento, il Tribunale può limitare la consultazione delle informazioni fornite dalla Commissione ai soli avvocati, subordinandola all'assunzione di un impegno di riservatezza da parte loro⁶³.

Il controllo del giudice dell'Unione può dunque essere tutt'altro che marginale. Ciò è tanto più vero se si pone mente alla giurisprudenza, secondo la quale il destinatario

della Comunicazione degli addebiti non è tenuto a contestare i singoli elementi di fatto o di diritto delle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE ascrittegli nel corso della fase amministrativa del procedimento, a pena di non poterlo più fare successivamente in sede giurisdizionale. La motivazione di una simile conclusione è che, se il riconoscimento esplicito o implicito di elementi di fatto o di diritto da parte di un'impresa durante la fase amministrativa del procedimento può costituire «un elemento di prova integrativo ai fini dell'esame della fondatezza di un ricorso giurisdizionale, esso non può limitare l'esercizio stesso del diritto di proporre ricorso dinanzi al Tribunale»⁶⁴.

Tuttavia, l'ammissione esplicita di talune circostanze nel procedimento amministrativo può, in linea di principio, limitarne le possibilità successive di contestazione in sede giurisdizionale⁶⁵. Tale precisazione si rivela particolarmente rilevante per le decisioni di transazione in caso di cartelli, previste all'art. 10-*bis*, Reg. 773/2004, poiché, in tale ipotesi, la transazione non è che una modalità procedurale per adottare una decisione di divieto ai sensi dell'art. 7, Reg. 1/2003, nella quale le imprese interessate fanno ammissioni sulla propria commissione dell'illecito anticoncorrenziale. Con una modifica intervenuta con il regolamento (UE) 2015/1348⁶⁶, si è anche aggiunto che la parte che ha ottenuto accesso al fascicolo può utilizzare le informazioni tratte dalle proposte di transazione solo se ciò è necessario per l'esercizio dei propri diritti di

⁶⁰ C. giust. UE, 8 dicembre 2011, causa C-389/10 P, *KME Germany AG e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto 121; C. giust. UE, 10 luglio 2014, causa C-295/12 P, *Telefónica SA e a. c. Commissione*, EU:C:2014:2062, punto 54 e giurisprudenza ivi citata.

⁶¹ C. giust. UE, 13 luglio 2023, causa C-376/20 P, *Commissione c. CK Telecoms UK Investments Ltd*, EU:C:2023:561, punti 125-126.

⁶² C. giust. CE, 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, in *Racc.* 2005, p. I-987, punto 39.

⁶³ Trib. UE, 14 marzo 2014, causa T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas SA c. Commissione*, EU:T:2014:121, punti 24-25, 41 e 43-44.

⁶⁴ C. giust. UE, 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, *KnaufGips KG c. Commissione*, in *Racc.* 2010, p. I-6375, punti 88-90; 28 settembre 2019, causa C-593/18 P, *ABB Ltd e a. c. Commissione*, EU:C:2019:1027, punto 72.

⁶⁵ C. giust. CE, 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Ltd Co. e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-1181, punto 108.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2015/1348 della Commissione del 3 agosto 2015, in G.U.U.E. L 208, 5 agosto 2015, p. 3 e ss.

difesa in procedimenti dinanzi al Tribunale o alla Corte e relativi a decisioni della Commissione e, solo in alcuni casi, in procedimenti dinanzi al giudice nazionale⁶⁷.

Il controllo di legittimità marginale può anche influenzare la definizione del livello di prova che la Commissione deve raggiungere per dimostrare la sussistenza di una violazione del diritto *antitrust*⁶⁸.

Infine, le decisioni sugli impegni ai sensi dell'art. 9, Reg. 1/2003 danno luogo ad un altro possibile esempio di controllo di legittimità marginale che, in tale sede, potrebbe essere limitato alla constatazione dell'errore manifesto di valutazione se esso venisse provocato sull'idoneità degli impegni ad eliminare i problemi di concorrenza identificati dalla Commissione⁶⁹. Tuttavia, il giudice dell'Unione può valutare la proporzionalità di una decisione sugli impegni e, in tale sede, esso può anche giudicare se gli impegni proposti dalle imprese interessate ai sensi dell'art. 9 del reg. (UE) 1/03 rispondano "in modo adeguato" alle preoccupazioni espresse dalla Commissione⁷⁰. Quanto agli effetti di una decisione sugli impegni sui poteri del giudice nazionale di constatare la nullità di un accordo ai sensi dell'art. 101, § 2, TFUE, il potere di quest'ultimo di esaminare la conformità alle regole di concorrenza di un accordo non viene meno a causa di una decisione sugli impegni ai sensi dell'art. 9, Reg. 1/2003, ma detto giudice ha il dovere di tenere conto della valutazione preliminare

della Commissione in essa contenuta⁷¹. Ciononostante, come ulteriormente precisato dalla Corte, anche nel caso di decisioni sugli impegni troverà applicazione l'art. 16, par. 1, seconda frase, del reg. (UE) 1/03, sicché "i giudici nazionali non possono adottare, rispetto ai comportamenti interessati, decisioni «negative», che constatino l'assenza di violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nelle situazioni in cui la Commissione può ancora riaprire il procedimento, in applicazione dell'articolo 9, paragrafo 2, di tale regolamento ed adottare, se del caso, una decisione che comporti la constatazione formale dell'infrazione"⁷². Conseguentemente, in presenza, da un lato, di una decisione sugli impegni e, dall'altro, di un'azione di un'impresa parte di un accordo anticoncorrenziale intentata dinanzi ad un giudice nazionale contro l'impresa che ha offerto impegni, detto giudice non potrebbe "dichiarare che clausole come le clausole pertinenti non violano l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE ed accogliere il ricorso proposto da un'impresa diretto a far rispettare i suoi diritti contrattuali che sono lesi da impegni resi obbligatori dalla Commissione o ad ottenere un risarcimento dei danni"⁷³.

Infine, un aspetto recentemente emerso nel corso dell'applicazione del reg. (UE) 1/03 è quello dell'effettività del controllo giurisdizionale, in particolare avverso le decisioni con cui la Commissione procede ad ispezioni ai sensi dell'art. 20 di tale regolamento, posto che, come stabilisce il par. 8 di detta disposizione, il controllo 'ex ante' esercitato dal giudice nazionale è di mera regolarità formale. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che il controllo di legalità 'ex post' da parte del giudice dell'Unione compensa in ogni caso l'assenza di una valutazione più approfondita da parte

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 16 bis, par. 2, del regolamento (CE) 773/2004.

⁶⁸ C. giust. CE, 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e. a. c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. I-4951, punto 18.

⁶⁹ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa*, non ancora pubblicata, punto 66.

⁷⁰ C. giust. UE, 9 dicembre 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal+ SA c. Commissione*, EU:C:2020:1007, punto 105.

⁷¹ C. giust. UE, 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba SL*, EU:C:2017:891, punti 28-30.

⁷² C. giust. UE, 9 dicembre 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal+ SA*, cit., punto 113.

⁷³ *Ibidem*, punto 114.

del giudice nazionale al momento dell'autorizzazione dell'ispezione⁷⁴. A tal fine, tuttavia, detto controllo '*ex post*' deve essere "efficace", e dunque gli interessati debbono poter "ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, tanto in fatto quanto in diritto, della misura controversa e del suo svolgimento" e in particolare dei "provvedimenti adottati nell'ambito degli accertamenti"⁷⁵.

IV. Controllo giurisdizionale di merito

L'art. 261 TFUE prevede la possibilità di conferire in materia di concorrenza al Trib. UE e alla C. giustizia UE una competenza giurisdizionale anche di merito per le sanzioni in materia di diritto *antitrust*, previsione oggi corrispondente agli artt. 31, Reg. 1/2003 e 16, Reg. 139/2004. In entrambi i casi, si prevede che la Corte di giustizia possa sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora. Tale competenza si risolve nel potere del giudice di sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, di sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta, e ciò al di là del mero controllo di legittimità della sanzione⁷⁶. Il giudice può dunque riformare l'atto impugnato ma decidere di non doverlo annullare⁷⁷.

Occorre tuttavia precisare che, da un lato, l'esercizio della competenza estesa al merito non equivale a un controllo

d'ufficio⁷⁸, nel senso che spetterà sempre alla parte ricorrente fornire gli elementi di prova che giustifichino una riduzione della sanzione e, dall'altro, che tale potere è comunque circoscritto ai provvedimenti sanzionatori contenuti nella decisione impugnata. Inoltre, la Corte ha precisato che la semplice presentazione di un ricorso giurisdizionale contro una decisione di condanna a un'ammenda non priva la Commissione del suo potere di infliggere sanzioni⁷⁹. Al contrario, la Commissione è privata di tale potere una volta che il giudice abbia effettivamente esercitato la propria competenza giurisdizionale anche di merito⁸⁰. Pertanto, ove il giudice adito si sia limitato ad annullare la decisione impugnata perché illegittima, senza statuire né sulla sussistenza effettiva della violazione né sulla sanzione, la Commissione potrà riprendere il procedimento dal punto in cui si è verificata l'illegittimità accertata ed esercitare il proprio potere di infliggere sanzioni. A sua volta, la riduzione dell'ammenda o della penalità di mora non è necessariamente legata ad un annullamento parziale della decisione impugnata⁸¹.

La giurisprudenza della Corte ha anche permesso di precisare meglio la portata del principio del *ne bis in idem* in materia di sanzioni pecuniarie⁸². Oltre che nel caso

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ C. giust. CE, 15 ottobre 2002, cause riunite C-238, C-244, C-245, C-247, da C-250 a C-252, 254/99 P, *L.V.M. e a. c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. I-8375, punto 693.

⁸¹ Trib. UE, 7 giugno 2011, causa T-217/06, *Arkema France a. o. v. Commission*, EU:T:2011:25, punti 238 e seguenti.

⁸² Secondo la Corte, detto principio non si oppone a che "a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, quando, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva all'esito di un procedimento relativo a un'infrazione a una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato, a condizione che esistano norme

⁷⁴ C. giust. UE, 18 giugno 2015, causa C583/13 P, *Deutsche Bahn e. a. c. Commissione*, EU:C:2015:404, punto 32.

⁷⁵ C. giust. UE, 9 marzo 2023, causa C-690/20 P, *Casino, Guichard-Perrachon SA e. a. c. Commissione*, EU:C:2023:171, punti 38 e 40.

⁷⁶ C. giust. UE, causa C-389/10 P, *KME Germany AG e a. c. Commissione*, cit., punti 130-132.

⁷⁷ C. giust. CE, 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Danone c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. I-1331, punti 61-62.

di procedimenti paralleli condotti da più autorità nazionali per la concorrenza, tale principio è rilevante per le decisioni della stessa Commissione, ove si pensi all'applicazione parallela degli artt. 101 e 102 TFUE da un lato e delle disposizioni del c.d. 'Digital Markets Act' dall'altro⁸³.

Un esempio dell'esercizio del potere di controllo di merito sulle sanzioni pecuniarie risiede nel potere del giudice di valutare anche il modo in cui, nella decisione impugnata, la Commissione ha esaminato e ritenuto come provata la gravità e la durata della condotta illecita⁸⁴. In sede d'impugnazione contro una sentenza del Tribunale, poiché detta impugnazione è possibile solo per motivi di diritto, la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella del Tribunale che ha deciso nell'esercizio della sua competenza, estesa al merito, sull'importo di un'ammenda inflitta ad un'impresa che abbia violato il diritto dell'Unione. Tuttavia, se la Corte ritiene che il livello della sanzione sia non solo inadeguato ma anche eccessivo, "al punto da essere sproporzionato", la Corte può ravvisare un errore di diritto

commesso dal Tribunale per incongruenza dell'importo di un'ammenda⁸⁵.

V. Tutela Cautelare

Il TFUE prevede all'art. 278 che il ricorso non sospende gli effetti dell'atto impugnato, salvo un apposito provvedimento del giudice adito. A sua volta, l'art. 279 TFUE stabilisce che il giudice adito può adottare tutti i provvedimenti cautelari del caso, anche misure diverse dalla semplice sospensione degli effetti dell'atto impugnato.

Tre sono i presupposti per poter accogliere l'istanza di un provvedimento cautelare. Oltre al *fumus boni juris* e al *periculum in mora*, di natura sostanziale, il presupposto di natura processuale è il proporre contestualmente un ricorso contro l'atto o la carenza dell'Istituzione, ricorso al quale l'istanza di provvedimento cautelare è connessa, anche se va proposta comunque con atto separato dal ricorso introduttivo del giudizio principale. L'eventuale decisione di accoglimento con cui si sospende l'efficacia dell'atto impugnato non può comunque pregiudicare i punti controversi né anticipare le statuizioni relative alla causa principale⁸⁶.

Quanto al rapporto tra ricorso principale e misure cautelari, normalmente la questione della ricevibilità del ricorso principale non può essere esaminata nella procedura relativa alle misure cautelari, poiché una tale valutazione potrebbe pregiudicare la decisione del ricorso principale. Tuttavia, se una parte solleva un'eccezione di manifesta irricevibilità del ricorso

chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni così come il coordinamento tra le due autorità competenti, che i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e che l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse": C. giust. UE, 22 Marzo 2022, causa C-117/20, *bPost*, EU:C:2022:202, punto 58.

⁸³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in GU L 265 del 12/10/2022, pp. 1-66.

⁸⁴ C. giust. UE, 29 giugno 2012, causa T-360/12, *E.ON Ruhrgas AG e. a. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁸⁵ C. giust. UE, *Telefónica SA e. a.*, cit., punto 205 e giurisprudenza ivi citata; 12 gennaio 2023, causa C-42/21 P, *Lietuvos geležinkėlių AB c. Commissione*, EU:C:2023:12, punto 153.

⁸⁶ C. giust. CE, 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), *Commissione c. Atlantic Container Line e a.*, in *Racc.* 1995, p. I-2165, punto 22.

principale, nel procedimento relativo alle misure cautelari il giudice deve accertare se sussistano circostanze in grado di dimostrare *prima facie* la ricevibilità del ricorso principale, pena la irricevibilità anche dell'istanza relativa alle misure cautelari⁸⁷.

Quanto al presupposto del *periculum*, è sufficiente che il pericolo imminente sul richiedente sia prevedibile con un grado sufficiente di probabilità.

Il giudice valuta i presupposti del *fumus* e del *periculum* secondo l'ordine che preferisce⁸⁸, e procede ad una ponderazione degli interessi sottostanti ad ognuna delle pretese fatte valere dalle parti.

Oltre alla sospensione degli effetti dell'atto impugnato⁸⁹, il Presidente del Tribunale o della Corte può anche emettere un provvedimento positivo con cui è possibile ingiungere alla Commissione di compiere tutti gli atti conservativi necessari⁹⁰.

In particolare, in relazione al *periculum in mora*, nel caso di sanzioni pecuniarie, per costante giurisprudenza, i rapporti aventi contenuto patrimoniale non sono considerati suscettibili di subire un pregiudizio irreparabile, salvo il caso in cui l'applicazione di una sanzione pecuniaria possa arrecare un danno irreversibile all'attività dell'impresa o alla sua posizione

sul mercato⁹¹. Più precisamente, "quando il danno invocato è di tipo economico, i provvedimenti provvisori richiesti si giustificano qualora risulti che, in caso di mancata adozione di tali provvedimenti, la parte richiedente si troverebbe in una situazione tale da mettere in pericolo la sua solidità economica prima che intervenga la decisione che conclude il procedimento nel merito, o che le sue quote di mercato potrebbero risultare alterate in modo significativo in relazione, in particolare, alle dimensioni e al fatturato della sua impresa, nonché alle caratteristiche del gruppo cui essa appartiene"⁹².

Infine, in merito alla dimostrazione del *fumus boni juris*, la richiesta di una misura cautelare contro una decisione contenente delle valutazioni economiche complesse non fa transitare in sede cautelare la natura marginale del controllo giurisdizionale di legittimità, normalmente connessa a tali valutazioni. In altri termini, qualora la Commissione abbia adottato una decisione fondata su valutazioni economiche complesse, il richiedente non deve fornire una solida dimostrazione sull'esistenza del *fumus*, basata sulla prova di gravi errori di valutazione. Una simile trasposizione dell'onere probatorio del richiedente al campo delle misure cautelari rischierebbe di ridurre in modo eccessivo "la tutela giurisdizionale interinale" e limiterebbe «l'ampio potere discrezionale di cui deve disporre il giudice del procedimento sommario per esercitare le competenze che gli sono affidate»⁹³.

⁸⁷ C. giust. CE, 13 luglio 1988, causa 160/88 R, *Fedesa c. Consiglio*, in *Racc.* 1988, p. 4121, punti 22-23; 27 giugno 1991, causa 117/91R, *Jean Marc Bosman c. Commissione*, in *Racc.* 1991, p. 3353, punti 6-7; Trib. CE, 11 aprile 2003, causa T-392/02R, *Solvay Pharmaceuticals c. Consiglio*, in *Racc.* 2003, p. II-1825, punto 53.

⁸⁸ C. giust. CE, *Atlantic Container Line*, cit., punto 23.

⁸⁹ C. giust. CE, 11 maggio 1989, cause riunite 76, 77 e 91/89R, *Radio Telefís Éireann e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1989, p. I-1141. A norma dell'art. 278 TFUE la sospensione può ugualmente riguardare l'esecuzione della sentenza della del Tribunale e l'esecuzione di una sentenza della sentenza della stessa Corte, sulla base dell'art. 299 § 4 TFUE.

⁹⁰ C. giust. CE, 16 marzo 1974, cause riunite 160 e 161/73R, *Miles Druce & Co. Ltd. c. Commissione*, in *Racc.* 1974, p. 281.

⁹¹ Trib. CE, 3 maggio 1997, causa T-6/97R, *Comafra e Dole c. Commissione*, in *Racc.* 1997, p. II-291; 22 dicembre 2004, causa T-201/04 R, *Microsoft Corp. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, p. II-4463, punto 435.

⁹² C. giust. UE, 12 giugno 2014, causa C21/14 P (R), *Commissione c. Rusal Armenal*, EU:C:2014:1749, punto 46; 30 novembre 2021, causa C-466/21 P (R), *Land Rheinland-Pfalz c. Commissione*, EU:C:2021:972, punto 41.

⁹³ C. giust. CE, 11 aprile 2002, causa C-481/01 P (R), *NDC Health GmbH & Co. KG e NDC Health*

VI. Competenza del giudice nazionale in sede di rinvio pregiudiziale

Il rinvio pregiudiziale è disciplinato all'art. 267 TFUE non come un rimedio giurisdizionale ad esclusiva disponibilità delle parti, ma come uno strumento che consente alla Corte di giustizia e, a partire dal 1° ottobre 2024, anche al Tribunale (art. 256 § 3, TFUE) sebbene esclusivamente in determinate aree diverse dal diritto europeo della concorrenza⁹⁴, di chiarire un dubbio interpretativo su una norma dell'Unione, oppure di dichiarare una disposizione di diritto derivato invalida, su richiesta del giudice nazionale il quale si trovi nella situazione di dover applicare quella norma o quella disposizione per risolvere la controversia di cui è stato investito. Nel rinvio pregiudiziale di validità, tale situazione non si presenta solo nel caso in cui il giudice nazionale sia richiesto di giudicare della legittimità di un atto nazionale di applicazione della norma europea, ma anche in ogni altra ipotesi in cui, per emettere la propria pronuncia, il giudice nazionale debba conoscere in via incidentale della validità di una disposizione di diritto dell'Unione.

In un contesto di applicazione decentrata e di *private enforcement* del diritto europeo *antitrust*, il rinvio pregiudiziale emerge in

tutta la sua importanza come strumento di nomofilachia. Se la più stretta cooperazione tra Commissione e giudici nazionali introdotta dall'art. 15, Reg. 1/2003 facilita già una coerente e uniforme applicazione delle regole europee, il giudice nazionale conserva sempre il diritto di adire la Corte di un rinvio pregiudiziale (v. art. 16 § 1, Reg. 1/2003).

Il rinvio pregiudiziale consente dunque ai giudici nazionali degli Stati membri di esercitare il loro ruolo di giudici di «diritto ordinario» dell'ordinamento giuridico dell'Unione, una funzione che è strumentale alla piena efficacia del diritto *antitrust*, posto che la Commissione può controllarne l'esercizio mediante lo strumento della procedura d'infrazione di cui all'art. 258 TFUE. Anche i singoli lesi da una violazione dell'obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale, previsto come tale per le giurisdizioni di ultima istanza dal comma 3 dell'art. 267 TFUE, possono far valere, nei confronti dello Stato membro, il principio della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto europeo, come espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia UE⁹⁵.

Ciò non toglie al rinvio pregiudiziale la natura di procedimento incidentale nell'ambito del giudizio principale pendente dinanzi al giudice nazionale, il quale rimane *dominus* di tale giudizio, potendo anche disporre il ritiro della questione pregiudiziale⁹⁶, purché ciò non osti all'effetto utile del diritto europeo della concorrenza⁹⁷.

Venendo al concreto funzionamento del rinvio pregiudiziale, al fine di poter validamente sollevare una questione pregiudiziale, il giudice nazionale deve essere una «giurisdizione» di uno Stato membro

Corporation c. Commissione e IMS Health Inc., in *Racc.* 2002, p. I-3401, punto 58; 18 ottobre 2002, causa C-232/02 P (R), *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, EU:C:2002:601, punto 59.

⁹⁴ Regolamento (UE, Euratom) 2024/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che modifica il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, GUUE 2024/2019, 12.8.2024. Si tratta delle seguenti aree: a) il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto; b) i diritti di accisa; c) il codice doganale; d) la classificazione tariffaria delle merci nella nomenclatura combinata; e) la compensazione pecuniaria e l'assistenza dei passeggeri in caso di negato imbarco o di ritardo o cancellazione di servizi di trasporto; e) il sistema di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra.

⁹⁵ C. giust. UE, parere 1/09, 8 marzo 2011, non ancora pubblicato, punti 80 ss.

⁹⁶ C. giust. CE, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, in *Racc.* 1978, p. 630, punto 10.

⁹⁷ Arg. ex C. giust. UE, 29 marzo 2012, causa C-417/10, *3M Italia SpA*, non ancora pubblicata, punto 46.

ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tale nozione corrisponde ad un concetto autonomo del diritto dell'Unione, indipendente dalle qualificazioni giuridiche nazionali. Così, ad esempio, qualora una domanda di pronuncia pregiudiziale promani da un organo giurisdizionale nazionale, si deve presumere che quest'ultimo soddisfi i requisiti fissati nella giurisprudenza della Corte per potersi avere una 'giurisdizione nazionale'⁹⁸, indipendentemente dalla sua concreta composizione salvo che una decisione giudiziaria definitiva emessa da un organo giurisdizionale nazionale o internazionale "porti a ritenere che il giudice costituente il giudice del rinvio non abbia la qualità di giudice indipendente, imparziale e preconstituito per legge, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"⁹⁹. Una simile decisione giudiziaria – nazionale o internazionale – è dunque sufficiente a rovesciare detta presunzione con l'effetto di rendere necessaria la verifica della sussistenza, in capo all'organo rinviante, dei requisiti strutturali e funzionali di una 'giurisdizione nazionale'.

La Corte ha anche accettato di valutare se un'Autorità *antitrust* possa essere considerata come una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, concludendo però negativamente, a fronte della possibi-

lità per la Commissione di far venir meno la competenza di tale Autorità a seguito della decisione di avviare una procedura *ex art. 11 § 6, Reg. 1/2003*. Secondo la Corte, a fronte di un simile potere nelle mani della Commissione, il procedimento iniziato dinanzi ad una Autorità *antitrust* non potrebbe portare all'adozione di una decisione giurisdizionale¹⁰⁰. In un'altra occasione la Corte ha escluso la natura di giurisdizione nazionale per un'Autorità *antitrust* sulla base di una valutazione della struttura di detto ente, la quale difettava dei requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza tipici di una giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE¹⁰¹.

Quanto al rinvio pregiudiziale di validità, la Corte ha dichiarato l'impossibilità di pronunciarsi su una questione pregiudiziale riguardante la validità di un atto di diritto derivato, nel caso di mancata tempestiva proposizione contro tale atto di un ricorso in annullamento, alla proposizione del quale il soggetto che ha chiesto al giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale sia legittimato «senza alcun dubbio»¹⁰². Pertanto, qualora un soggetto possa senza alcun dubbio chiedere l'annullamento di un atto proveniente da un'Istituzione dell'UE, la mancata proposizione di un ricorso in annullamento gli preclude una successiva contestazione

⁹⁸ Ossia il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente qualora dinanzi ad essi sia pendente una lite e qualora essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale: C. giust. UE, 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco Santander*, EU:C:2020:17, punto 51 e giurisprudenza ivi citata.

⁹⁹ C. giust. UE, 21 Dicembre 2023, *L. G.*, causa C-718/21, EU:C:2023:1015, punti 41 e 44.

¹⁰⁰ C. giust. CE, 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.*, in *Racc.* 2005, p. I-4609, punti 29 e ss., in particolare 35-36. per delle considerazioni simili v. C. giust. CE, 14 giugno 2007, causa C-246/05, *Häupl*, in in *Racc.* 2007, p. I-4673; cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano presentate il 7 aprile 2005, in cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04, C-194/04, *ABNA e a.*, in *Racc.* 2005, p. I-10423.

¹⁰¹ C. giust. UE, 16 settembre 2020, causa C-462/19, *Anesco*, EU:C:2020:715, punti 38-39.

¹⁰² C. giust. CE, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *Textilwerke Deggendorf (TWD) c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Racc.* 1994, p. I-833, punto 24; C. giust. CE, 17 novembre 1998, causa C-70/97, *Kruudvat BVBA c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-7183, punto 49; giust., UE, 25 luglio 2018, C-135/16, *Gregorsmarienhütte*, EU:C:2018:582, punti 34-43.

della validità dello stesso atto mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale¹⁰³. Tuttavia, tale preclusione non opera nei confronti del giudice che disponga il rinvio pregiudiziale d'ufficio¹⁰⁴.

In sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, sebbene la Corte non sia competente a interpretare il diritto nazionale¹⁰⁵, essa può statuire sul significato di una norma dell'Unione, quando il giudice nazionale debba applicare disposizioni nazionali di rinvio a disposizioni dell'Unione¹⁰⁶, oppure disposizioni nazionali "modellate" su disposizioni dell'Unione¹⁰⁷. Ciò può essere il caso delle disposizioni della l. 287/90, relative alle fattispecie oggetto del divieto di intese e di abuso di posizione dominante, le quali sono modellate appunto sugli artt. 101 e 102 TFUE¹⁰⁸.

Va ancora ricordato che l'applicazione del diritto della concorrenza comporta sempre l'analisi di fatti legati a circostanze economiche, per cui un'accurata descrizione da parte del giudice nazionale del contesto normativo e fattuale di una specifica controversia è indispensabile affinché la Corte possa pronunciarsi su una questione pregiudiziale in una maniera utile al

giudice nazionale. Conseguentemente, il giudice del rinvio deve comunque specificare il contesto fattuale e giuridico cui le questioni pregiudiziali si riferiscono, pena una sentenza dichiarativa del non luogo a provvedere¹⁰⁹. In assenza di tali precisazioni, è infatti impossibile per le Istituzioni e per gli Stati membri depositare osservazioni nel procedimento ai sensi dell'art. 23 § 2 dello Statuto della Corte e, più in generale, la pronuncia della Corte non è in alcun modo utile al giudice nazionale¹¹⁰. Pertanto, come precisato dalla Corte, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione della norma europea ed a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte¹¹¹. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca delle spiegazioni sufficientemente chiare sui motivi della scelta delle disposizioni dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale¹¹². Tali principi sono ora codificati nel regolamento di procedura della Corte¹¹³.

¹⁰³ C. giust. UE, 22 giugno 2023, causa C-268/22, *Vitol SA*, EU:C:2023:508, punto 35.

¹⁰⁴ C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze e. a.*, in *Racc.* 2006, p. I-289, punti 72-74.

¹⁰⁵ C. giust. UE, 17 gennaio 2013, causa C-23/12, *Zakaria*, non ancora pubblicata, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁶ C. giust. CE, 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi c. Etat belge*, in *Racc.* 1990, p. I-3763; C. giust. CE, 8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska c. Oberfinanzdirektion*, in *Racc.* 1990, p. I-4003.

¹⁰⁷ C. giust. CE, 18 Novembre 2021, *Visma*, causa C-306/20, EU:C:2021:935, punti 41-48; 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur - Bloem*, in *Racc.* 1997, pp. I-4161.

¹⁰⁸ C. giust. CE, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *Ente tabacchi italiani*, in *Racc.* 2007, p. I-10893, punti 21 ss., punto 24.

¹⁰⁹ C. giust. CE, 26 gennaio 1993, cause riunite C-320-322/90, *Telemarsicabruzzo e a. c. Circostel e a.*, in *Racc.* 1993, pp. I-393.

¹¹⁰ C. giust. CE, 11 febbraio 2004, cause riunite C-438 - C-439/03, C-509/03 e C-2/04, *Cannito e a.*, in *Racc.* 2004, p. I-1605, punto 6.

¹¹¹ C. giust. UE, 13 dicembre 2018, causa C-492/17, *Süduettrundfunk*, EU:C:2018:1019, punto 39.

¹¹² C. giust. UE, 25 febbraio 2010, causa C-55/08, *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, in *Racc.* 2010, p. I-22, punto 14.

¹¹³ All'art. 94, lettera c).

Quanto alla scelta di adire o non la Corte di un rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale è tenuto a non seguire la giurisprudenza delle giurisdizioni nazionali superiori ove essa sia contraria al diritto dell'Unione europea¹¹⁴.

GIACOMO GATTINARA *

Bibliografia

M. Van der Woude, C. Jones (eds), *European Competition Law Handbook*, London, 2022; K. Dekeyser e. a. (eds), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement. A Systematic Guide*, Alphen an den Rijn, 2023; W. Wils, *EU Antitrust Enforcement: Law, Economics, History, Policy and Practice*, New York, 2024; H. Schröter, R. Klotz and B von Wendland (hrsg), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2024; F. Castillo de la Torre, E. Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham, 2024.

¹¹⁴ C. giust. UE, 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizʹan*, non ancora pubblicata, punto 71.

* Commissione europea (servizio giuridico) – Instituut voor Europees Recht – Katholieke Universiteit Leuven. Le opinioni espresse sono esclusivamente all'Autore e non possono essere in alcun modo ricondotte all'Istituzione di appartenenza.

LA LEGITTIMAZIONE DELL'AGCM A RICORRERE AVVERSO I PROVVEDIMENTI DELLA P.A. EX ART. 21 BIS L. 287/1990

Sommario: I. Introduzione. – II. I presupposti e il fondamento del nuovo potere nel quadro costituzionale ed euro-unitario. – III. L'ambito oggettivo e soggettivo dell'azione. – IV. I presupposti del ricorso: il parere. – V. Il rito applicabile. – VI. Gli atti impugnabili. – VII. L'interesse a ricorrere. – VIII. I termini per l'adozione del parere e per il ricorso dinanzi al giudice amministrativo. – IX. Linee evolutive della prassi dell'Autorità. – X. Le possibili sovrapposizioni con la legittimazione a ricorrere dell'Anac.

I. Introduzione

Nell'ambito del complesso di disposizioni che, a partire dal d.l. n. 138 del 2011, hanno rinforzato il *public enforcement* nel settore della concorrenza e del mercato, incrementando i poteri e i compiti alla relativa autorità di garanzia, chiamata a collaborare in prima linea al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, un ruolo di primo piano spetta sicuramente all'importantissimo potere di legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale avverso gli atti amministrativi distorsivi attribuito alla medesima AGCM dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto decreto "salva Italia"), convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214.

In particolare, l'art. 35 citato, sotto la significativa rubrica «potenziamento dell'*Antitrust*», ha aggiunto un art. 21-bis alla l. n. 287/1990, titolando l'Autorità a ricorrere secondo le regole del titolo V

del libro IV del c.p.a. (e dunque dinanzi al giudice amministrativo) «contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica *che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*»¹.

In accoglimento di una proposta proveniente dalla stessa Autorità, diretta a garantire una maggiore effettività ai poteri di *competition advocacy*, spesso rimasti *flatus vocis* nel dialogo con le altre amministrazioni avviato nell'ambito dell'attività di vigilanza, l'art. 21-bis stabilisce un particolare meccanismo di reazione procedimentale e processuale all'inottemperanza a un parere reso dall'Autorità su atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti reputati lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato².

¹ L'art. 21-bis, comma 1, l. 287/1990, rubricata «*Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*», recita: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

² Si v. M. Ramajoli, *Il potere d'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, *Conc. e merc.*, 2018, 83 ss. che richiama la Segnalazione AS659, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato del 4 febbraio 2010*, in *Boll.* n. 4/2010, p. 72, dove si sottolinea che «appare importante che il legislatore voglia attribuire all'Autorità, laddove essa ritenga che un atto della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica sia illegittimo per violazione delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, la legittimazione ad impugnarlo davanti agli organi di giustizia amministrativa».

L'art. 5, comma 3 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) ha inoltre precisato che tali poteri possono essere esercitati anche sugli atti deliberativi di costituzione di tali società o di acquisizione di partecipazione dirette, imponendo, a tal fine, l'invio di tali atti all'AGCM e, seppur a fini meramente conoscitivi, anche alla Corte dei conti.

Si tratta dell'attribuzione di una legittimazione processuale definita dalla prevalente dottrina e giurisprudenza "straordinaria", ossia dell'azione giurisdizionale conferita ad un soggetto pubblico, di regola estraneo rispetto al procedimento controverso, ma investito, in virtù di un potere processuale espressamente conferitogli dalla legge, del potere di impugnarne gli esiti, in nome proprio, per contestare ad un'altra Amministrazione di non rispettare il dato normativo.

Concetto che si differenzia, tuttavia, dalla legittimazione straordinaria nel processo civile, ricondotta alla titolarità del diritto di azione per conto di altri nei casi consentiti dalla legge, come ricavabile dall'art. 81 c.p.c.³, ma che si avvicina a quella, sempre straordinaria, ma officiosa, attribuita al Pubblico Ministero per la tutela dell'interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che l'eccezionalità di tale forma di legittimazione non deriva dal fatto che due Pubbliche Amministrazioni portino un conflitto, tra loro insorto, dinanzi al giudice amministrativo⁴, ma, in primo

luogo, dalla peculiarità di tale azione, che tutela l'interesse alla concorrenza e che rappresenta un ulteriore strumento, rispetto a quelli disponibili, per il ripristino della legalità; sotto altro profilo, la peculiarità risiede nel fatto che la tutela dell'interesse alla concorrenza è rimessa a un soggetto pubblico e trascende l'interesse specifico del singolo operatore del mercato⁵. Con la conseguenza, ad esempio, di aprire le porte a un sindacato di tipo "anticipatorio" su atti amministrativi generali che, dal punto di vista del privato, sarebbero, come regola generale, privi di immediata lesività⁶.

Lo strumento previsto dall'art. 21-bis può allora essere qualificato rimedio "straordinario" solo in quanto attributivo di una possibilità che alle altre PPAA. non è concessa, senza che peraltro essa implichi una supremazia dell'AGCM nei confronti delle altre amministrazioni, né alcuna potestà decisionale sui provvedimenti delle stesse⁷.

L'attribuzione di tale potere, inoltre, non sottrae legittimazione ai privati, ma in talune ipotesi vi si affianca: può infatti verificarsi che l'Autorità e il privato ricorrano contro il medesimo provvedimento⁸, o che la prima individui e segnali all'Amministrazione destinataria del parere di precontenzioso (di cui si tratterà meglio *infra*) vizi poi fatti valere successivamente in sede giurisdizionale dall'operatore interessato⁹. Del tutto correttamente, quindi, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che l'art. 21-bis «ammette sostan-

³ Si v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, ed. IX, Giappichelli, 559; sull'applicabilità dell'art. 81 c.p.a. al processo amministrativo si v. Cons. St., Ad. Plen., 18 maggio 2018, n. 8.

⁴ La rimessione del conflitto inter-amministrativo all'Autorità giudiziaria è tutt'altro che infrequente nel nostro ordinamento. Per una panoramica (anche in senso critico) sul punto, v. S. Tranquilli, *Il malum discordiae del potere amministrativo: contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, 2022.

⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁶ V. M. Macchia, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in Id. (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, 2019, 13 ss.

⁷ Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

⁸ È quanto avvenuto, ad esempio, in Cons. St., III, 7 marzo 2019, n. 1589.

⁹ TAR Sicilia, Catania, IV, 14 febbraio 2014, n. 480.

zialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati»¹⁰. Il concorso può generare complessità nella gestione dei contenziosi paralleli. In un caso, gli esiti delle impugnative parallele (di AGCM e del privato che aveva lamentato l'anticorrenzialità del medesimo bando di gara) ha condotto a esiti opposti: rigetto, per quanto concerne la parte privata; accoglimento, per quanto riguarda l'Autorità. Il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza di un conflitto tra giudicati, in quanto l'AGCM, pur destinataria di una notifica nel parallelo ricorso in appello della parte privata, e pur essendo cointeressata all'annullamento, non ha in quella sede assunto la qualifica di "parte". Invero, l'Autorità era rimasta estranea al giudizio di primo grado, di modo che la notifica dell'appello assumeva, nei suoi confronti, una funzione di *litis denuntiatio*, non di *vocatio in ius*. Inoltre, l'AGCM non ha un interesse riflesso o indiretto rispetto all'azione dell'operatore economico, giacché la sua azione, a differenza di quella esercitata dal privato, è volta a tutelare la concorrenza e il corretto funzionamento del mercato (Cons. St., Sez. VI, 22 aprile 2024, n. 3641).

Ciò detto, il concorso non è assoluto in quanto, lo si è anticipato, solo l'Autorità può impugnare anche atti regolamentari o generali non immediatamente e direttamente lesivi per il privato. Come è stato correttamente evidenziato dalla dottrina, lo scopo dell'art. 21-*bis* in tal caso è configurare un potere d'azione anche quando la lamentata lesione del mercato non si traduca ancora in una violazione di situazioni giuridiche soggettive dei privati, introducendo una tutela anticipata che consenta l'immediata eliminazione di atti normativi o generali¹¹.

¹⁰ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

¹¹ M. Ramajoli, *Il potere d'azione*, cit. che in tal caso evidenzia la sovrapposizione con la legittimazione a ricorrere dell'Autorità nazionale anticorruzione.

I suddetti poteri non costituiscono un *unicum* nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, ma si collocano nel panorama degli speciali poteri di azione attribuiti alle PPAA. in alcuni settori dell'ordinamento, tra cui, da ultimo, quelli conferiti dall'art. 6 d.lgs. n. 20 del 2024 al neo-istituito Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità e in precedenza, tra gli altri, quelli attribuiti all'ANAC per far valere le violazioni della disciplina in materia di contratti pubblici ex art. 220 d.lgs. n. 36 del 2023, recante il Codice dei contratti pubblici¹²; potere, quest'ultimo, che la Commissione speciale del Consiglio di Stato, in sede di approvazione della disciplina attuativa del previgente Codice, ha qualificato di "vigilanza collaborativa"¹³.

L'ampia formulazione della disposizione, che attribuisce all'AGCM una legittimazione a impugnare qualsiasi atto (anche a contenuto particolare) assunto

¹² In aggiunta: l'art. 6, comma 10, l. n. 168 del 1989 attribuisce al Ministro dell'Università e della Ricerca il potere di diretta impugnazione degli Statuti dei singoli Atenei che non si adeguino ai rilievi di legittimità dallo stesso formulati; l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti la possibilità di impugnare i provvedimenti nell'ambito del servizio taxi; l'art. 70 d.lgs. 267 del 2000 attribuisce al Prefetto la legittimazione a far valere, in via giurisdizionale, la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale; l'art. 52, comma 4, d.lgs. n. 446 del 1997 attribuisce al Ministero delle Finanze il potere di impugnare per qualsiasi vizio di legittimità i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie; la Banca d'Italia e la Consob sono legittimate ad impugnare una serie di deliberazioni delle società vigilate *inter alia* ex artt. 24, comma 2 e 25, comma 3 d.lgs. n.385 del 1993 e artt. 14, comma 7; 64-*bis*, comma 8; 79-*sexies*, comma 11; 110, comma 1; 120, comma 5; 121, comma 6 e 122, comma 7 d.lgs. n. 58 del 1998.

¹³ Cons. St., Comm. spec., 4 aprile 2018, n. 1119, *Parere sullo Schema di Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, commi 1 bis e 1 ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016*.

da una pubblica amministrazione¹⁴ in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, le consente, tra l'altro, di incidere in via immediata su qualsiasi procedura concorsuale che, pur astrattamente rispettosa del sistema pro-concorrenziale, integri nel suo concreto espletamento una violazione delle sue regole formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi.

Si tratta, come è agevole rilevare, di una disciplina di grandissimo significato, non soltanto per la forza che essa attribuisce all'AGCM e al valore primario riconosciuto alla concorrenza, ma anche e soprattutto per i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione pubblica all'azione «nell'interesse della legge», vedrebbe indubitabilmente potenziato il suo ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004¹⁵.

L'applicazione di quest'ultima disposizione ha sollevato diverse questioni interpretative. Come si vedrà nei successivi paragrafi, risolvendo alcune iniziali perplessità, la giurisprudenza ha ritenuto la compatibilità di tale potere con il quadro costituzionale e, in particolare, con

la giurisdizione di diritto soggettivo¹⁶. Dubbi applicativi sono inoltre emersi sulla natura e funzione del parere adottato dall'Autorità prima dell'eventuale ricorso, sulla possibilità di proporre direttamente ricorso senza previo espletamento di tale fase preliminare e sulla dinamica dell'interesse a ricorrere in tali controversie. Si è altresì posta la questione della natura dell'interesse a ricorrere, dei termini stabiliti dalla disposizione per l'esercizio di tali poteri e della loro decorrenza.

II. I presupposti e il fondamento del nuovo potere nel quadro costituzionale ed euro-unitario

a) Il valore della concorrenza e del mercato nel diritto UE e l'obbligo di leale collaborazione degli Stati membri per la relativa tutela.

Prima di scendere nel dettaglio della natura e della disciplina del potere attribuito all'AGCM, merita riflettere sulla circostanza che la disposizione rappresenta un importantissimo segnale di attenzione verso la garanzia di un valore che trae dal diritto dell'Unione europea una primaria rilevanza, in nome del quale il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico (non esponentiale) e soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge.

¹⁴ La regola, in quanto eccezionale, dovrebbe quindi a stretto rigore trovare applicazione soltanto alle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 e non anche ai cd "soggetti equiparati", cfr. *infra*.

¹⁵ Si rimanda sul punto, da M.A. Sandulli, *Considerazioni conclusive*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, Atti del Convegno, svoltosi presso l'Università degli studi "Roma Tre" il 18 e 19 maggio 2007, in *www.giustamm.it* e in *Quaderni del Foro amm.-TAR*, 2007; Id., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, n. 11/2008, 1 ss.

¹⁶ Per i principali riferimenti scientifici al dibattito, cfr. M.A. Sandulli, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, in Id. (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Editoriale Scientifica, 2024, 45 ss.; S. Tranquilli, *La legittimazione a ricorrere*, *ivi*, 181 ss.; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in M.A. Sandulli – F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Editoriale Scientifica, 2017, 75 ss.

La dottrina ha evidenziato che il valore primario attribuito alla concorrenza e la sua riconduzione nell'ambito degli interessi generali che le Amministrazioni (non solo l'AGCM) perseguono e che il giudice amministrativo è chiamato a tutelare, rappresentano le difficoltà di riconoscere una tutela esclusivamente su base individuale rispetto all'interesse concorrenziale che rischia di essere insufficiente¹⁷. Proprio la forte commistione con la tutela degli interessi generali ha, infatti, portato il giudice amministrativo a negare la legittimazione dei privati nei confronti delle decisioni distorsive delle p.A., spingendo, in tal modo, verso l'introduzione del potere di legittimazione straordinaria.

Il rapporto tra i giudici nazionali e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dell'UE è ben evidenziato dal settimo considerando del Regolamento n. 1 del 2003 (concernente l'applicazione delle regole concorrenziali in materia di divieto di intese restrittive e di abuso di posizione dominante) in base al quale le giurisdizioni nazionali sono chiamate a svolgere una funzione "essenziale" nell'applicazione delle regole concorrenziali e "complementare" rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza istituite negli Stati membri.

La scelta legislativa effettuata con l'art. 21-*bis* può leggersi in un certo senso come uno sviluppo di tale visione cooperativa, espressamente enucleata dall'art. 15, par. 3, del citato Regolamento e che considera le autorità nazionali quali *amici curiae*.

Il peculiare potere di intervento stabilito dal menzionato art. 15 è stato ad

esempio esercitato dall'AGCM nel giudizio dinanzi il Tribunale del Riesame di Roma, in relazione al reclamo, proposto da *Uber*, avverso l'ordinanza in cui veniva accertata la natura di concorrenza sleale del servizio da esso svolto e ordinata la cessazione immediata dell'utilizzo in Italia di talune tipologie di servizio (quali *Uber Black*)¹⁸.

In tale occasione il Tribunale ha significativamente evidenziato che l'atto con cui l'Autorità presenta osservazioni scritte in giudizio non può qualificarsi come un intervento adesivo alla posizione di una delle parti in giudizio, ma risponde ad un'esigenza di collaborazione tra autorità e giurisdizione ed è orientato alla tutela dell'interesse pubblico. È stato coerentemente precisato che, in tali ipotesi, l'Autorità, benché formalmente interveniente, mantiene una posizione neutrale e indipendente e rimane estranea alla controversia, non necessitando per tale motivo neanche della difesa tecnica.

È evidente la coerenza della linea evolutiva e, al tempo stesso, l'importanza del salto in avanti compiuto dal nostro sistema con l'introduzione dell'art. 21-*bis* l. 287/1990, che addirittura trasforma l'AGCM da mero interveniente in una controversia già *sub judice* in autonomo promotore di un giudizio.

Il modello si avvicina peraltro in qualche modo alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione europea e al relativo giudizio di constatazione dell'inadempienza, di cui si riscontra ormai un'ampia casistica anche avverso atti amministrativi (se ne ricordano, in via esemplificativa, rispetto a singole procedure di affidamento di appalti pubblici¹⁹, a concessioni di

¹⁷ R. Caranta, *Una lacuna nel sistema di tutela giurisdizionale dei singoli: provvedimenti dell'Antitrust e carenza di legittimazione ad agire di fronte al giudice amministrativo del concorrente*, in *Giur.it*, 2002, 630; M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Cedam, 2019, 146; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Maggioli editore, 2016, 258.

¹⁸ Trib. Roma, Sez. IX, 26 maggio 2017.

¹⁹ Corte giust., Grande Sezione, 18 dicembre 2007, causa C-532/03, *Commissione/Irlanda*, ECLI:EU:C:2007:801; Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-250/07, *Commissione/Grecia*, ECLI:EU:C:2009:338; Corte giust., Grande Sezione, 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione/*

trasporto²⁰; al recupero di aiuti illegittimamente concessi²¹; ad accordi [“patto d'area”] per lo sviluppo industriale in zone costituenti *habitat* naturali protetti²²; al mancato esperimento di una valutazione di impatto ambientale²³, ecc.). Con l'effetto che gli atti amministrativi nazionali, adottati in materie coperte dal diritto UE, sono comunque esposti, oltre che alle possibili azioni giurisdizionali intentate dai soggetti che lamentino la lesione delle proprie posizioni giuridiche soggettive, al controllo operato, su iniziativa della Commissione, davanti alla Corte di giustizia.

E proprio in riferimento a queste ipotesi un'autorevole dottrina²⁴ ebbe qualche tempo fa a chiedersi se tale modello di garanzia dell'adempimento degli obblighi comunitari potesse essere in qualche modo utilizzato anche nel nostro sistema di giustizia amministrativa e, innanzitutto, se ve ne fosse la necessità, correlata ad eventuali nostre lacune in ordine alla garanzia di giustizia nell'azione amministrativa, soprattutto dopo l'abolizione dei controlli amministrativi, sia in ordine agli atti degli enti territoriali minori (riforma del titolo V della Costituzione), sia in ordine agli atti amministrativi statali (riforma del controllo preventivo di legittimità della Corte dei

conti), che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile.

Si rilevava dunque correttamente l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati, che peraltro, proprio nelle materie che qui interessano, trova il pesante quanto ingiusto ostacolo dell'ingente contributo unificato.

Si suggeriva pertanto l'introduzione di una possibilità di attivazione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità appartenenti al medesimo ente la cui normativa risulta violata, quale «importante strumento per contrastare quel deficit di legalità e quelle sacche di immunità, che l'attuale nostro sistema non è in grado altrimenti di superare».

Il fondamento giuridico di tale potere di legittimazione, non potendosi riconoscere nella violazione di una propria norma la lesione di una posizione giuridica sostanziale del soggetto emanante, era individuato nell'obbligo di leale collaborazione (sancito dall'art. 120 Cost. e dall'art. 4 § 3 TUE), vieppiù facilmente invocabile nei confronti dello Stato per il rispetto delle regole UE, in forza della responsabilità cui lo espone la loro violazione. Quanto meno la grave violazione di tale obbligo, come acutamente osservato dalla surriferita dottrina, implica invero la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato dell'ente la cui norma è stata violata: «Perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente (Stato, Regione, ecc.), correlati ai propri compiti istituzionali (ad esempio, nel campo economico e sociale) e ad ulteriori obblighi giuridici, intestati appunto a tale diverso ente».

Ancora più agevolmente, la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è riconoscibile in capo a un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione

Irlanda, ECLI:EU:C:2007:676; Corte giust., sez. III, 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione/Germania*, ECLI:EU:C:2007:432.

²⁰ Corte giust., Sez. II, 9 marzo 2006, causa C-323/03, *Commissione/Spagna*, ECLI:EU:C: 2006: 159.

²¹ Corte giust., Grande Sezione, 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione/Grecia*, ECLI:EU: C: 2009:428.

²² Corte giust., Sez. II, 20 settembre 2007, causa C-388/05, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2007:533; Corte giust., sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2007:578.

²³ Corte giust., Sez. II, 5 luglio 2007, causa C-255/05, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2007:406.

²⁴ G. Greco, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010.

delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse.

b) La legittimazione dell'AGCM tra profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa.

Secondo una parte della dottrina, l'Autorità, in quanto tale, non può considerarsi titolare di un interesse legittimo, ma di un potere di agire d'ufficio per assicurare il rispetto della legge (nel caso specifico della concorrenza), inserendosi in una giurisdizione di diritto oggettivo²⁵. Altra autorevole voce qualifica tale potere come "legittimazione oggettiva" esperibile nell'ambito di un processo che non perde la sua complessiva connotazione soggettiva. Altri ancora hanno osservato che il particolare assetto procedurale, differenziato rispetto alla normale dinamica processuale, è elemento idoneo a caratterizzare la tipologia di contenzioso quale speciale modello processuale, appunto

²⁵ F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.; F. Satta, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *Aperta Contrada*, 26 novembre 2012; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2012, 1026-1027; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 4; M. Clarich, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 115 ss. e *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, 99 ss.; F. Arena, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'autorità antitrust italiana*, contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", Treviso 17-18 maggio 2012.

differenziato, deputato allo scopo di tutela della concorrenza²⁶.

In un sistema plasmato sulla garanzia individuale l'espressa previsione di un'ipotesi di legittimazione straordinaria rappresenta, per alcuni, un'eccezione di stretto diritto positivo che non muta la natura e la struttura del processo amministrativo²⁷.

Secondo altri il potere dell'Autorità è equiparabile a quello delle associazioni dei consumatori ex art. 137 del codice del consumo, sicché sarebbe titolare di una situazione soggettiva specifica e concreta, sebbene superindividuale, che ha per contenuto l'interesse non all'ottenimento di un bene della vita di carattere materiale o patrimoniale, ma ad un comportamento, ossia il diritto di esigere dalla Pubblica Amministrazione una condotta conforme alla legge di tutela della concorrenza²⁸.

La giurisprudenza ha espressamente negato, in più occasioni, che l'art. 21-bis abbia introdotto un'ipotesi di giurisdizione oggettiva²⁹.

Con riferimento al potere, del tutto simile, attribuito all'ANAC, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁰ ha, del resto, precisato che l'Autorità agisce nell'interesse della legge, subiettivizzato in capo all'Autorità, ma che nettamente si distingue da quello degli operatori privati.

²⁶ A. Carbone, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e merc.*, 2018, 43 ss.

²⁷ G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere* [dir. amm.], Enciclopedia Treccani, diritto online 2018.

²⁸ S. Menchini – A. Motto, *Profili processuali dell'azione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, in *Conc. e merc.*, 2018; 17 ss.

²⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; Id., Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

³⁰ Ad. Plen., Cons. St., 26 aprile 2018, n. 4.

c) Il problema della compatibilità con l'art. 103 Cost.

La ricostruzione accolta dalla giurisprudenza amministrativa consente agevolmente di superare i delicati dubbi di legittimità costituzionale prontamente sollevati in dottrina³¹ in riferimento all'art. 103 Cost., sotto il profilo della non riconducibilità dell'interesse alla tutela della concorrenza alle posizioni soggettive di interesse legittimo e, in particolari materie, di diritto soggettivo, per la cui tutela soltanto la Costituzione consente (in deroga alla regola generale di cui all'art. 102) il ricorso al giudice amministrativo.

Come già anticipato sin dalle prime occasioni di dibattito sul tema³², la critica è, del resto, superabile con la considerazione, che la riferita dottrina non condivide, sul presupposto della natura indipendente dell'AGCM, che essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa³³ e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo

o generale. Sicché, nell'attuale quadro normativo, gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non sono tanto ravvisabili nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, «qualificato» in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti. Gli ostacoli consistono, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione. Proprio in quanto derivanti da prescrizioni di legge ordinaria, tali condizioni possono però trovare una deroga in fonti di pari rango, nella specie sopravvenute e speciali, che, in un'ottica di massima garanzia della giustizia nell'amministrazione (affidata al Consiglio di Stato ex art. 100 Cost.), identifichino, per le *Authorities*, tale interesse nel rispetto delle regole della concorrenza. Del pari non sembra condivisibile l'argomento che il principio di effettività della tutela – e le regole che sul suo presupposto informano il processo amministrativo – avrebbe valenza soltanto per gli interessi dei singoli e non anche per quelli a carattere superindividuale, ancorché specificamente protetti dall'ordinamento e affidati addirittura alla cura di un soggetto appositamente istituito e deputato a operare in posizione di «indipendenza» dall'apparato amministrativo e di Governo. Proprio la natura indipendente delle Autorità e la specifica missione a esse affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo) giustificano infatti la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tali soggetti la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela.

In altri termini, il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge

³¹ F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* cit.

³² M.A. Sandulli, *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (Associazione italiana giuristi europei) sul tema Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo - *EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts*, svoltosi presso l'Università «Roma Tre» il 19 aprile 2012, e Introduzione all'Incontro di studio su *L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*, svoltosi nella stessa Università il 26 aprile 2012.

³³ In senso radicalmente contrario, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* cit. F. Arena, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza* cit. e R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.

in uno specifico settore (effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo), deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore «concorrenza», di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti: interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito, espresso nel parere di non conformità, a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini da esso all'uopo indicati.

L'Autorità, infatti, al pari di tutte le Amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97)³⁴.

Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegulatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge *antitrust* e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, abrogato a seguito di referendum popolare) e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli «impegni» e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge *antitrust*), cui *adde* i poteri di accogliere proposte di transazione e di individuare le priorità di intervento (rispettivamente, artt. 14-quater e 12, comma 1-ter, della legge *antitrust*).

La scelta di attribuirle la possibilità di agire direttamente a tutela di tali interessi, che, ripeto, si distinguono dall'interesse generale e «vuoto» di contenuti al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre del resto sempre più frequenti esempi di aperture alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni ad agire a tutela di interessi superindividuali³⁵.

Si segnalano *in primis* le due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 l. 180/2011, che, per un verso, legittima le associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e le loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio «sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia», ed è questo l'elemento di novità, «a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti»; e, per l'altro, legittima le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale «ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi».

Come è stato giustamente sottolineato, la speciale legittimazione riconosciuta alle associazioni di categoria, ai vari livelli e secondo il grado di rappresentatività, sta a significare non solo il definitivo superamento di alcune acquisizioni giurisprudenziali circa i limiti, i presupposti e le condizioni di azionabilità di procedure e provvedimenti nel settore della concorrenza, del mercato e dell'attività d'impresa, ma può comportare un notevole ampliamento della capacità di intervento per il rispetto delle norme poste a tutela della libertà

³⁴ Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

³⁵ Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107; Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986.

di impresa, e, in generale, dei principi codificati nello Statuto delle imprese³⁶.

Una significativa anticipazione della progressiva apertura della legittimazione ad agire è rinvenibile nel d.lgs. 198/2009 che, in attuazione dell'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, aveva riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», oltre che ai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alle «associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati»³⁷. In tale disposizione la giurisprudenza amministrativa ha trova-

to il sostegno normativo per individuare un criterio idoneo a riconoscere la legittimazione ad agire correlata «per un verso, all'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, per altro verso, alla riferibilità di tali interessi ad un soggetto titolare, ed infine, all'esistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi». Per questa strada, il G.A. ha così riconosciuto all'Ente locale territoriale, ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della propria comunità nelle materie di competenza istituzionale, una più ampia legittimazione per «altre materie non direttamente conferitegli dalla legge»³⁸. Completa la descritta evoluzione il riconoscimento, con il d.lgs. n. 28 del 2023, introduttivo dell'art. 140-*quater* d.lgs. n. 206 del 2005, recante il Codice del consumo, della legittimazione dell'AGCM (così come di qualsiasi altra autorità europea designata) a proporre le azioni rappresentative di cui all'art. 140-*ter* Codice del consumo, facendosi essa stessa promotrice di azioni di ristoro collettive a tutela dei consumatori.

Che la “concorrenza per il mercato” sia un interesse di rango costituzionale ed europeo è circostanza nota, e non stupisce pertanto che il legislatore abbia sentito l'esigenza di attribuire all'Autorità di vigilanza in materia poteri “propri” da esercitare in sede giurisdizionale.

La legittimazione dall'AGCM viene esercitata a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo e come a più riprese sostenuto dalla giurisprudenza e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse (non, come si è prima

³⁶ P. Quinto, *Le imprese protagoniste nel processo amministrativo: una nuova dimensione dell'interesse legittimo*, in www.giustamm.it.

³⁷ La giurisprudenza amministrativa ha poi osservato che la disciplina transitoria di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, laddove subordina l'applicabilità delle norme all'adozione di decreti attuativi deputati a definire gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, non opera nell'ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile dell'amministrazione. L'azione è, quindi, direttamente esperibile nell'ipotesi di omissione o tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20 giugno 2011, n. 552, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512). Da cui l'ulteriore considerazione che, una volta riconosciuta la legittimazione processuale delle associazioni di categoria delle imprese e la loro rappresentatività degli interessi diffusi in quel settore, non può essere disconosciuta la legittimazione di dette associazioni a proporre azioni per l'efficienza della Pubblica Amministrazione, ricorrendone i presupposti legali e in presenza degli interessi categoriali. Significativamente il TAR della Basilicata (Sez. I, 23 settembre 2011, n. 478) accogliendo il ricorso di una associazione privata, della quale ha riconosciuto il grado di rappresentatività di interessi diffusi degli utenti, ha condannato la Regione a consentire di interloquire tramite posta elettronica certificata e a rendere visibile nella *home page* del sito l'elenco degli indirizzi di posta elettronica certificata, come imposto dalle “Linee guida” dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

³⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683. In argomento, *ex multis*, M. Renna – S. Vaccari, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2021, 677 ss.

chiarito, dell'operatore del settore, ma neppure del partecipante alla procedura) a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge.

Le conclusioni sopra esposte sono state condivise dal TAR Lazio, che, con sent. Sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720, ha su queste premesse dichiarato la manifesta infondatezza delle eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990 con gli artt. 24, 103, 113 e 95 Cost.

Esse trovano peraltro indiretto conforto negli argomenti utilizzati dalla sentenza n. 20 del 2013 della Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'innammissibilità (sotto il profilo dei vizi denunciati) del ricorso proposto in via principale dalla Regione Veneto contro lo stesso art. 21-bis, ha significativamente sottolineato, a «giustificazione» dei nuovi poteri dell'AGCM, che, nell'ipotesi introdotta dal citato art. 35, «è *inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità»*, (omissis) perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1)». Anche il Consiglio di Stato ha escluso che l'art. 21-bis possa aver introdotto un «nuovo e generalizzato controllo di legittimità» in quanto i nuovi poteri hanno soltanto integrato quelli già esistenti per consentire una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; Sez. VI, 1° marzo 2012, n. 2192).

Anche a voler negare la possibilità di «soggettivizzare» l'interesse alla tutela della concorrenza in capo all'AGCM, il nuovo potere di legittimazione a ricorrere conferito dall'art. 35 d.l. «salva Italia» non

appare peraltro in ineludibile contrasto con l'attuale assetto costituzionale. Due, ad un'attenta riflessione, gli argomenti spendibili in questo senso. *In primis*, e con valore assorbente, la necessaria correlazione dei poteri giurisdizionali riconosciuti dall'art. 103 Cost. al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa con il surrichiamato ruolo di garante della «giustizia nell'amministrazione» che l'art. 100 Cost. riconosce allo stesso giudice, ruolo più volte sottolineato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204/2004 e significativamente richiamato anche dal Presidente emerito del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio nel suo discorso di insediamento. Un ruolo perfettamente in linea con una legittimazione di una Autorità indipendente ad agire nell'interesse del rispetto delle norme di cui è garante, anche per tutelare posizioni soggettive di terzi lesi dalla loro violazione da parte della p.A. In aggiunta, il valore primario che l'ordinamento costituzionale e dell'Unione europea riconoscono alla concorrenza, cui si correla la già richiamata responsabilità dello Stato per la violazione delle norme UE³⁹ e la coerente attribuzione ad un organo pubblico del potere di agire a tutela delle lesioni arrecate alle posizioni giuridiche soggettive dalla violazione delle norme che tutelano tale valore.

Come già osservato in sede di riflessione a prima lettura sulle novità legislative di fine 2011 sul processo amministrativo⁴⁰, il

³⁹ Quest'ultimo elemento è valorizzato in particolare da F. Arena, *op. cit.*, che testualmente riconosce nello scopo perseguito dalla disposizione – *id est* la promozione di un valore costituzionalmente garantito, quale la concorrenza – l'idoneità a «fronteggiare perplessità, pur comprensibili, anche con riferimento al sistema di giustizia amministrativa delineato in Costituzione».

⁴⁰ M.A. Sandulli, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *Osservatorio del Foro amm. TAR*, 12, 2011.

giudizio che viene instaurato dall'Autorità si spoglia in quest'ottica dalle vesti tipiche del giudizio di parti a tutela di una specifica posizione giuridica soggettiva del ricorrente, per assumere connotazioni più propriamente oggettive, che hanno fatto addirittura parlare dell'introduzione di una sorta di «pubblico ministero della concorrenza» nel giudizio amministrativo.

L'assimilazione è però a ben vedere inesatta e rischia di creare confusione. Il pubblico ministero, come il giudice, agisce nell'interesse della legge, senza farsi portatore di alcun interesse particolare. Di contro, l'AGCM, come sopra rilevato, agisce a tutela dell'interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini al più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario. Non è quindi forse corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di valorizzazione, «potenziamento» appunto, del ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti.

Con la conseguenza che anche i «paletti» posti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di legittimazione all'impugnazione degli atti di gara (cfr. ad esempio la discussa sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011)⁴¹ o i nuovi gravosi oneri di accesso

alla giustizia potrebbero sostanzialmente essere superati attraverso una denuncia all'AGCM e un successivo ricorso da parte di quest'ultima.

La tendenza verso una maggiore oggettivizzazione del giudizio amministrativo, timidamente anticipata dall'art. 146, comma 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel testo approvato con d.lgs. n. 42 del 2004 (ma repentinamente abrogato nelle successive modifiche)⁴², è stata per vero da più parti correttamente riscontrata anche nelle nuove disposizioni

ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione (...) infatti, l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione». In dottrina si veda F. Saitta, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 563 ss.; L.R. Perfetti, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; D. Vaiano, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, 697 ss.

⁴² La disposizione (su cui si richiama l'immediato commento di M.A. Sandulli, *Verso un processo amministrativo «oggettivo» (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm.* - *TAR*, 2004) prevedeva infatti, da un lato, un «obbligo di decisione» dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di autorizzazione paesistica anche nell'ipotesi di rinuncia o di sopravvenuto venir meno dell'interesse da parte del ricorrente (comma 11, primo periodo) e, dall'altro, la possibilità dei soggetti legittimati a ricorrere avverso l'autorizzazione (identificati dallo stesso comma 11 nelle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi ex art. 13 l. n. 349 del 1986 e in qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse) di proporre appello avverso le ordinanze o le sentenze del TAR in materia anche nelle ipotesi in cui non avessero proposto il ricorso di primo grado (secondo periodo).

⁴¹ Si tratta della nota sentenza sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, nella quale, in merito al particolare profilo della tutela dell'interesse «strumentale», il Supremo Consesso, nella sua composizione plenaria, ha anche affermato che: «in linea generale, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso. In particolare, a tale fine risulta del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente

introdotte nel rito speciale sulle controversie in materia di contratti pubblici in attuazione della Dir. 2007/66, trasfuse, con alcune modificazioni, negli artt. 120 ss. c.p.a.⁴³. A tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e in deroga al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il legislatore ha infatti, come noto, riconosciuto al giudice adito contro il provvedimento di aggiudicazione il potere/dovere di dichiarare in ogni caso la cessazione di efficacia del contratto stipulato in esito alle più gravi violazioni delle regole pro concorrenziali, a prescindere da una specifica richiesta in tal senso. Analoga *ratio* informa l'introduzione del nuovo sistema di sanzioni amministrative, che il giudice, d'ufficio, è chiamato a disporre in alternativa alla dichiarazione integrale di inefficacia del contratto, quando, pur in presenza delle suddette più gravi violazioni, questa non sia possibile.

Come era stato autorevolmente prospettato proprio con riguardo a tali ultime previsioni⁴⁴, in coerenza con il richiamato ruolo di garanzia della «giustizia nell'amministrazione» affidato al Consiglio di Stato dall'art. 100 Cost., le nuove disposizioni potrebbero quindi aprire la strada ad una progressiva estensione di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo a tutela di interessi generali primari (quali l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione

«pubblica» a ricorrere ovvero con meccanismi di indebolimento dello stretto rapporto chiesto/pronunciato (anche mediante l'eventuale irrinunciabilità dell'azione) o con l'introduzione di ulteriori sanzioni.

⁴³ Sul tema delle sanzioni alternative si vedano per tutti i rilievi di M.A. Sandulli *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, (a cura di) G. Greco, Milano, 2011 e R. Chieppa (diretto da), *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁴⁴ Cfr. la *Relazione* del Presidente Coraggio alla Tavola Rotonda sul tema «Verso il codice del processo amministrativo» svoltasi nell'Aula magna della Corte di cassazione il 21 aprile 2010 sullo schema di c.p.a. redatto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato.

III. L'ambito oggettivo e soggettivo dell'azione

Passando alla disamina della disciplina positiva, il primo tema su cui occorre fermare l'attenzione è costituito dallo stesso ambito di applicazione del nuovo potere.

L'ampia formulazione della norma, che, come si è visto, attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme «a tutela della concorrenza e del mercato», le consente indubbiamente un vasto spettro di intervento, che, tuttavia, proprio per la sua eccezionalità, non può essere esteso al di là della specifica violazione delle disposizioni dell'ordinamento positivo effettivamente dirette alla tutela della concorrenza e del mercato, ivi compreso l'eccesso di potere, in quanto rientrante nella più ampia categoria dei vizi di legittimità, ma senza potersi spingere ad abbracciare, seguendo un approccio economico-sostanzialista, ogni astratta lesione del benessere del consumatore (troppo legata a parametri di tipo soggettivo e dunque pericolosamente arbitrari).

Quanto alla tipologia delle disposizioni riconducibili alla violazione delle regole a tutela della concorrenza e del mercato, vengono innanzi tutto in considerazione, anche per l'evidente analogia con le surrichiamate disposizioni del Reg. 1/2003, gli artt. 101 e 102 TFUE, i quali, individuando rispettivamente le caratteristiche dell'intesa anticoncorrenziale e dell'abuso di posizione dominante, rappresentano le principali fonti di riferimento dell'azione *antitrust* in ambito europeo.

Il nuovo potere di azione dell'AGCM si viene così ad aggiungere all'attuale sistema di reazioni configurate dall'ordinamento, interno ed europeo, a tali illeciti

e, in particolare, per quanto riguarda il diritto nazionale, a rafforzare i due modelli del *private enforcement*, attraverso l'azione davanti al g.o. ex art. 33 l. 287/1990, e del *public enforcement*, affidato al potere di vigilanza e di controllo della stessa Autorità, già deputata, nell'ambito del sistema disciplinato dal Reg. 1/2003, ad esercitare un potere di accertamento, inibitoria e sanzione nei confronti delle imprese ovvero di segnalazione al Parlamento (art. 21 l. 287/1990), nei confronti degli atti di natura legislativa o regolamentare nonché dei provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano o semplicemente consentono distorsioni della concorrenza o del mercato senza trovare giustificazione in esigenze di carattere generale. Il Legislatore ha posto i poteri di *advocacy* di cui agli artt. 21-22 e 21-bis l. n. 287 del 1990 in rapporto di alternatività tra loro, senza descrivere rapporti di gerarchia/sussidiarietà. Onde, nell'ambito della discrezionalità di cui gode in materia, l'Autorità può optare per il rimedio più blando, ossia i poteri di segnalazione non vincolanti, o per quello più forte, ossia il secondo, assistito da un successivo (ed eventuale) potere di legittimazione processuale.

La formula "norme a tutela della concorrenza e del mercato" è stata interpretata senza distinguere tra promozione e tutela della concorrenza. Tale orientamento è suffragato tanto dalla rubrica dell'art. 21-bis, che si riferisce genericamente ai provvedimenti "distorsivi della concorrenza", quanto dal fatto che sarebbe particolarmente arduo distinguere i provvedimenti di tutela da quelli di promozione della concorrenza⁴⁵. È stato dunque correttamente evidenziato che l'AGCM può impugnare dinnanzi al giudice amministrativo provvedimenti che si pongono in contrasto con qualunque norma, sia di

⁴⁵ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264.

“tutela”, attraverso una vigilanza *ex post*, che di “promozione” della concorrenza, secondo una logica *ex ante*.

Un altro possibile ambito di impugnazione è stato individuato dai primi autorevoli commentatori⁴⁶ negli atti amministrativi in contrasto con il divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 ss. TFUE, per i casi nei quali l'accertamento di illegittimità dell'aiuto sia stato già effettuato dalla Commissione, alla quale l'ordinamento UE riserva la relativa competenza.

Anche la giurisprudenza ha precisato che nel concetto di norme a tutela della concorrenza rientrano anche le discipline sovranazionali in materia di aiuti di stato, e che nel novero dei provvedimenti impugnabili rientrano anche gli atti del procedimento contabile preordinato al pagamento degli stessi aiuti e le “omesse adozioni” di atti la cui emanazione sia prevista come obbligatoria dalle norme a tutela della concorrenza⁴⁷.

Una sfera nella quale, stante la stretta correlazione con la tutela concorrenza ripetutamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia, l'AGCM dovrebbe poter sicuramente intervenire, nonostante le perplessità espresse in sede di primo commento⁴⁸, è quella delle procedure concorsuali, ivi comprese quelle che, pur formalmente rispettose del sistema pro-concorrenziale, integrino nei contenuti delle regole di ammissione e/o di selezione o nella loro concreta attuazione una violazione delle sue norme formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi. In senso favorevole a tale possibilità di ricorso opera del resto il già richiamato rinvio all'intero titolo V del libro IV del c.p.a.,

che, salvo l'art. 119, si occupa proprio del contenzioso in materia di appalti pubblici.

Si è già detto poi che il nuovo art. 21-bis l. 287/1990 riconosce in via generale all'AGCM la legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una «pubblica amministrazione». Quest'ultima precisazione è molto importante: la regola, in quanto eccezionale, non dovrebbe (il condizionale, stante lo scarso rigore del nostro sistema legislativo, è necessariamente d'obbligo) trovare dunque applicazione alle imprese pubbliche⁴⁹ e, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione⁵⁰, agli organismi di diritto pubblico, che, se sono equiparabili ed equiparati alle pubbliche amministrazioni ad alcuni fini, non sono però perfettamente identificabili con le medesime. Sembra pertanto corretto escludere il ricorso diretto contro le decisioni dei soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 (si pensi alle società pubbliche, ai consorzi istituzionali ecc.) che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali. In contrasto con questa impostazione, però, il Consiglio di Stato ha ritenuto, in sede consultiva, di includere nel novero dei soggetti passivi del potere di sollecitazione *ex art. 21-bis l. n. 287 del 1990* anche le imprese operanti nei settori speciali, quando oggetto di scrutinio siano i relativi atti di gara⁵¹. Una simile lettura sottende una nozione

⁴⁹ Sulla peculiare natura delle imprese pubbliche e sui limiti della loro assimilabilità alle pubbliche amministrazioni cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 16 del 2011 e Cass., SS.UU., ord. n. 8511 del 2012.

⁵⁰ Il riferimento è alla sentenza 22 dicembre 2011, n. 28329, con cui le SS.UU. hanno affermato la giurisdizione del g.o. sulle controversie relative alla procedura indetta dalla RAI per la selezione di alcuni giornalisti.

⁵¹ Cons. St., Sez. I, parere 3 giugno 2022, n. 934.

⁴⁶ F. Cintioli, *op. cit.*

⁴⁷ CGA, Adunanza del 26 marzo 2013, parere n. 1473.

⁴⁸ Il riferimento è ancora a F. Cintioli, *ibidem*.

“funzionale” di p.A., ponendo l'accento più sull'attività che sul soggetto.

IV. I presupposti del ricorso: il parere

I commi 2 e 3 dell'art. 21-*bis* disciplinano la proposizione del ricorso⁵². In particolare, in base al comma 2, l'Autorità, se riscontra la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, deve preliminarmente procedere all'emanazione di un parere motivato, nel quale indica all'Amministrazione autrice dell'atto gli specifici profili di illegittimità rilevati. Se l'Amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, entro i successivi trenta giorni l'Autorità può presentare (con la difesa *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato), il ricorso al TAR.

La necessità o meno del parere ha dato luogo ad una *vexata quaestio* sotto diversi profili.

La lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano lasciare spazio ad un ricorso non preceduto dal parere. La tesi dell'unicità dell'azione, ormai pacificamente accolta, è stata richiamata anche dalla già citata pronuncia della Corte Costituzionale n. 20, secondo cui un unico potere d'iniziativa dell'AGCM «si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale,

⁵² L'art. 21-*bis*, commi 2 e 3, l. 287/1990, recita: «2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. // 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso». Anche la giurisprudenza amministrativa ha preferito configurare l'esperimento della fase pre-contenziosa come presupposto di procedibilità/ammissibilità del ricorso⁵³ e ha conseguentemente dichiarato improcedibile/inammissibile il ricorso diretto presentato dall'AGCM⁵⁴. Tale conclusione è stata sostenuta non solo valorizzando la perfetta coincidenza oggettiva fra i suoi primi due commi, ma anche per favorire un necessario momento dialettico fra Amministrazioni alla luce del principio di leale collaborazione⁵⁵. Per le stesse ragioni l'AGCM può proporre motivi aggiunti (impropri) di ricorso senza esperire la fase pre-contenziosa unicamente quando impugna provvedimenti meramente confermativi. In presenza di atti successivi o consequenziali che, pur ponendosi in linea di continuità con quello originariamente gravato, contengano valutazioni ulteriori, l'AGCM è invece onerata di formulare il parere⁵⁶.

Il dialogo fra l'AGCM e l'Amministrazione destinataria può far emergere profili sconosciuti o ignorati dall'Autorità e, allo stesso tempo, stimolare uno spontaneo adeguamento al parere, con il comune fine di

evitare il successivo ricorso giurisdizionale. In tal senso, i giudici amministrativi hanno sostenuto che la funzione del predetto parere è duplice: in primo luogo ha lo scopo di sollecitare la Pubblica Amministrazione a rivedere le proprie scelte e conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, in secondo luogo, funge da strumento deflattivo del contenzioso, configurando la proposizione del ricorso come *extrema ratio* nella risoluzione di un conflitto tra due soggetti pubblici⁵⁷.

Lo stesso termine ridotto a trenta giorni si giustifica in ragione del fatto che l'iniziativa giurisdizionale è preceduta da una fase procedimentale di interlocuzione fra l'Autorità e l'Amministrazione che ha emanato l'atto reputato distorsivo della concorrenza⁵⁸.

Considerato che peraltro il legislatore non qualifica espressamente come perentorio il termine di sessanta giorni, decorrente dalla conoscenza dell'atto, per l'adozione del parere, il modello rischia di contraddire all'esigenza di immediatezza della tutela avverso gli atti lesivi della concorrenza, confermata anche dal rinvio al rito speciale accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.⁵⁹.

Proprio il diritto europeo, nella Direttiva 2007/66 sui ricorsi in materia di appalti, espressamente richiamando anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in diverse sentenze della Corte di Giustizia, pone tuttavia espressamente la sospensione immediata dell'efficacia dell'atto lesivo delle regole pro-concorrenziali come imprescindibile corollario del principio di effettività della tutela.

L'obbligo del previo procedimento stragiudiziale e la mancata previsione di termini

⁵³ TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 6 maggio 2016, n. 5335; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 23 giugno 2021, n. 191.

⁵⁴ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Id., 27 maggio 2015, n. 7546; Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁵⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 23 luglio 2020, n. 4715, che sembra riproporre la distinzione concettuale tra profili di illegittimità derivata, rispettivamente, caducante e viziante (tra le molte, Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 2024, n. 624). In senso parzialmente difforme, v. in precedenza Cons. St., Sez. VI, 9 marzo 2015, n. 1171, che aveva invece negato la necessità di emettere un nuovo parere in caso di rapporto di sicura connessione oggettiva e soggettiva tra la domanda del ricorso principale e quella spiegata nei motivi aggiunti.

⁵⁷ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264.

⁵⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 7546; Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

⁵⁹ Cfr. M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in *Federalismi*, n. 24/2011, 1 ss.

per la relativa attivazione desta pertanto, da un lato, evidenti problemi di certezza del diritto, consentendo un intervento del giudice anche a distanza di mesi o anni, e preclude dall'altro alla stessa AGCM, nel caso in cui essa riesca ad attivarsi in modo celere, di impedire che l'atto contestato produca i suoi effetti. Ciò, se sicuramente pone fondati dubbi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio della ragionevolezza, potrebbe addirittura giustificare una disapplicazione del secondo comma in nome dei principi dell'ordinamento UE, quanto meno nei casi di violazioni più gravi in cui la sospensione appaia l'unico strumento per conseguire una tutela effettiva.

Occorre invero a questo riguardo osservare che, una volta riconosciuto in capo all'AGCM un interesse qualificato ad impugnare gli attivi lesivi della concorrenza, non ha all'evidenza alcuna logica privare tale interesse della forma più efficace di tutela, spesso indispensabile ad assicurare, all'esito del giudizio, quella ripristinatoria, che, proprio per la peculiarità del soggetto e del valore protetto, non può essere validamente sostituita da quella risarcitoria.

In merito a ciò, la Direttiva ricorsi – e il principio è all'evidenza valido, quantomeno, per tutte le controversie in materia di concorrenza – ha espressamente chiarito che la tutela contro la violazione delle regole che la disciplinano non può essere adeguatamente soddisfatta attraverso il risarcimento del danno per equivalente.

E meno ancora, si ripete, tale forma di soddisfazione può dirsi sufficiente per l'interesse affidato all'AGCM, che, per la sua natura pubblica, non può essere ridotto a una mera compensazione economica.

Proprio la natura ultraindividuale dell'interesse protetto rende poi ancora più importante la tutela cautelare, che già la novella legislativa del 2006 (introducendo l'art. 14-*bis* alla l. 287/1990) aveva

consentito all'Autorità di esercitare in via diretta, con l'adozione di proprie misure cautelari, in esito a una constatazione in via sommaria della sussistenza di un'infrazione, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

In particolare, il nuovo potere di azione dell'AGCM potrebbe poi consentire la richiesta (e l'ottenimento) della sospensione (e magari dell'obbligo giurisdizionale di riesame) di quegli atti che, per il loro contenuto non immediatamente lesivo di interessi individuali, non sono impugnabili da parte dei singoli, con l'indubbio vantaggio di impedire la prosecuzione di un procedimento o l'applicazione di regole lesive della concorrenza.

La giurisprudenza ha inoltre precisato la compatibilità con la tutela cautelare *ante causam* ex art. 61 c.p.a.⁶⁰.

Le innegabili ragioni di certezza del diritto che il legislatore – interno ed europeo – ha posto a base di una disciplina processuale accelerata e di rigidi termini di decadenza dall'azione (anche a prescindere da una effettiva conoscenza dell'atto lesivo, come nel caso del termine massimo semestrale per contestare la stipula di un contratto), in una con quanto sopra esposto sulla soggettivizzazione dell'interesse ad agire, spingono per altro verso ad applicare anche all'AGCM i termini di decadenza previsti per ogni altro soggetto.

Si pone peraltro la questione del rapporto fra il parere dell'Autorità e la successiva attività di conformazione da parte dell'Amministrazione. L'AGCM, attraverso il suo parere, che costituisce «una sorta di richiamo consultivo alla legittimità da parte dell'Autorità nei confronti della pubblica amministrazione», esorta l'amministrazione a rimediare esercitando una forma di autotutela giustificata dalla

⁶⁰ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

particolare rilevanza dell'interesse pubblico coinvolto⁶¹.

L'amministrazione intimata potrebbe comunque decidere di non aderire alle indicazioni dell'Autorità, sia perché ritiene il provvedimento emanato non lesivo della concorrenza, sia perché ritiene che non sussistano i presupposti richiesti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

In base a tale impostazione, l'eventuale ricorso dell'AGCM dovrebbe contenere, oltre ai motivi inerenti la violazione delle norme concorrenziali, anche le valutazioni relative al rifiuto dell'annullamento d'ufficio, quali ad es. l'interesse pubblico o l'affidamento, non previste dall'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990. Secondo la giurisprudenza⁶² tale tesi è in contrasto con il dato letterale e con la stessa *ratio* della norma. È stato in particolare specificato che la successiva attività dell'Amministrazione, sia nel senso di conformazione al parere che di conferma della soluzione originaria, non costituisce l'estrinsecazione di un potere di autotutela *strictu sensu* inteso, non implicando alcun apprezzamento discrezionale. In ragione di ciò, l'amministrazione non potrà quindi, pur riconoscendo la violazione delle norme a tutela della concorrenza, decidere di non rimuovere o di non modificare l'atto originariamente adottato sul presupposto della mancanza degli elementi richiesti dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990. Ne consegue che le determinazioni dell'Amministrazione a seguito del parere rimangono attratte nel momento di interlocuzione voluto dal legislatore, senza assumere valenza provvedimentale esterna come atti di autotutela. Per ragioni eguali e contrarie, il mancato rispetto del parallelismo tra i vizi denunciati in sede di parere e quelli oggetto del ricorso giurisdizionale

dell'Autorità comporta inevitabilmente la declaratoria di inammissibilità di quelli contenuti nel ricorso giurisdizionale che non siano stati enunciati anche in sede di parere precontenzioso⁶³.

Peraltro, ciò non esclude che il ritiro del provvedimento censurato a seguito del parere dell'AGCM possa aver luogo: una simile vicenda, anzi, rientrerebbe a pieno titolo nel fenomeno dell'autotutela, essendo del tutto ininfluyente, a tal fine, qualsiasi possibile speculazione in ordine alla ritenuta assenza di discrezionalità di fronte a violazioni delle norme *antitrust*. Il potere amministrativo, cioè, rimane inesauribile anche a seguito del rilascio del parere⁶⁴. Tutto ciò vale ancor più se si è al di fuori di un giudizio attivato ai sensi dell'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990. Se, come anticipato, il ricorso è proposto da un terzo danneggiato dal ritiro o dalla modifica del provvedimento a seguito dell'emanazione del parere, si è in vero in presenza di un normale giudizio di legittimità avverso un vero e proprio atto di autotutela dell'amministrazione intimata che, con la sua attività, ha anticipato la pronuncia giurisdizionale⁶⁵.

V. Il rito applicabile

Riguardo al rito applicabile al ricorso proposto dall'AGCM, il comma 3 del nuovo art. 21-*bis* dispone, come anticipato, che al giudizio instaurato dall'Autorità si applica la disciplina disegnata dal titolo V del libro IV del c.p.a. La disposizione è in questi termini assolutamente criptica: il titolo V si occupa invero tanto, all'art. 119 c.p.a., del «rito speciale comune

⁶¹ TAR Lazio, Roma, II-*quater*, 1° settembre 2014, n. 9264.

⁶² TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

⁶³ Cons. St., Sez. VI, 17 febbraio 2023, n. 1671.

⁶⁴ Cons. St., 15 maggio 2017, n. 2294.

⁶⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264; Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

a particolari materie» considerate economicamente o politicamente più «sensibili», tra cui, in particolare, le controversie sugli atti delle autorità amministrative indipendenti (essenzialmente caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali diversi dalla proposizione dei ricorsi di primo grado e da un maggiore rigore nella concessione delle misure cautelari), quanto, agli artt. 120 ss., del rito speciale per le controversie sugli atti di affidamento di lavori, servizi e forniture. La novella non chiarisce tuttavia quale dei due riti trovi effettivamente applicazione ai giudizi *de quibus*. La giurisprudenza ha messo in luce che, data la genericità della disposizione e la rilevanza del bene giuridico protetto, il legislatore ha voluto sottoporre tali controversie, non solo al rito abbreviato di cui all'art. 119 c.p.a., ma anche a quello descritto dal successivo art. 120 c.p.a.⁶⁶. I giudici amministrativi hanno però aggiunto che resta ferma la necessità di verificare in concreto l'applicabilità a queste fattispecie delle altre specifiche disposizioni contenute nel Titolo V.

La logica farebbe ritenere che la specialissima disciplina del rito in materia di contratti pubblici trovi applicazione esclusivamente ai giudizi eventualmente instaurati dall'AGCM in questa materia, valendo in ogni altro caso le regole meno complesse di cui all'art. 119 c.p.a. A prescindere dall'anomalia dell'applicazione di un regime cautelare più rigido (in favore del resistente) per i ricorsi proposti da un organo titolare di un potere pubblico nell'interesse al migliore rispetto delle norme sulla concorrenza, sarà poi in ogni caso necessario stabilire gli opportuni adattamenti delle regole di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. (improntate al rapporto tra impresa e stazione appaltante ed eventuali aggiudicatari, in una logica di bilanciamento dei diversi interessi, anche ai fini della tutela del

contraente e dell'eventuale risarcimento per equivalente) al nuovo giudizio nell'interesse di un valore pubblico.

A ciò si aggiunge il silenzio della legge sull'individuazione del giudice competente, che non consente di estendere ai giudizi *de quibus* la competenza funzionale del TAR del Lazio, nel quale sono invece concentrate a norma dell'art. 135 c.p.a. le controversie contro i provvedimenti delle Autorità per la concorrenza, per i contratti pubblici e per le telecomunicazioni, evidentemente in considerazione dell'esigenza di riunire di fronte ad un unico giudice le questioni attinenti alle determinazioni tecnico-giuridiche assunte da tali particolari organismi in nome dei primari interessi economici ad essi affidati. Il generico richiamo al titolo V del libro IV, comprensivo, come già sottolineato, anche del rito sugli appalti, giustifica invero la mancata previsione di una riserva di competenza nel TAR capitolino anche dei giudizi azionati dall'*Antitrust* in *subiecta materia*, magari confluenti con quelli proposti contro i medesimi provvedimenti dagli operatori economici direttamente lesi: sicché non sarebbe corretto spostare la competenza in funzione della natura di uno dei soggetti ricorrenti⁶⁷.

VI. Gli atti impugnabili

Ricevuto il parere dell'AGCM l'Amministrazione può decidere di non conformarsi, restando inerte o respingendo la richiesta di modifica o di ritiro del provvedimento.

Dalla lettera della disposizione si è dubitato se l'atto impugnabile sia il rifiuto del ritiro/modifica del provvedimento (e in caso di inerzia, avverso il silenzio), oppure quello originario ritenuto adottato in violazione delle regole sulla concorrenza.

⁶⁶ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁶⁷ In questo senso, tra le molte, Tar Sicilia, Catania, 3 marzo 2014, n. 676.

La giurisprudenza amministrativa, partendo dalla chiara indicazione della legge, ha precisato che oggetto del ricorso è l'atto originariamente emanato dall'Amministrazione nei confronti del quale è rivolto il parere dell'Autorità e che quest'ultima non è tenuta a impugnare l'atto di non conformità o di parziale conformità dell'Amministrazione, avendo lo stesso natura endoprocedimentale⁶⁸. Correlativamente, il parere precontenzioso fissa e delimita il *thema decidendum* del successivo, eventuale ricorso, di modo che all'Autorità è precluso introdurre censure nuove e ulteriori nel ricorso (T.A.R. Friuli-V. Giulia, Trieste, Sez. I, 23 giugno 2021, n. 191).

La giurisprudenza ha inoltre escluso la rilevanza delle modifiche successive al provvedimento impugnato e che le stesse siano idonee a far venir meno la legittimazione (*recte* l'interesse) a ricorrere dell'Autorità. Tale interpretazione si fonda sullo specifico divieto contenuto nell'art. 34, comma 2, prima parte del c.p.a. laddove non permette al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (Cons. Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583) risultando irrilevanti le modifiche intervenute in corso di giudizio.

Come visto, in base all'art. 5, comma 3, Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 21-*bis* anche gli atti deliberativi di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta. Tale potere, come si vedrà *infra*, è stato più volte esercitato, in relazione a tali atti, soprattutto nei confronti degli enti locali.

VII. L'interesse a ricorrere

Una parte della giurisprudenza ha precisato che l'azione dell'AGCM consente al giudice di prescindere dalla verifica dell'interesse a ricorrere⁶⁹. L'Autorità è titolare di una legittimazione straordinaria a impugnare tali atti a tutela dell'interesse diffuso della concorrenza innanzi al giudice amministrativo e, perciò, l'interesse al ricorso deve essere "modellato" in relazione alla descritta finalità dell'azione⁷⁰. L'interesse al ricorso, con riferimento alla peculiare azione prevista dall'art. 21-*bis*, deve essere dunque ravvisato in quello all'eliminazione dell'atto lesivo della concorrenza, a tutela del bene giuridico protetto dalla norma, ovvero la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato.

Se l'atto generale o il regolamento non sono immediatamente lesivi delle situazioni giuridiche dei singoli, lo sono invece del valore concorrenza in quanto tale, sicché, in tali casi, l'interesse al ricorso sarebbe identificabile nel mero interesse alla rimozione dell'atto distorsivo degli equilibri concorrenziali⁷¹.

La peculiarità di un'azione giurisdizionale che prescinde dall'esistenza dell'interesse a ricorrere configura alcune eccezioni rispetto ad alcuni indirizzi consolidati nella giurisprudenza amministrativa. È stato infatti precisato che, anche in presenza di un atto fondato su distinte ed autonome ragioni (cd. "provvedimento plurimotivato"), l'Autorità ha interesse a ricorrere per ottenere la rimozione di quelle parti dell'atto che ledono il predetto bene giuridico⁷².

L'interesse a ricorrere, inoltre, sussiste anche in relazione ad atti presupposti non previamente impugnati qualora questi

⁶⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁷⁰ Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164.

⁷¹ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264; Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

⁷² TAR Veneto, Sez. I, 17 gennaio 2019, n. 51.

⁶⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

ultimi continuano a trovare applicazione in tutti quei rapporti intercorsi dalla loro emanazione. Nel caso di norme regolamentari l'adozione di nuovi atti consequenziali non fa venir meno l'interesse a eliminare l'atto presupposto, passibile di altre applicazioni. Diversamente, nel caso degli atti amministrativi generali, come ad es. i bandi di gara, il semplice annullamento, senza l'impugnazione dell'aggiudicazione successivamente intervenuta, rimane privo di utilità nella misura in cui l'atto ha ormai esaurito i suoi effetti⁷³.

Nel complesso, la condizione dell'azione che disvela il maggior grado di obiettivizzazione non è quella della legittimazione – che, come visto, dottrina e giurisprudenza sono riuscite a ricondurre entro i confini dell'art. 103 Cost. – bensì quella dell'interesse. Lo dimostrano plasticamente le pronunce Cons. St., Sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481, con cui il Supremo Consesso amministrativo ha dichiarato illegittimi gli atti del Comune di Ginosa e di Castellaneta impugnati ex art. 21-bis l. n. 287 del 1990 dall'AGCM, previa disapplicazione di parametri normativi sopravvenuti (l. n. 18 del 2022 e D.L. n. 198 del 2022, conv. con l. n. 14 del 2023 che, dopo aver abrogato la l. n. 145 del 2018, hanno disposto la proroga del termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime, rispettivamente, al 31 dicembre 2023 e al 31 dicembre 2024). Il ricorrente privato, in presenza di simili modifiche del contesto fattuale e normativo di riferimento, perde l'interesse alla decisione, con conseguente improcedibilità del ricorso. E in questo senso si era in effetti determinato, anche sulla base di una serie di considerazioni ulteriori, il Giudice di prima istanza (TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 2 novembre 2023, nn. 1223 e 1224). In riforma delle

pronunce di primo grado, il Consiglio di Stato ha però ravvisato il perdurante interesse dell'appellante alla decisione, enunciando, forte della primazia del diritto europeo, i principi di diritto che dovranno informare la materia, in una chiara funzione di supplenza del Legislatore.

VIII. I termini per l'adozione del parere e per il ricorso dinanzi al giudice amministrativo

La scansione temporale stabilita dall'art. 21-bis mette a disposizione dell'AGCM sessanta giorni per emettere il proprio parere, cui seguono ulteriori sessanta giorni entro i quali l'Amministrazione destinataria può decidere se conformarsi o meno e un ulteriore termine di trenta giorni per proporre eventualmente ricorso giurisdizionale.

La giurisprudenza amministrativa ha conseguentemente precisato che l'impugnazione da parte dell'AGCM di un atto amministrativo che violi “le norme a tutela della concorrenza e del mercato” è sottoposta ad un termine massimo di centocinquanta giorni, decorrente dalla comunicazione ovvero dalla conoscenza dell'atto stesso⁷⁴. La precisazione che si tratti di un termine massimo è supportata dalla circostanza che il “secondo” termine di sessanta giorni, assegnato all'amministrazione ricevente, comincia effettivamente a decorrere dal momento della comunicazione, anche quando è anteriore alla scadenza del “primo” termine entro il quale l'Autorità può rendere il parere. L'interesse pubblico affidato alla cura dell'Autorità, impone una tutela “immediata” contro i regolamenti e i provvedimenti generali senza attendere l'emanazione di

⁷³ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Id., 20 febbraio 2015, n. 2896

⁷⁴ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; Id. Sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294; Id., 30 aprile 2018, n. 2583.

atti applicativi⁷⁵. La sequenza temporale stabilita dalla disposizione non precisa tuttavia né come individuare il *dies a quo* del “primo” termine di sessanta giorni per l’emanazione del parere né se esso abbia carattere perentorio.

Alla luce del dato letterale e della mancata previsione di conseguenze per il mancato rispetto del suddetto termine, la giurisprudenza amministrativa ha negato che esso abbia natura perentoria e ha affermato che esso inizia a decorrere dalla “esatta conoscenza” da parte dell’Autorità dello specifico atto reputato anticoncorrenziale, e non già dalla conoscenza di generiche criticità concorrenziali⁷⁶. È stato in proposito osservato che la decorrenza del termine per rendere il parere dalla mera pubblicazione del provvedimento renderebbe estremamente difficoltoso, se non addirittura impossibile, l’effettivo esercizio di questa facoltà da parte dell’Autorità, rischiando di rendere non applicabile, in concreto, questo particolare istituto (TAR Veneto, I, 17 gennaio 2019, n. 51) e che il termine di sessanta giorni previsto dall’art. 21-*bis* per l’emanazione del parere dell’Autorità «concerne un’attività che ha in sé natura amministrativa, e non di iniziativa processuale, con la conseguenza che non sussistono le condizioni per estendere ad esso i principi dettati dal Codice del processo amministrativo per l’esercizio dell’azione in giudizio. Risulta, pertanto, carente di fondamento la tesi che il termine possa prendere a decorrere sin dalla mera pubblicazione legale del provvedimento che dovrebbe formare oggetto del parere dell’A.G.C.M.» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171).

La stessa giurisprudenza ha confutato, anche sotto tale profilo, i dubbi di legittimità costituzionale della disposizione e

ha precisato che trovano applicazione gli ordinari principi processuali e non vi sono ragioni per individuare il decorso del relativo termine di decadenza secondo regole diverse da quelle fissate dall’art. 41, comma 2, c.p.a. e in particolare secondo modalità che renderebbero, se non impossibile, certo molto più difficoltoso esercitarlo.

Nondimeno, la medesima giurisprudenza ha avuto cura di precisare che, una volta reso, entro 60 giorni dalla conoscenza effettiva dell’atto, il parere è registrata, nei successivi 60 giorni, l’inerzia o il riscontro negativo della p.A. sollecitata, il successivo termine di impugnazione, pari a 30 giorni, deve ritenersi perentorio. Più precisamente, si è opportunamente evidenziato che l’introduzione del giudizio amministrativo deve avvenire non oltre centocinquanta giorni (60+60+30) dall’effettiva conoscenza del fatto da parte dell’AGCM⁷⁷. La suddetta interpretazione è coerente con il principio di certezza che informa l’intero sistema processuale amministrativo in cui si inserisce la legittimazione a ricorrere dell’Autorità, che impone il consolidamento dell’assetto di interessi creato dall’atto amministrativo – salvo le criticità derivanti dall’esercizio dei poteri di autotutela caducatoria – dopo il decorso di un termine di impugnazione perentorio e non prorogabile.

IX. Linee evolutive della prassi dell’Autorità

La frequente applicazione del potere di cui all’art. 21-*bis* gli ha impresso una funzione non secondaria nel sistema delle norme a tutela della concorrenza fra imprese⁷⁸.

⁷⁷ Cons. St., Sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583.

⁷⁵ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁷⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

⁷⁸ M. Libertini, *Brevi note sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, in *Conc. e Merc.*, 2018, 5 ss.

Dal 2013 l'AGCM ha avviato un utile monitoraggio sulla propria attività di *advocacy*, reso pubblico tramite il proprio sito istituzionale. Ne emerge che nel primo quadriennio decorrente dall'introduzione dei poteri conferiti dall'art. 21-*bis* (2011 fino ad ottobre 2015), l'Autorità ha adottato in totale 62 pareri interlocutori, cui si aggiungono i 56 del successivo biennio (14 nel 2016, 42 nel 2017), compresi i 18 pareri adottati ai sensi dell'art. 5, par. 3, d.lgs. n. 175/2016 - 1 nel 2016 e 17 nel 2017). Nell'ultimo periodo di osservazione (2021-2022) il tasso di successo registrato (da intendere nel senso che l'atto è stato modificato a seguito del parere reso dall'Autorità) è stato del 67% (26 esiti positivi), a fronte del 33% di esiti negativi (13 casi), e le percentuali sono state pari, rispettivamente, al 65% (11 casi) e al 35% (6 casi) se si ha riguardo alle ulteriori 17 segnalazioni *ex art. 21-bis* in materia di partecipazioni pubbliche. Risulta un dato costante che qualora l'Amministrazione non si sia conformata al parere, l'AGCM ha proposto ricorso dinanzi al giudice amministrativo. Come è stato tuttavia significativamente evidenziato dalla dottrina, la percentuale di ricorsi proposti dall'Autorità e accolti dal giudice amministrativo è risultata, nei primi anni di applicazione, inferiore a quella dei ricorsi respinti⁷⁹. Le amministrazioni su cui è prevalentemente concentrata l'attività di vigilanza sono quelle locali, sulle quali si registra un tasso oscillante di conformazione ai pareri. L'attività di vigilanza si concentra in diversi settori senza un ambito privilegiato tra cui trasporti, servizi finanziari, sanità, servizi turistico-ricreativi, ecc.

⁷⁹ V. M. Libertini, *Brevi note*, cit.

X. Le possibili sovrapposizioni con la legittimazione a ricorrere dell'Anac

Come emerge dalla prassi dell'Autorità, in diverse ipotesi, l'AGCM ha esercitato il proprio potere vigilando sulle procedure di gara per denunciare vizi relativi alle disposizioni in materia di contratti pubblici.

La dottrina togata ha correttamente segnalato che le inevitabili sovrapposizioni tra la materia dei contratti pubblici e la tutela della concorrenza rendono necessario un coordinamento amministrativo tra l'attività "trasversale" dell'*Antitrust* e quella dell'autorità "settoriale" deputata alla vigilanza sui contratti pubblici. Tale tendenziale, seppur parziale, sovrapposizione tra le due sfere di attribuzioni, per evidenti finalità di leale collaborazione, impone a ciascuna autorità di cooperare con l'altra, notiziandola delle possibili illegittimità riscontrate⁸⁰.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Bibliografia

F. Arena, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno *Antitrust* svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012; A. Argentati, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità*

⁸⁰ M. Lipari, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia amministrativa.it*, 2017. V. anche, di recente, M. Allena – F. Goisis, *I pareri di precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2024, 344 ss., nonché, in precedenza, F. Aperio Bella, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1 ss.

Garante della Concorrenza e del Mercato, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1/2012, 13 ss.; M. Cappai, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, n. 5/2013, 1607 ss. e *Riflessioni sulle possibili relazioni tra potere di segnalazione e legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante*

La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della P.A. ex art. 21 bis l. 287/1990

della Concorrenza e del Mercato: esiste un collegamento tra gli articoli 21 e 21 bis della legge 287/1990? Considerazioni intorno al caso del servizio di trasporto urbano a fini turistici nel Comune di Firenze: Segnalazione AGCM (ex art. 21) AS1076, in *Federalismi*, n. 24/2013, 1 ss.; A. Carbone, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e merc.*, 2018, 43 ss.; M. Clarich, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, *ivi*, 99 ss. e *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 115 ss.; R(iccardo) Chieppa, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'avvocatura dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 1/2013, 337 ss.; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.; G. Greco, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 2/2010, 705 ss.; M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2012, 236 ss.; G. Dimitrio – M. Filice, *I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21-bis, L. n. 287/1990*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2/2017, 262 ss.; R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.; F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, 471 ss.; A. Heimler, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2012, 367 ss.; P. Lazzara, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorren-*

za e del mercato, in *Conc. e merc.*, 2018, 65 ss.; M. Libertini, *Brevi note sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, *ivi*; 5 ss. e Id., *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in *Federalismi*, n. 24/2011, 1 ss.; F.S. Marini, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm*, n. 4/2014, 1 ss.; B.G. Mattarella, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2016, 291 ss.; G. Mazzantini, *La funzione di advocacy dell'Agcm a trent'anni dalla sua istituzione*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1-2/2023, 243 ss.; S. Menchini – A. Motto, *Profili processuali dell'azione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, in *Conc. e merc.*, 2018, 17 ss.; N. Pica, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, 807 ss.; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art.21-bis della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.; M. Ramajoli, *Il potere d'azione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, 83 ss.; M.A. Sandulli, *Verso un processo amministrativo "oggettivo" (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm. TAR*, n. 3/2004, 2423 ss.; *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi*, n. 12/2012, 1 ss.; *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.astrid.it*, 2013; F. Satta, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare*

in giudizio pubbliche amministrazioni, in *Aperta Contrada*, 26 novembre 2012; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2012, 1022 ss.; A. Schettino, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di advocacy*, in *Il dir. Un. eur.*, n. 3/2014, 521 ss.

Il *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza italiano e dell'Unione Europea* si articola in tre volumi, ciascuno dedicato a un ambito specifico: antitrust, disciplina degli aiuti di Stato e regolamentazione.

Nei primi due volumi, ogni materia è approfondita attraverso voci distinte, dedicate sia ai principi fondamentali sia ai meccanismi di applicazione del diritto. Il terzo volume esamina invece i principali quadri regolamentari adottati a livello dell'Unione Europea (DMA, DSA, AI Act, Data Act, GDPR, ecc.), nonché i profili di politica industriale europea, il rapporto tra regolamentazione e diritto antitrust, la disciplina delle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, il sistema di controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, la normativa sulla "golden power" in Italia e l'applicazione del diritto antitrust al settore delle telecomunicazioni.

LORENZO F. PACE è professore di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi del Molise e avvocato in Roma. Tra le sue recenti pubblicazioni, oltre alla terza edizione del *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza italiano e dell'Unione europea*, si citano *Introduzione al diritto dell'Unione europea – natura e ordinamento giuridico*, 2ed., Milano, 2025; *Quo vadis Europa? Le sfide dell'Unione Europea nel tempo delle crisi - una riflessione multidisciplinare*, Roma, 2023.