

**La Direttiva 2014-104 UE sul *private enforcement*
antitrust: proposte di recepimento tra
disclosure, divulgazione ed esibizione.**

Avv. Giuseppe Cardona

[Maggio 2016]

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione.

Sommario

Introduzione	4
1. La c.d. <i>disclosure-antitrust</i> (2rt. 5-6-7-8 Direttiva). 1.a. Analisi dell'istituto. 1.b. Il recepimento della c.d. <i>disclosure-antitrust</i> nell'ordinamento giuridico interno: il sistema di <i>esibizione delle prove</i> ex artt. 210 e ss. c.p.c. – “tre argomenti” per ritenere <i>già</i> sussistente nel nostro ordinamento quanto previsto dalla Direttiva – e la necessità di una norma <i>ad hoc</i> per i soli aspetti specializzanti. 1.b.I. Argomento storico-sistematico: la precedente esperienza sul recepimento della <i>disclosure</i> (in materia di proprietà intellettuale ex art. 121 d.lgs. 30/2005) quale esibizione documentale qualificata rispetto all'istituto generale di cui agli artt. 210 e ss. c.p.c. 1.b.II. Argomento tecnico: il minimo comune denominatore ontologico tra la <i>disclosure antitrust</i> e l'ordine di esibizione ex art. 210 e ss. c.p.c., nonché l'esibizione (di documenti “antitrust) come mezzo per correggere l'asimmetria informativa. 1.c. La soluzione proposta, anche con riferimento al meccanismo delle sanzioni – il termine di decorrenza dell'obbligo di conservare i documenti (<i>rectius</i> : le prove) per le imprese convenute.	5
2. L'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza (art. 9 Direttiva). 2.a. La situazione italiana sull'effetto vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust (comunitaria e nazionali) <i>ante</i> Direttiva. 2.b. L'effetto vincolante delle decisioni delle autorità antitrust nazionali e straniere <i>post</i> Direttiva: necessità di recepimento pieno del “nuovo istituto”. 2.c. Due aspetti problematici connessi al recepimento della Direttiva in Italia. 2.c.I. La vincolatività del precedente nel sistema della responsabilità ex art. 2043 c.c.: l'accertamento della condotta, del danno-evento e del nesso di causalità materiale; l'impregiudicatezza del nesso di causalità giuridica. 2.c.II. La tutela del diritto di difesa ed il rapporto con il sindacato del giudice amministrativo.	21
3. Norme in materia di prescrizione e responsabilità in solido (artt. 10-11 e 18 I comma Direttiva). 3.a. Analisi degli istituti. 3.b. La situazione italiana: conformità generale tra il modello europeo e quello normativo-giurisprudenziale italiano. 3.c. Soluzione: il recepimento di una normativa per a) sospensione/interruzione della prescrizione; b) valenza dei programmi di clemenza nella determinazione della responsabilità solidale.	29
4. Il trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12-13-14-15-16 Direttiva). 4.a. L'analisi dell'istituto. 4.b. La situazione in Italia: un sostrato normativo e giurisprudenziale che recepisce <i>ex se</i> quanto imposto a livello europeo. 4.c. Soluzione di recepimento: indirizzi giurisprudenziali ispirati alle relazioni illustrative.	34
5. Quantificazione del danno (art. 17 Direttiva). 5.a. Il problema della prova del danno e la	39

soluzione comunitaria. 5.b. Situazione italiana: gli aspetti critici della *praesumptio iuris tantum* di esistenza del danno “da cartelli”, recepitabile con norma *ad hoc*, e della c.d. assistenza dell'autorità nazionale garante della concorrenza, di recepitabilità dubbia.

6. Composizione consensuale delle controversie (art. 18-19 Direttiva). 6.a. La soluzione comunitaria per incrementare i meccanismi di *alternative dispute resolution* per le azioni risarcitorie *antitrust*. 6.b. La situazione in Italia e la necessità di recepire: la subordinazione della domanda di risarcimento al tentativo di conciliazione e le regole eccezionali (ma dispositive) in materia di transazione. 44

7. Conclusione. 47

Introduzione.

Il tentativo di equilibrare l'asse della bilancia dell'*enforcement* antitrust, oscillante in modo considerevole sul versante *public* a scapito del *private*, ha spinto il legislatore europeo ad emanare la Direttiva n. 104/2014; il testo ha ad oggetto “*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*” (di seguito anche solo “la Direttiva”).

L'obiettivo è chiarito sin dai considerando: ciascuno Stato membro deve disporre di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno¹; quest'ultimo positivizzato negli artt. 3-4 della Direttiva, ma già oggetto di discussione, dapprima nel 2005, con il Libro Verde, successivamente nel 2008 con il Libro Bianco, ambedue pervenuti ad un risultato unico, vale a dire la necessità che il miglioramento al sistema di *private enforcement* passi attraverso un'azione unica a livello UE. La Direttiva prevede una serie di istituti che gli Stati membri hanno l'obbligo di attuare nei rispettivi ordinamenti entro il 27 Dicembre 2016.

Il presente lavoro ha come scopo quello di illustrare possibili soluzioni relative a come l'Italia debba recepire i principali istituti disciplinati dalla normativa comunitaria, con particolare riguardo alla *disclosure*. La ricerca, che non assume alcuna pretesa di esaustività, ma vuole provare a rappresentare solo l'occasione per uno spunto riflessivo sul tema, è stata condotta per il tramite di uno studio asettico del singolo istituto previsto dalla normativa comunitaria, per poi verificarne l'impatto nell'ordinamento italiano, sia in chiave di ricerca di un sostrato normativo o giurisprudenziale che consentisse di ritenere già presente (i.e. recepito) quanto fatto proprio dalla Direttiva, sia nell'individuare soluzioni

¹ Oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza comunitaria. Sul punto cfr. Corte di Giustizia *Courage Ltd c. Crehan*, C-453/99, 20.09.2001; Corte di Giustizia, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, C-295/04, 13.07.2006; Corte di Giustizia, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, C-360/09, 14.6.2011; Corte di Giustizia, *Europese Gemeenschap v. Otis*, C-199/11, 6.11.2012.

normative qualora l'introduzione di nuove norme giuridiche risultasse l'unica strada da percorrere.

1. La c.d. *disclosure-antitrust* (artt. 5-6-7-8 Direttiva).

1.a. Analisi dell'istituto.

I. Il principio generale *ex art. 2697 I comma c.c.* trova applicazione anche in caso di azioni di risarcimento danno da illecito antitrust. Tuttavia, l'acquisizione delle prove relative a pratiche antitrust complesse può rilevarsi assai difficile.

Il problema principale, secondo il legislatore comunitario, è quello dell'asimmetria informativa, cioè la difficoltà riscontrata in numerosi casi dall'attore, ma anche dal convenuto, nel reperire elementi di prova che si trovano in possesso dell'altra parte e/o di un terzo (tra cui l'Autorità garante della concorrenza) e non sono sufficientemente noti o altrimenti accessibili. Tale difficoltà se riportata sul versante dell'onere della prova, rischia di neutralizzare (e, nella maggior parte dei casi, neutralizza per l'impossibilità di provare i fatti a sostegno della pretesa) il diritto di agire in giudizio al fine di chiedere il risarcimento del danno, con grave compromissione dell'applicazione del diritto antitrust a livello privato.

II. La soluzione adottata dall'UE è stata quella di cui al Capo II della Direttiva n. 104/2004 rubricato divulgazione delle prove, che con gli artt. 5-6-7-8 prevede il sistema della c.d. *divulgazione* o *disclosure* (da ora in avanti anche solo "*disclosure antitrust*").

L'Unione Europea impone agli Stati membri di adottare un sistema per il quale, su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno², i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o ad un terzo la *divulgazione* delle

² Sul punto ci si potrebbe interrogare sul perchè la Direttiva, la quale ha come obiettivo il rafforzamento del sistema di *enforcement* privato *antitrust*, si limiti a stabilire a disciplinare le sole azioni risarcitorie e non già, ad esempio, quelle di accertamento della nullità contrattuale in forza della violazione di norme a tutela della concorrenza.

prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto, alle *condizioni* precisate nel presente capo.

Cosa significhi divulgare è probabilmente il primo interrogativo al quale il nostro legislatore dovrà dare risposta, posto che nel nostro codice di procedura civile il termine “divulgazione” non è utilizzato nelle disposizioni concernenti l’attività istruttoria, nè tantomeno in altre parti del codice, eccettuati gli artt. 490 e 676 che lo utilizzano nel suo significato proprio e comunemente conosciuto. Infatti, la divulgazione è una parola di origine latina composta dai lemmi *dis* (“da diverse parti”) e *vulgare* (“diffondere a tutti”), e significa, quindi, il rendere noto un certo fatto ad una molteplicità indistinta di soggetti.

Pertanto, pare che possa rilevarsi se non già un’inesattezza terminologica, quantomeno una necessità di interpretare la “divulgazione” alla luce del fatto che si tratti pur sempre di uno strumento processuale che rileva in fase istruttoria. Dunque, il significato che la parola dovrà assumere all’interno di un processo, ove il numero delle parti è limitato tendenzialmente a due, è quello di far conoscere a determinati soggetti parti del processo l’esistenza ed il contenuto di un certo documento (si legga nella versione inglese della Direttiva, al considerando 16: “...*specified items of evidence or categories of evidence...*”). Sulla scorta di questo brevissimo rilievo, può procedersi alla disamina delle *condizioni* per la *disclosure*, le quali, seppur prive di una sistematica elencazione nel Capo II, possono concettualmente essere individuate in:

1. **proporzionalità** – art. 5 I-III comma³– si sostanzia nel giudizio di bilanciamento, ad opera del magistrato, tra gli interessi legittimi delle parti, che deve tenere conto di tre parametri di cui alla lettera a-b-c) dell’art. 5 III comma: i) *fumus boni iuris* della domanda di risarcimento; ii) costi della procedura; iii) riservatezza delle informazioni e quali mezzi di protezione

³ Rispettivamente le norme prevedono: “una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno, i giudici nazionali possono ordinare [...] la divulgazione delle prove rilevanti delle prove rilevanti” ed: “i giudici nazionali limitino la divulgazione delle prove a quanto è proporzionato”.

adottare. In tale valutazione non va considerato l'interesse delle imprese ad evitare azioni risarcitorie (art. 5. V comma), appunto, non meritevole di tutela;

2. **specificità** – art. 5 II comma⁴ – sarà necessaria la specificazione delle informazioni richieste e, quindi, di quali documenti e informazioni è in possesso il destinatario;
3. **rilevanza** – art. 5 I-IV comma⁵ – costituisce l'idoneità del documento a costituire elemento di prova per la domanda di risarcimento del danno. Quindi di come non possa essere altrimenti acquisibile e perciò *condicio* per l'accertamento della azione giudiziale;
4. **dimostrazione e/o prova per l'istante** – art. 5 I comma⁶ – la lettura della norma implica che i) l'istante deve fornire l'esistenza di elementi di prova dei fatti che si vogliono dimostrare (*richiesta motivata*) e che deve ii) provare/dimostrare⁷ che i documenti e le informazioni richieste siano nella disponibilità della controparte/terzo;
5. **“condizioni” aggiuntive** – occorre inoltre prestare attenzione a:

⁴ La norma prevede: “*i giudici possono ordinare la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata*”.

⁵ Rispettivamente le norme prevedono: “*i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione delle prove rilevanti*” “*i giudici nazionali dispongano del potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate ove le ritengano rilevanti ai fini delle azioni per il risarcimento del danno*”.

⁶ La norma prevede: “*Su istanza di un attore che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda*”.

⁷ La norma utilizza il sintagma *fatti e prove ragionevolmente disponibili* con ciò, alleggerendo l'*onus probandi* o, comunque, il rigore del giudice nel considerare raggiunta la dimostrazione in esame

- a. **contraddittorio** – art. 5. VII comma⁸ – il destinatario dell’ordine, che sia parte o terzo, deve essere sentito dal giudice prima della divulgazione vera e propria;
- b. **sanzioni** – art. 8⁹ – gli Stati membri dovranno decidere quali sanzioni adottare in caso di violazione degli ordini di divulgazione, di distruzione di prove rilevanti o, comunque di violazioni sui limiti all’uso delle prove. La Direttiva offre agli Stati ampi margini di discrezionalità sul punto.

Inoltre, laddove la *disclosure-antitrust* abbia ad oggetto prove nella disponibilità dell’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e, quindi, contenute nel fascicolo istruttorio, occorre avere riguardo alle seguenti ulteriori condizioni, rispetto alle precedenti, il cui mancato rispetto determina l’inammissibilità in sede civile della prova ottenuta:

- **proporzionalità “qualificata”** – art. 6 IV comma¹⁰ – i giudici dovranno tenere conto: i) specificità, con riferimento a natura, oggetto e contenuto dei documenti presentati a un’autorità garante della concorrenza e della corrispondenza fra tali autorità; ii) pendenza dell’azione; iii) esigenze di *public enforcement*. Inoltre, l’autorità garante può fornire al giudice il proprio

⁸ La norma prevede: “*Gli Stati membri provvedono affinché coloro ai quali è chiesta la divulgazione abbiano la possibilità di essere sentiti prima che il giudice nazionale ordini la divulgazione a norma del presente articolo*”.

⁹ La norma prevede: “*Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali possano applicare efficacemente sanzioni alle parti, ai terzi e ai loro rappresentanti legali in caso di: a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l’ordine di divulgazione di un giudice nazionale; b) distruzione di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall’ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o d) violazione dei limiti all’uso delle prove previsti nel presente capo*”.

¹⁰ La norma prevede: “*nel valutare, a norma dell’articolo 5, paragrafo 3, la proporzionalità di un ordine di divulgazione di informazioni, i giudici nazionali considerano altresì: a) se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all’oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un’autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità, piuttosto che con una domanda generica attinente a documenti presentati a un’autorità garante della concorrenza; b) se la parte stia richiedendo la divulgazione in relazione a un’azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale; e c) con riferimento ai paragrafi 5 e 10, o su richiesta di un’autorità garante della concorrenza ai sensi del paragrafo 11, se sia necessario salvaguardare l’efficacia dell’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza*”.

parere sulla valutazione della proporzionalità – art. 6 XI comma. Parimenti, l'art. 7 prevede una serie di limiti nell'uso delle prove ottenute.

- **obblighi di riservatezza** – art. 6 – si deve avere riguardo a tre liste documenti:

- a) **black list** – art. 6 VI comma¹¹ – non si può categoricamente ordinare la divulgazione nè di dichiarazioni legate ad un programma di *leniency*, nè di proposte di transazione;
- b) **grey list** – art. 6 V comma¹² – solo *dopo* la chiusura del procedimento, può essere ordinata la divulgazione di: i) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; ii) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; iii) proposte di transazione che sono state ritirate;
- c) **white list** – art. 6 IX comma¹³ – categoria residuale: tutto ciò non previsto nelle *black and grey lists* (purché contenuto nel fascicolo) è divulgabile.

III. Da quanto testé esposto, si può ritenere che tra i due istituti vi sia un rapporto di contenente/contenuto, dove il secondo (divulgazioni di prove in possesso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) in forza dei due

¹¹ La norma prevede: “*gli Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non possano in alcun momento ordinare a una parte o a un terzo di divulgare prove rientranti nelle seguenti categorie: a) dichiarazioni legate a un programma di clemenza; e b) proposte di transazione*”.

¹² La norma prevede: “*I giudici nazionali possono ordinare la divulgazione delle categorie di prove sotto indicate solo dopo che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il suo procedimento adottando una decisione o in altro modo: a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; e c) proposte di transazione che sono state ritirate*”.

¹³ La norma prevede: “*La divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e che non rientrano in nessuna delle categorie di cui al presente articolo può essere ordinata in ogni momento ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, fatto salvo quanto previsto dal presente articolo*”.

elementi aggiuntivi testé esposti, si qualifica come speciale rispetto al primo (divulgazione antitrust *tout court*).

1.b. Il recepimento della c.d. *disclosure-antitrust* nell'ordinamento giuridico interno: il sistema di *esibizione delle prove* ex artt. 210 e ss. c.p.c. – “due argomenti” per ritenere *già* sussistente nel nostro ordinamento quanto previsto dalla Direttiva – e la necessità di una norma *ad hoc* per i soli aspetti specializzanti.

I. La Sezione del codice di rito civile rubricata “*dell'esibizione delle prove*” sgravia (parzialmente) il nostro Legislatore da problematiche di recepimento e/o di creazione di un istituto *ad hoc*, se non per determinati aspetti che si vedranno in seguito.

Il mezzo istruttorio dell'*esibizione*, secondo la dottrina maggioritaria¹⁴, completa il sistema della prova documentale, quest'ultimo di regola agganciato alla *produzione*, la quale, come noto, subordinata alla disponibilità fisica del documento.

L'*esibizione* sarebbe, dunque, una *sinceddoche*, in quanto con il termine *esibizione* il Legislatore intende il complesso delle operazioni di acquisizione processuale di documenti che non siano altrimenti accessibili da chi ne ha interesse (e, dunque, producibili).

La *ratio* delle norme a presidio dell'*esibizione* è quella di consentire l'acquisizione del documento non disponibile a chi ne ha interesse, purché siano rispettati, da un lato, l'idoneità alla prova del documento e, dall'altro, la comunanza del fatto, vale a dire la riferibilità (foss'anche mediata) all'istante. Dunque, il *gap* tra volontà di avvalersi probatoriamente di un documento e non detenibilità del medesimo è colmato dal codice di rito con lo strumento dell'*esibizione*.

¹⁴ Cfr. Voce “*Esibizione*” Enc. Dir. Giuffrè, 2000.

Infatti, nel nostro linguaggio tecnico la produzione postula la “volontà di *divulgare*” e – per così dire – la “costrizione a *divulgare*” si può realizzare solo grazie a tutto ciò che produzione non è e, che quindi, è esibizione (si parla, infatti, di *ordine* di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*). In tal senso, l’esibizione altro non sarebbe che l’atto avente la finalità di rendere noto ad un soggetto l’esistenza di un determinato fatto, contenuta in un documento, non accessibile a colui che potrebbe produrlo, allora poiché la *divulgazione* deve avvenire all’interno del processo e tra le parti che vi agiscono, questa è *necessariamente esibizione*. In altri termini, delle due l’una: se la divulgazione presuppone la detenzione, allora vi sarà produzione, se, invece, come nel caso previsto dalla Direttiva, non si vi è la disponibilità materiale, allora in questo senso stretto, non può non aversi esibizione.

In conclusione, questo è il sistema italiano: se non si può produrre, si dovrà esibire, nel rispetto delle condizioni previste dalla legge tra le parti e nell’ambito del processo.

II. Per quanto premesso, il sistema dell’esibizione apre le porte alla ricezione della c.d. *disclosure antitrust* o divulgazione, vale a dire l’istituto previsto dalla Direttiva per il tramite del quale si rendono edotte le parti del processo ed il giudice sull’esistenza e sul contenuto di un certo documento.

Così recepita, la *disclosure* costituisce la via maestra per correggere le inevitabili insufficienze nella ripartizione preventiva dei mezzi di prova precostituiti (documenti), in linea con quanto il Legislatore comunitario avvertiva come priorità problematica nel considerando 14 della Direttiva¹⁵, poiché è assorbita dal sistema *aperto* dell’esibizione.

La Direttiva ha già prodotto un primo effetto concreto, costituito da una decisione della prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la quale è stato statuito che, fermo restando l’onere dell’attore di indicare in modo

¹⁵ Considerando 14: “[...] *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*”.

sufficientemente plausibili 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 competenza commerciale, il giudice è “tenuto a valorizzare 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 di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata”¹⁶.

D’altro canto, però, la Direttiva n. 104/2014 prevede aspetti tecnici positivamente assenti nel nostro ordinamento e, comunque, non ermeneuticamente ricavabili; quindi, abbisognerà di una norma *ad hoc* che disciplini le concrete modalità di esibizione di documenti rilevanti ai fini di una domanda risarcitoria da illecito antitrust.

Prima di giungere alla proposta di soluzione, occorre approfondire ulteriormente il perchè dell’annunciata sostanzialità tra esibizione e *disclosure*, la quale non coincide affatto con la *discovery* anglosassone¹⁷.

1.b.I. Argomento storico-sistematico: la precedente esperienza sul recepimento della *disclosure* (in materia di proprietà intellettuale ex art. 121 d.lgs. 30/2005) quale esibizione documentale *qualificata* rispetto all’istituto generale di cui agli artt. 210 e ss. c.p.c.

¹⁶ Cass, 4 giugno 2015, n. 11564.

¹⁷ SCUFFI-FRANZOSI-FITTANTE, Commentario al codice della proprietà industriale, CEDAM, 2005: “L’istituto tipico della prassi giudiziaria inglese (e nordamericana) viene adoperato nella fase del “pre-trial” dopo lo scambio dei “pleadings” (note scritte tra le quali assumono particolare importanza lo *statement of claim* dell’attore dopo la *vocation in ius* a mezzo del *writ of summons* del convenuto e la risposta di questi a mezzo dello *statement of defence*) ed ha la funzione di mettere in condizione le parti di conoscere preventivamente gli elementi di prova documentale dei quali dispone l’avversario (attraverso il duplice stadio della *disclosure* o scambio della lista dei documenti e della *inspection* o esibizione dei documenti elencati) onde evitare sorprese (e contribuire anche a contenere la prosecuzione delle liti) nella fase del *trial* che si conclude con il *judicial remedy* della sentenza”.

I. Il concetto di *disclosure* è già stato riflesso nel nostro ordinamento in materia di tutela dei diritti di proprietà industriale per il tramite del noto istituto dell'esibizione documentale, qualificandosi, però, rispetto ad essa per determinati elementi, quali ad esempio la tutela delle informazioni riservate¹⁸ che va oltre la copertura del segreto d'ufficio e professionale previsto dalla disposizione processual civilistica.

L'articolo 121 del codice della proprietà industriale prevede che qualora la parte abbia fornito seri indizi della fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, possa ottenere che “*il giudice ne disponga l'esibizione*”.

L'attuale assetto normativo è il frutto dell'Accordo TRIPs di Marrakesh del 1994, attuato con il decreto legislativo n. 198/ 1996. Occorre, allora verificare come il legislatore aveva recepito la normativa internazionale per arrivare all'odierno sistema di *disclosure* quale esibizione documentale, come si è detto, qualificata.

II. L'art. 43 dell'Accordo TRIPs prevede, nella sua versione italiana, che “*le autorità giudiziarie hanno la facoltà di disporre che detti elementi (documenti, elementi o informazioni) siano forniti da quest'ultima (la controparte)*” e nell'originale versione inglese l'azione consiste nell'*order that this evidence be produced*.

Si noti, pertanto, come la norma fissi il principio per cui determinati elementi di prova che non si trovino in possesso dell'attore, debbano essere forniti dalla controparte. In altre parole: tutto ciò che la parte *non può produrre* e di cui ha bisogno per l'accertamento del diritto, purché sia ragionevolmente accessibile e sufficiente a comprovare le sue affermazioni, dovrà essere fornito dalla controparte detentrici.

Orbene, se il punto di partenza della fonte internazionale era, in sintesi, “colui che detiene i documenti, dietro ordine del giudice, deve produrli” il punto di

¹⁸ Infatti, ai sensi dell'art. 121 III comma c.p.i. “*il giudice nell'assumere i provvedimenti di cui sopra adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte*” con ciò il riferimento è, tra l'altro, alla tutela dei diritti di proprietà industriale.

arrivo è il d.lgs. n. 198/1996 che, rimodula l'art. 77 del Regio decreto 29 Giugno 1939, n. 1127 (c.d. legge invenzioni) ed introduce l'art. 58-*bis* al Regio Decreto 21 Giugno 1942, n. 929 (c.d. legge marchi); queste ultime disposizione di identico tenore letterale prevedono che “qualora una parte abbia fornito seri indizi sulla fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione”.

La regola generale dell'*order that this evidence be produced* (art. 43 Accordo TRIPs) è stata, quindi, recepita nell'alveo del sistema italiano dell'esibizione (art. 121 c.p.i. – sottosistema delle norme processual civilistiche di cui agli artt. 210 e ss. c.p.c.).

III. Dal nuovo assetto che le leggi marchi e la legge invenzioni hanno assunto, il codice della proprietà industriale, con l'art. 121 c.p.i. ne ha fatto una integrale riproposizione, di talché la disposizione attualmente in vigore non fa null'altro che unificare l'identico mezzo istruttorio che la legge riservava alla tutela del marchio e dell'invenzione in un unico strumento previsto dal d.lgs. 30/2005, per la tutela dei diritti di proprietà industriale.

Da ciò consegue che, se il concetto di *disclosure* di origine internazionale (v. art. 43 Accordo TRIPs) è stato recepito dal legislatore inglobandolo nel sistema italiano di esibizione (v. artt. 210 e ss. c.p.c.), con il decreto legislativo del 1996, riprodotto (ed uniformato) nell'attuale art. 121 del codice della proprietà industriale, analogo recepimento sarà oggi auspicabile con riferimento alla c.d. *disclosure antitrust*, per analogia degli istituti.

1.b.II. Argomento tecnico: il minimo comune denominatore ontologico tra la *disclosure antitrust* e l'ordine di esibizione ex art. 210 e ss. c.p.c., nonché l'esibizione (di documenti antitrust) come mezzo per correggere l'asimmetria informativa.

I. L'uguaglianza delle *condizioni* necessarie all'accoglimento di una richiesta di esibizione rispetto ad una istanza di *disclosure antitrust*, implica che, anche sul

versante procedurale, sussiste una non ignorabile connessione tra i due istituti, ferme restando talune particolarità previste dalla Direttiva che consentono di risolvere criticità tipiche del diritto della concorrenza (ad esempio, sui programmi di clemenza).

Orbene, il meccanismo regolato dagli artt. 210 e ss. c.p.c., subordina, anch'esso, la concedibilità dell'ordine di esibizione da parte del giudice ad una serie di *condizioni*, ovvero:

1. **proporzionalità** – artt. 118-210-211 c.p.c.¹⁹ – costituisce una valutazione discrezionale del giudice richiede, non sindacabile in sede di legittimità²⁰, avente ad oggetto oltre all'idoneità del fatto contenuto nel documento a costituire la prova del diritto fatto valere in giudizio, anche come l'esibizione non debba comportare un *grave danno* per la parte *ex art. 118-211 c.p.c.* o per il terzo *ex art. 211 c.p.c.*

Il meccanismo non è dissimile alla necessaria valutazione degli *interessi legittimi delle parti* previsti dall'art. 5 I-III comma della Direttiva. Il *quid pluris specializzante* è dato dalle altre valutazioni che richiede la Direttiva (vedi, ad esempio, *fumus boni iuris* o informazioni riservate²¹).

2. **specificità** – artt. 210 c.p.c.²² – l'istanza di esibizione deve riguardare documenti che siano specificamente indicati e ben individuati, anche con

¹⁹ Le norme prevedono: “*senza grave danno per la parte o per il terzo*” “*di cui ritenga necessaria l'acquisizione nel processo*” ed ancora “*Quando l'esibizione è ordinata ad un terzo, il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi*”.

²⁰ Cass. III sez. 20 ottobre 1962, n. 3058: “*In tema di esibizione di prove, lo esercizio della facoltà all'uopo conferita al giudice dagli artt. 210 e segg. C.p.c. presuppone lo accertamento di una particolare situazione processuale che renda necessaria, ai fini del decidere, l'acquisizione agli atti di un determinato elemento probatorio, onde il relativo apprezzamento sulla sussistenza o meno di tale requisito in concreto si sottrae ad ogni sindacato di legittimità*”.

²¹ Sul punto delle informazioni riservate, il tenore è analogo all'art. 121 III comma c.p.i.

²² Cfr. Cass. sez. Lav. 4 settembre 1990, n. 9126: “*L'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 c.p.c. – che costituisce provvedimento tipicamente discrezionale del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione – deve riguardare documenti che siano*

riferimento al loro contenuto ed ai fatti controversi che i medesimi chiariranno.

3. **rilevanza** – art. 210 c.p.c. ²³ – relativa ai fatti e, quindi, alle prove da acquisire, anche con precipuo riferimento all'impossibilità della parte istante di potervi accedere attraverso altri mezzi.
4. **dimostrazione e/o prova per l'istante** – art. 94 disp. att. c.p.c. – anche da qui si comprende come sia necessario l'offerta della prova che la parte o il terzo possieda il documento, tantoché l'ordine di esibizione non è utilizzabile per sopperire alla mancata produzione documentale facente carico alla parte²⁴.

Si noti, che per *sub* 2.3.4. il rapporto con le corrispondenti condizioni previste dalla Direttiva è di identità piena.

5. **“condizioni” aggiuntive** – occorre inoltre prestare attenzione a:

specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza e che risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi; non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante”; ma anche Cass. I sez. 17 dicembre 1953, n. 3737: *“L'istanza di esibizione di documenti deve contenere a pena di inammissibilità la specifica indicazione di essi; non basta la enunciazione dei dati necessari per rintracciarli”*.

²³ Cass. III sez. 5 luglio 1969, n. 2491: *“L'ordine di esibizione presuppone il requisito della necessità o evidente utilità del mezzo di prova medesimo, cosicché non è determinante che l'esibizione sia idonea a provare i fatti per i quali viene richiesta, se la situazione processuale sia tale per cui la prova possa essere egualmente fornita attraverso altri elementi acquisiti al giudizio”;* Cass. III sez. 23 febbraio 1963, n. 446: *“L'ordine di esibizione di cui all'articolo 210 c.p.c. presuppone l'indispensabilità del documento per completare la prova della domanda o dell'eccezione, talché non è sufficiente che l'esibizione sia idonea a provare i fatti, ma è necessario che la situazione sia tale che la prova non possa essere fornita se non attraverso di essa”*.

²⁴ Cass. I sezione, 12 dicembre 1988, n. 6734: *“Condizione per l'accoglimento dell'istanza intesa a che il giudice ordini ad un terzo di esibire documenti in suo possesso è che la parte deduca che i documenti da esibirsi contengono la prova dei fatti controversi in causa, giacché l'ordine non può essere emesso al solo scopo di indagare se tale prova può essere rinvenuta nei documenti”* ma, soprattutto si veda Cass. I sezione, 27 luglio 1964, n. 2096: *“L'esibizione di un documento può essere ordinata dal giudice, per la facoltà riconosciutagli dall'art. 210 c.p.c., soltanto quando risulti con certezza la sua materiale esistenza nonché il possesso presso colui al quale deve impartirsi l'ordine di esibizione, e l'onere della prova dell'esistenza e del possesso incombe al richiedente”;* tuttavia, la prova che la parte possieda il documento può essere anche congetturale v. Cass. I sezione, 4 aprile 1997, n. 2935: *“Se è vero che la disposizione dell'art. 94 delle disp. att. c.p.c. relativa alla necessità della specifica indicazione del documento e della cosa di cui si richiede l'esibizione (e quando è necessario, alla necessità della prova della circostanza che la parte o il terzo li possieda) si ispira all'esigenza di evitare indagini istruttorie non pertinenti o comunque non utilmente esperibili, deve tuttavia ritenersi che, in base ai principi generali, la prova suddetta possa essere anche di tipo congetturale, e quindi essere desunta da altri fatti noti, come conseguenza ragionevolmente possibile della loro esistenza, secondo un criterio di normalità”*.

- a. **contraddittorio** – presente nella forma prevista dall'art. 211 c.p.c. dunque, verso il terzo – la norma preve che il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi.
- b. **sanzioni** – art. 116 II comma c.p.c. – l'ordine di esibizione non è suscettibile di esecuzione coattiva²⁵, nè per iniziativa del giudice, nè ad iniziativa della parte interessata, non costituendo quell'ordinanza titolo esecutivo e non potendo essere, quindi, attuata con gli strumenti di cui all'art. 605 e ss. c.p.c. Il giudice potrà solo desumere *argomenti di prova* a norma dell'art. 116 II comma c.p.c. dall'inosservanza dell'ordine.

La sanzione così esposta sarà applicabile laddove l'ingiunto si renda *di fatto* inottemperante all'ordine di esibizione, in ciò potendosi includere molteplici condotte, quali quella di distruzione dei documenti. Fondamentalmente evidenziare che l'obbligo *de quo*, tradotto positivamente nello specifico dovere di conservazione del documento valutato come prova ed oggetto della richiesta, sorge nel momento in cui sia stata presentata l'istanza di esibizione²⁶; né potrebbe sostenersi come il dovere di lealtà e probità della parte *ex*

²⁵ Cfr. Cass. sez. lav. 6 dicembre 1983, n. 7289.

²⁶ Cass. I sez. 19 novembre 1994, n. 9839: “*La presentazione di un’istanza di esibizione documentalmente, formulata ai sensi dell’art. 210 c.p.c., determina nella controparte il dovere di conservare la documentazione di cui si è chiesta la esibizione fino a quanto il giudice non abbia provveduto negativamente sull’istanza medesima, senza che possa assumere rilievo, in siffatta ipotesi, il sopravvenuto compimento del termine decennale di conservazione previsto dall’art. 2220 c.c. Conseguentemente la distruzione al compimento del termine di conservazione sopraindicato di documenti contabili di cui l’altra parte ha chiesto l’esibizione, se è compiuta durante il tempo di attesa della decisione del giudice su detta istanza, comporta che dal comportamento tenuto dalla parte possano desumersi argomenti di prova a norma dell’art. 116 c.p.c.*”.

art. 88 c.p.c. imponga la conservazione dei documenti in attesa che la controparte proponga eventualmente istanza di esibizione²⁷.

Con riferimento al contraddittorio, il rapporto con l'art. 5 I comma è che quest'ultimo si presenta con un contraddittorio a 360 gradi, sia verso il terzo che verso la controparte – ragion per cui si ha un secondo elemento di specializzazione; mentre con riguardo alle sanzioni, la relazione è sconosciuta, posta la discrezionalità del legislatore, anche se laddove, come si dirà, vi sarà auspicabilmente la riconduzione della *disclosure antitrust* al meccanismo dell'esibizione processuale, si dovrà ritenere applicabile l'art. 116 II comma.

II. Oltre a quanto testé esposto, con riferimento allo specifico caso di *disclosure* avente ad oggetto documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza, in Italia sussiste già una prassi applicativa dell'art. 213 c.p.c. mediante il quale il giudice, su impulso delle parti, ma anche d'ufficio, può richiedere documenti all'Autorità²⁸.

Inoltre, anche alla giurisprudenza di legittimità non sarebbe sconosciuta un utilizzo dell'art. 213 c.p.c. al fine di acquisire le risultanze di un già avviato e concluso procedimento istruttorio dinanzi ad un'autorità amministrativa, poiché la richiesta di informazioni alla p.a. “bene può avere per oggetto il contenuto di atti e documenti della stessa p.a. concernenti indagini amministrative compiute in passato” (il caso all'attenzione della Suprema Corte

²⁷ Cass. I sezione, 18 novembre 1994, n. 9797: “*Il dovere di lealtà e probità della parte (art. 88 c.p.c.) [...] non può essere esteso sino ad imporre la conservazione dei documenti (che non si abbia più l'obbligo di conservare, essendo compiuto il decennio di cui sopra) in attesa che la controparte proponga eventualmente istanza di esibizione, con la conseguenza che dalla distruzione degli stessi possono desumersi argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c. solo se compiuta durante il tempo di attesa della decisione del giudice su detta istanza*”.

²⁸ App. Roma, 31.3.08 – l'AGCM ha fornito al giudice i verbali degli interrogatori effettuati nel corso del procedimento e i documenti sequestrati nel corso delle ispezioni effettuate presso gli autori dell'intesa illecita; Trib. Milano 30.10.2013 – l'AGCM ha fornito al giudice la versione confidenziale del provvedimento finale nonché taluni documenti del fascicolo istruttorio in precedenza secretati.

aveva ad oggetto accertamenti d'imposta documentati in verbali e rapporti di organi di polizia)²⁹.

Ulteriormente, la residualità dell'art. 213 c.p.c.³⁰, rispetto agli artt. 210 e ss. c.p.c., costituisce altra ragione idonea a ritenere che la *disclosure antitrust* avente ad oggetto prove contenute nel fascicolo di un'autorità sia recepibile nel complessivo alveo del sistema di esibizione processual civilistico, pur evidenziando che le due condizioni aggiuntive di cui si è detto (proporzionalità c.d. qualificata e il sistema delle liste a tutela della riservatezza) previste dall'art. 6 della Direttiva, rispetto a quelle generali di cui all'art. 5, si pongono come ulteriori elementi specializzanti rispetto alla fattispecie interna e perciò necessitanti di recepimento diretto.

1.c. La soluzione proposta, anche con riferimento al meccanismo delle sanzioni – il termine di decorrenza dell'obbligo di conservare i documenti (*rectius*: le prove) per le imprese convenute.

Alla luce della sostanzialità tra *disclosure antitrust* e esibizione processualcivilistica, nonché in ossequio ai contenuti specializzanti previsti dalla direttiva, la soluzione di recepimento proposta da chi scrive è, per così dire, mediana.

Si tratterebbe di positivizzare, in modo analogo alle disposizioni in materia di diritto della proprietà industriale (applicabili dallo stesso giudice – c.d. "Tribunale delle Imprese"³¹ – che conosce delle cause di *private enforcement antitrust*) la regola per cui, nelle azioni di risarcimento danno in forza della

²⁹ Cass. SS.UU., 4 luglio 1968, n. 2242.

³⁰ Art. 213 c.p.c. "*fuori dai casi previsti dall'art. 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo*".

³¹ Con la definitiva emanazione dell'art. 2 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", il nostro legislatore ha apportato novità significative al D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, introducendo il Tribunale delle Imprese, con l'obiettivo di ampliare la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale.

violazione degli artt. 101-102 t.fue e l. 287/1990, oltre alle condizioni previste dagli artt. 210 e ss. c.p.c., il giudice deve altresì:

- a. valutare i) *fumus*, ii) costi e procedura, iii) informazioni riservate (1° elemento specializzante *ex art. 5 I-III comma*);
- b. disporre l'audizione del destinatario dell'ordine di divulgazione (esibizione) (2° elemento specializzante *ex art. 5. VII comma*).

Di seguito, in un successivo comma, andrebbe previsto che, quando la richiesta ai sensi dell'art. 213 c.p.c. abbia ad oggetto documenti e informazioni contenute in un fascicolo dell'Autorità garante, il giudice deve altresì:

- a. rigettare la richiesta laddove le informazioni siano contenute in programmi di clemenza o proposte di transazione (*black list*) e parimenti rigettare, salvo che l'Autorità antitrust abbia chiuso il procedimento, laddove le informazioni abbiano ad oggetto ... (v. *grey list*) (3° elemento specializzante *ex art. 6*);
- b. negli altri casi, comunque, valutare le ulteriori condizioni previste dalla Direttiva (*proporzionalità c.d. qualificata*) (4° elemento specializzante *ex art 6*).

Una simile soluzione assorbirebbe automaticamente il problema di *quali* sanzioni, ai sensi dell'art. 8 della Direttiva, debbano essere previste dallo Stato membro nel caso di violazione dell'obbligo di divulgazione o di distruzione delle prove, applicandosi, così come per l'art. 210 c.p.c., l'art. 116 II comma c.p.c.

La questione delle sanzioni si intreccia fisiologicamente con l'obbligo di condotta alla cui violazione, la sanzione corrisponde. Ed allora occorrerà riprendere gli insegnamenti della giurisprudenza, la quale ha statuito che l'obbligo dell'ingiunto di conservare la documentazione di cui si è chiesta l'esibizione sorge dal momento in cui sia stata proposta l'istanza di esibizione e sino a quando il giudice non abbia provveduto in relazione alla medesima³²

³² Cfr. *ex multis* Cass. I sez. 19 novembre 1994, n. 9839; Cass. I sez. 7 marzo 1997, n. 2086; Cass. I sez. 28 agosto 2000, n. 11225.

(eccettuata l'ipotesi in cui l'obbligo abbia la propria fonte direttamente nella legge, si pensi alle ipotesi di cui all'art. 2220 c.c.).

Certamente retrodatare ulteriormente il momento di insorgenza dell'obbligo di conservazione (che trae la sua fonte, anche e soprattutto, dall'art. 88 c.p.c., dunque acquista rilevanza *nel* processo), oltre a generare problematiche *a monte* in ordine al discernimento tra documenti che devono essere sempre conservati e quelli eliminabili dalle imprese, con conseguente crescita esponenziale dei costi di gestione e archiviazione, è in espressa contraddizione con il considerando n. 33. Quest'ultimo, nel prevedere come “*onde impedire la distruzione di prove rilevanti [...] i giudici nazionali dovrebbero poter applicare sanzioni sufficientemente dissuasive*” non utilizza il termine *documento*, ma quello di *prove rilevanti*, il che impone di far riferimento ad un qualcosa che la qualifica di prova l'abbia già ottenuta quantomeno in forza di una richiesta del documento che si reputi contenga un fatto storico utili ai fini istruttori.

Sulla sufficiente dissuasività delle sanzioni, richiamata dal considerando testé esposto, questa può dirsi coperta dagli argomenti di prova *ex art.* 116 II comma c.p.c., anche ove si consideri quanto la giurisprudenza è incline nel sostenere da tempo, vale dire come gli argomenti prova siano idonei a fondare, anche da soli, la decisione del giudice³³; ciò evidentemente assorbe qualsivoglia contestazione in merito alla non dissuasività, essendo l'accoglimento della domanda attorea sulla base della violazione dell'obbligo di conservazione (e/o la non produzione della prova) la peggiore sanzione possibile nell'ambito di un procedimento civile.

2. L'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza (art. 9 Direttiva).

2.a. La situazione italiana sull'effetto vincolante delle decisioni dell'autorità antitrust (comunitaria e nazionali) ante Direttiva.

³³ Cass. 10 gennaio 1964, n. 54; Cass. 23 aprile 1983, 1005; Cass. 10 agosto 2002, n. 12145; ma anche merito, come Trib. Napoli 24 ottobre 2002, in *Giur. Merito*, 2003, I.

I. La questione sull'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali antitrust, direttamente disciplinata dalla Direttiva n. 104/2014, si inserisce nel più ampio tema, già oggetto di disciplina comunitaria con il Reg. n. 1/2003, relativo ai rapporti tra giudici e Commissione.

Il citato regolamento, infatti, all'art. 16 prevede che giudici e autorità nazionali, quando si pronunciano su fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, non possono provvedere in senso difforme a decisioni adottate dalla Commissione ed, inoltre, devono evitare di adottare provvedimenti in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati, valutando, a tal fine, se sia necessario o meno sospendere il giudizio avviato in attesa che la Commissione si pronunci³⁴.

Riguardo agli obblighi posti alle autorità nazionali, assume rilevanza il principio di leale cooperazione enunciato dall'art. 10 TCE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, in quanto esso riveste un carattere particolarmente essenziale qualora "le autorità comunitarie e nazionali siano chiamate a concorrere alla realizzazione degli obiettivi del Trattato mediante un esercizio coordinato delle rispettive competenze"³⁵

II. Diversamente, con riguardo al rapporto tra *public enforcement* nazionale e *private enforcement*, in Italia si è assistito ad oscillazioni giurisprudenziali relativamente al preventivo accertamento degli illeciti antitrust da parte dell'autorità nazionale.

In particolare, in mancanza di una disposizione normativa (sino all'imminente recepimento della Direttiva, di cui si dirà a breve) che disciplinasse la portata

³⁴ In realtà, come rilevato da ADINOLFI, *Commento all'art. 16 Reg. 1/2003* in AA.VV. *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, 2007: "benché disposizioni analoghe a quelle enunciate dall'art. 16 non fossero contenute nel reg. n. 17, già sussisteva il divieto per le autorità nazionali di adottare una decisione in contrasto con quella assunta dalla Commissione in relazione alla medesima fattispecie. Rispetto ai giudici nazionali, la Corte di giustizia aveva affermato che quando essi "si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisione in contrasto con quella della Commissione..." (Corte giust. 14 dicembre 2000, C-344/98 *Masterfoods Ltd*, punto 52 cfr. la nota di KJOLBYE, in CMLRev. 2002)".

³⁵ Corte gius. 22 ottobre 2002, C-94/00, *Roquette frères*, punto 32.

del precedente, si sono alternate due fasi sulla valenza probatoria della decisione AGCM. A monte, è possibile differenziare tra:

- **illecito antitrust accertato da una decisione della Commissione** – art. 16 Reg. 1/2003 – come si è detto, effetto vincolante per i giudici nazionali, anche se la decisione è stata impugnata o la sua esecuzione è rimasta sospesa. Altresì, potere del giudice di sospendere il giudizio quando pende un procedimento dinanzi l’Autorità antitrust europea e, comunque, di disporre il rinvio pregiudiziale;
- **illecito antitrust accertato da una decisione dell’AGCM nei confronti del giudice nazionale** – due fasi:
 - o *ante* 2009 – il contenuto della decisione dell’autorità antitrust nazionale, oggetto di eventuale sindacato da parte della giurisdizione amministrativa, costituiva una prova liberamente valutabile *ex art. 116 c.p.c.* in ossequio al principio del prudente apprezzamento del giudice;
 - o *post* 2009³⁶ – in seguito all’intervento della Corte di Cassazione il precedente dell’autorità antitrust nazionale con il quale si accerta la commissione di un illecito rilevante ai fini antitrust ha il precipuo valore di *prova privilegiata*. Il giudice potrà, però, desumere il nesso di causalità ricorrendo a presunzioni, ma non può omettere di valutare le prove contrarie portate dal convenuto e la loro idoneità a superare gli accertamenti della Autorità e le conclusioni da essa tratte;
- **illecito antitrust accertato da una decisione dell’autorità antitrust straniera nei confronti del giudice nazionale** – si sono registrate oscillazioni tra prove liberamente valutabili *ex art. 116 c.p.c.* e “non rilevanza ai fini del decidere per diversità di sistemi”³⁷.

³⁶ Cass. Civ. N. 3638, 13.2.2009.

³⁷ Cons. St. Sez. VI 2 Marzo 2004, n. 926.

III. Posto il quadro normativo e giurisprudenziale testé esposto, la Direttiva nel considerando 34, chiarisce come la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno; ciò al fine di garantire una migliore certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori.

2.b. L'effetto vincolante delle decisioni delle autorità antitrust nazionali e straniere *post* Direttiva: necessità di recepimento del “nuovo istituto”.

I. La soluzione adottata dal Legislatore europeo è stata quella di cui al Capo III, art. 9 della Direttiva n. 104/2004 rubricato effetto delle decisioni nazionali. Sono previsti i seguenti principi fondamentali:

1. **vincolatività piena della decisione dell'Autorità nazionale (con cui accerta l'illecito) nei confronti del giudice nazionale** – art. 9 I comma;
2. **vincolatività relativa della decisione dell'Autorità nazionale (con cui accerta illecito) nei confronti del giudice straniero** – art. 9 II comma – il precedente dell'Autorità della concorrenza che accerta l'illecito (non già altre tipologie di illecito) costituisce prova *prima facie* del nesso di causalità materiale tra condotta e illecito in sede di civile dinanzi ad un giudice appartenente ad uno Stato diverso rispetto a quello dell'Autorità.

II. Il precedente dell'autorità della concorrenza che accerta l'illecito (non già altre tipologie di decisione) costituisce accertamento vincolante (pieno o relativo) che deve attenersi, ai sensi del considerando 34 della Direttiva “soltanto (a)la *natura della violazione* e (a)la sua *portata* materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione”.

Ciò posto, è di tutta evidenza che il Legislatore, con riferimento alle modalità di recepimento dell'istituto, ha un margine di discrezionalità drasticamente ridotto; si tratterà di adottare una normativa *ad hoc* ripercorrendo integralmente il testo della Direttiva, auspicabilmente utilizzando la stessa tecnica normativa fatta propria dall'art. 16 del Reg. 1/2003.

2.c. Due aspetti problematici connessi al recepimento della Direttiva in Italia.

Ciò posto, la *quaestio* della vincolatività pone due ordini di problemi³⁸: i) comprendere nel sistema della responsabilità civilistica i confini della vincolatività del precedente di un'autorità amministrativa; ii) verificare se l'annunciata *prova legale* genera, o meno, una compromissione del diritto di difesa, anche con riferimento al sindacato del giudice "del ricorso".

Occorre analizzarli separatamente.

2.c.I. La vincolatività del precedente nel sistema della responsabilità ex art. 2043 c.c.: l'accertamento della condotta, del danno-evento e del nesso di causalità materiale; l'impregiudicatezza del nesso di causalità giuridica.

I. Comprendere in concreto come il giudice nazionale "debba sentirsi vincolato" dal precedente dell'autorità nazionale antitrust è operazione imprescindibile al fine di analizzare l'impatto della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano, il quale, in tema di responsabilità civile ha una elaborata tradizione di matrice normativa, giurisprudenziale e dottrinale.

Prescindendo però, dal riepilogo meramente compilativo del percorso interpretativo che, oggi, ha portato a distinguere, sul fronte del nesso di causalità, due accezioni del medesimo, risulta opportuno, a chi scrive,

³⁸ Posto che il problema di comprendere quando la decisione è vincolante è risolto dall'art. 2 della Direttiva (*definizioni*) chiarisce che con essa si debba intendere: "*una decisione relativa a una violazione che non può o non può più essere impugnata con mezzi ordinari*" [ricorso al TAR del Lazio e la successiva impugnazione al Consiglio di Stato].

soffermare la propria attenzione sul rapporto tra il considerando 34, chiaramente illuminante sull'estensione del vincolo "pregiudiziale", con la causalità materiale.

Ed allora, se ai sensi della Direttiva, il precedente avrà rilievo soltanto per la natura della violazione e la sua portata (materiale, personale, temporale e territoriale) se ne inferisce che il "giudicato" attiene alla condotta illecita antitrust ed all'evento dannoso, dunque la portata nel significato più ampio.

Inerendo la condotta ad un dato comportamento posto in essere in un certo contesto, va da sé che l'analisi del mercato rilevante rientri in tale valutazione, con conseguente vincolatività per il giudice civile. Con riferimento alle conseguenze dell'accertato abuso di posizione dominante o intesa, l'aspetto problematico non si pone sulla vincolatività dell'evento dannoso, ma piuttosto sul versante del nesso di causalità. Infatti, il nesso di causalità c.d. materiale, che trova il proprio referente normativo, tra l'altro, nell'art. 1227 I comma c.c., concerne il collegamento fattuale che deve sussistere per dichiarare una fattispecie illecita *ex art. 2043 c.c.*, tra il comportamento del soggetto agente e l'evento.

II. Ebbene, va ritenuto vincolante precipuamente l'accertamento del nesso di causalità materiale, con conseguente *esonero* di indagine da parte del giudice civile sulla prova dello stesso; il nesso causale accertato è intrinseco corollario del *decisum*, ciò in linea con l'intento della direttiva, dai cui considerando si legge la necessità di un *fil rouge* tra dispositivo e motivazione che lo sostiene.

Sul punto una considerazione critica va però effettuata, in quanto se è vero che il nesso di causalità materiale è dato per accertato in sede giurisdizionale con il precedente dell'autorità antitrust, è altrettanto vero che il cambiamento, nei fatti, non stravolge il sistema.

Il principio della prova privilegiata praticamente rendeva quasi impossibile superare gli accertamenti contenuti nei provvedimenti dell'AGCM, proprio sul punto del nesso causale, in quanto secondo il richiamato indirizzo della Suprema Corte di Cassazione inaugurato nel 2009, il precedente, pur non

vincolando il giudice, rappresenta(va) una prova privilegiata idonea a determinare, addirittura, un'inversione del relativo onere della prova, difficilmente ottemperabile da parte dell'impresa convenuta.

II. Quanto detto comporta, inoltre, di ritenere, *in primis*, non applicabile, e dunque non rilevabile da parte dell'impresa convenuta, l'eccezione di cui al primo comma dell'art. 1227 c.c. (salva la possibilità di procedere ad un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, laddove il giudice dubitasse della correttezza delle valutazioni vincolanti compiute dall'Autorità, essendo il diritto impregiudicato in forza della lettera del III comma dell'art. 9 Direttiva n. 104/2014).

In secundis, resta impregiudicata la questione relativa al nesso di causalità giuridica, con una duplice conseguenza: i) le difficoltà istruttorie per l'attore di dimostrare il *quantum*; ii) la rilevabilità per il convenuto dell'art. 1227 II comma c.c., il cui accertamento rende non più risarcibili talune delle conseguenze immediate e dirette dell'evento, nonostante sia già stata accertata la piena responsabilità del danneggiante, e sia già stato determinato il risarcimento attraverso il filtro dell'art. 1223 c.c.³⁹.

Ciò, in conformità con quanto rilevato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nel caso *Otis*⁴⁰: “*si deve precisare che resta tuttavia di competenza del giudice nazionale stabilire la sussistenza di un pregiudizio e di un nesso di causalità (giuridica) diretta tra lo stesso e l'intesa o la pratica in discussione [...] Una tale valutazione non è contraria all'articolo 16 del regolamento n. 1/2003.*”

2.c.II. La tutela del diritto di difesa ed il rapporto con il sindacato del giudice amministrativo.⁴¹

³⁹ Cass. n. 21619/2007

⁴⁰ Corte di Giustizia C-199/11 *Otis et. al.* 6.11.2012

⁴¹ Cfr. per un'analisi più approfondita SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza e del mercato nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Conc. e mercato*, 2014.

I. L'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche l'articolo 24 della nostra Costituzione, tutelano il diritto di difesa del cittadino, che trova la sua articolazione nel principio di indipendenza e imparzialità del giudice.

Orbene, detto principio è verosimilmente compromesso, nel caso in cui un'impresa sia condannata da un giudice "civile" nazionale che, pur essendo in astratto indipendente e imparziale, si trova in concreto a doversi uniformare ad un provvedimento amministrativo.

Infatti, le Autorità della concorrenza della maggioranza degli Stati membri, in forza della non appartenenza al potere giurisdizionale, non sono garanzia dei principi che informano la magistratura, primo fra tutti il giusto processo. È per questo motivo che la questione si intreccia fisiologicamente con il sindacato del giudice amministrativo, in quanto il provvedimento di accertamento dell'illecito sarà oggetto di ricorso dinanzi ad un giudice che al giusto processo è, invece, soggetto *ex artt.* 101-111 Cost. (e non solo) ma che, spogliato del potere, per così dire, di *revisionare* il provvedimento, di fatto rende l'impresa priva di un'effettiva tutela.

La *quaestio* ha un grosso rilievo pratico perchè nel caso in cui il sindacato sia pieno il rispetto del diritto di difesa è assicurato dalla possibilità che l'organo giurisdizionale "del ricorso" possa rivedere interamente il provvedimento amministrativo in seno ad un processo avente i crismi previsti dalle numerose fonti interne ed internazionali; diversamente, laddove il sindacato sia, per così dire, debole, allora il recepimento della norma porta con sé un inevitabile *deficit* di tutela.

II. Ciò posto, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Menarini* non lascia spazio ad interpretazioni sul diametro del sindacato del giudice amministrativo, poiché prevede che l'autorità nazionale deve "*subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena*" ovvero un

giudice dotato del “*potere di riformare in ogni modo in fatto come in diritto, la decisione resa*”⁴².

Di netto contraltare, la situazione italiana registra recentemente l'intervento delle SS.UU. della Corte di Cassazione⁴³ le quali predicano un sindacato c.d. debole, laddove professano che il giudice amministrativo debba *rinunciare* a sostituire la propria valutazione a quella compiuta dall'autorità per quanto concerne i profili tecnici in cui siano coinvolti apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità.

III. In conclusione, sulla base della discrasia tra l'indirizzo giurisprudenziale “Menarini” e l'attuale situazione italiana, alla luce del rafforzamento del ruolo dell'autorità antitrust in Italia ed in ragione della salvaguardia del diritto di difesa, pare più che auspicabile l'orientamento della magistratura sempre verso un sindacato pieno; ciò comporterebbe, alla luce della vincolatività del precedente, come, anche il giudizio sull'*an debeat*, si tenga dinanzi ad un organo giurisdizionale nel rispetto delle garanzie previste dalla legge.

3. Norme in materia di prescrizione e responsabilità in solido (artt. 10-11 e 18 I comma Direttiva).

3.a. Analisi degli istituti.

I. Il considerando 36 della Direttiva rileva come le norme nazionali riguardanti l'inizio, la durata, la sospensione o l'interruzione dei termini di prescrizioni non dovrebbero costituire ostacolo alla proposizione di azioni per il risarcimento del danno; altresì, è stabilito, che gli Stati membri dovrebbero poter mantenere

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, n. 43509/2008, *Menarini*, 27.9.2011.

⁴³ SS.UU. n. 1103 del 20.1.2014: “*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 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; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – 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*”.

o introdurre termini di prescrizioni di applicazione generale, purché la durata di tali termini non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile esercitare il diritto al pieno risarcimento.

Nella fattispecie in cui più imprese violino insieme le norme in materie di concorrenza, come nel caso di un cartello, la Direttiva si propone di prevedere che i coautori della violazione siano considerati responsabili in solido per l'intero ammontare del danno causato dal loro comportamento illecito. Se un coautore della violazione ha pagato più della parte che gli spetta, dovrebbe avere il diritto di ottenere un contributo da altri coautori della violazione.

II. Si comprende, pertanto, come in forza del principio di efficacia, le norme in materia di prescrizione e responsabilità in solido sono trattate nello stesso capo dal Legislatore comunitario, il quale prevede:

- **sulla prescrizione** – art. 10 – tre principi chiave:

1. *dies a quo* – II comma – decorre dal momento in cui la condotta è cessata e, comunque, non prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: i) della condotta e del fatto che essa costituisce un illecito antitrust; ii) del fatto che l'illecito antitrust gli ha causato un danno; iii) dell'identità dell'autore dell'illecito;
2. termine – III comma – non inferiore a cinque anni;
3. sospensione/interruzione del termine – IV comma – quando l'Autorità interviene in relazione alla condotta cui si riferisce l'azione risarcitoria, gli Stati membri dovranno provvedere affinché in detto periodo il termine di prescrizione sia sospeso o interrotto. La sospensione, comunque, non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la relativa decisione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è in altro modo chiuso. Altresì, ai sensi dell'art. 18 I comma, gli Stati membri provvedono affinché il

termine di prescrizione sia sospeso per la durata del procedimento di composizione consensuale delle controversie⁴⁴;

- **sulla responsabilità in solido** – art. 11 – quattro principi:

1. diritto del danneggiato di esigere pieno risarcimento da ogni impresa – I comma;
2. obbligo dell'impresa di risarcire il danno nella sua integralità – I comma;
3. l'impresa può recuperare ciò che ha pagato da ogni altro autore – V comma;
4. il beneficiario di un programma di clemenza è responsabile in solido nei confronti dei suoi fornitori o acquirenti diretti/indiretti e verso altri danneggiati solo se questi non possano ottenere il pieno risarcimento dalle altre imprese autrici dell'illecito – V-VI comma.

3.b. La situazione italiana: conformità generale tra il modello europeo e quello normativo-giurisprudenziale italiano.

Le norme non stravolgono i principi in materia di prescrizione e responsabilità in solido propri del nostro sistema civilistico. Si procederà ad un'analisi speculare al modello fissato dal legislatore europeo.

I. Sulla prescrizione, si osserva quanto segue.

ì) Con riferimento al *dies a quo*, la regola generale è quella di cui all'art. 2935 c.c. secondo il quale “*la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*”. In dottrina, si è evidenziato come la prescrizione decorra dal giorno in cui il diritto, pur essendo perfetto e potendo quindi, essere esercitato, non è, di fatto, esercitato dal suo titolare – *contra non valentem agere non currit praescriptio*⁴⁵.

⁴⁴ ai sensi dell'art. 2 I comma n. 21) “composizione consensuale delle controversie: qualsiasi meccanismo che consenta una risoluzione stragiudiziale di una controversia riguardante una richiesta di risarcimento dei danni”;

⁴⁵ SANTORO-PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012.

Va poi rilevato che, avendo riguardo all'illecito extracontrattuale, l'interpretazione giurisprudenziale della norma è nel senso di ritenere che il giorno di decorrenza è quello in cui il danno e la sua ingiustizia divengono oggettivamente percepibili e conoscibili mediante l'uso dell'ordinaria diligenza; il che impone una valutazione caso per caso⁴⁶, si parla di *danni lungolateni*. Ulteriormente, si osserva come, in materia di illeciti antitrust, l'evento pregiudizievole può esplicare i propri effetti in maniera perdurante. In questa ipotesi si può parlare di illecito permanente, con la conseguenza che l'inizio del termine prescrizione non può che decorrere dal tempo in cui sia venuto meno l'elemento in grado di produrre il danno⁴⁷.

ii) Sul termine, l'art. 2947 c.c. prevede che il diritto al risarcimento del danno derivante da illecito aquiliano si prescrive in cinque anni, accedendo, come si è detto, alla nozione di fatto di cui all'art. 2043, *ergo* comprensiva di aspetti ulteriori al *fatto-condotta*, quali specialmente il danno evento.

iii) In Italia le norme che regolano la sospensione ed interruzione della prescrizione non contengono una disciplina relativa all'intervento di un'autorità della concorrenza ai fini dell'avvio di un procedimento di indagine in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione di risarcimento del danno.

D'altro canto, relativamente agli accordi di composizione consensuale delle controversie, posta l'estrema eterogenità di strumenti di composizione della lite, si rileva che un sostrato normativo è, ad esempio, riscontrabile nell'art. 5 VI comma d.lgs. n. 28/2010, il quale prevede come la domanda di mediazione abbia effetto interruttivo del pari alla domanda giudiziale.

⁴⁶ Cass. SS.UU. n. 581/2008 secondo le quali il *dies a quo* non decorre dal giorno dell'esecuzione della trasfusione e nemmeno da quello in cui i siano palesati i primi sintomi della malattia, bensì dal momento in cui il danneggiato sia divenuto consapevole della causazione del proprio stato patologico per effetto della pregressa trasfusione; in materia antitrust Cass. civ., sez. III civ., 2 febbraio 2007, n. 2305. Il testo della sentenza, unitamente ad una nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolateni*, è consultabile in Corriere giuridico, n. 5, 2007, p. 648 ss.

⁴⁷ Cass. civ., Sez. II, n. 15795/2013.

II. Relativamente alla disciplina italiana sulla responsabilità in solido, occorre richiamare l'art. 2055 c.c. il quale prevede sia il diritto del danneggiato di esigere pieno risarcimento nei confronti dei coautori dell'illecito (i), sia, dunque, l'obbligo di ogni debitore solidale di risarcire il danno nella sua integralità (ii), che il c.d. regresso di colui che ha pagato contro ciascuno degli altri (iii).

Sfugge, invece, la disciplina relativa ai “programmi di *leniency*”.

3.c. Soluzione: il recepimento di una normativa per a) sospensione/interruzione della prescrizione; b) valenza dei programmi di clemenza nella determinazione della responsabilità solidale.

In relazione a quanto premesso pare si possa ritenere che la strada da percorrere è quella del recepimento pieno limitato alle fattispecie legali che non trovano recepimento nel nostro ordinamento, vale a dire: i) la disciplina della sospensione/interruzione; ii) deroga della responsabilità in solido per il soggetto aderente al programma di clemenza.

Infatti, sugli ulteriori aspetti, si è avuto modo di vedere come tra la normativa comunitaria e quella interna si riscontra una sostanziale analogia.

Con riferimento, infine, all'interruzione della prescrizione per gli accordi di composizione delle controversie, la proposta è quella di subordinare la domanda di risarcimento da illecito antitrust al procedimento di mediazione, per come si avrà successivamente modo di vedere, al fine di ottenere l'interruzione, e non già la sola sospensione, del termine prescrizione.

4. Il trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12-13-14-15-16 Direttiva).

4.a. L'analisi dell'istituto.

I. Il trasferimento del sovrapprezzo o *passing on* è quel fenomeno giuridico-economico che deriva dalla struttura del mercato, in forza del quale quanto avviene ad un dato livello della catena produttiva tende a riverberarsi sul livello successivo. In altri termini, colui che acquista un prodotto oggetto di una pratica antitrust illecita (*acquirente diretto*) trasferisce a valle il danno subito, in termini di maggior esborso richiesto ai successivi acquirenti di quel prodotto o dei prodotti da esso derivati (*acquirente indiretto*).

Il considerando 39 della Direttiva parte dalla constatazione che il pregiudizio patrimoniale, nella forma del danno emergente può risultare dalla differenza tra il prezzo che è stato effettivamente pagato e quanto sarebbe stato altrimenti pagato in assenza della violazione. Quando un soggetto danneggiato ha ridotto il danno emergente trasferendolo, interamente o in parte, sui propri acquirenti, il danno trasferito non costituisce più un danno per il quale tale parte debba essere risarcita. È pertanto opportuno, in linea di principio, permettere all'autore di una violazione di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del danno emergente a fronte di una domanda di risarcimento del danno.

Il considerando, continua, stabilendo che occorrerà prevedere disposizioni che stabiliscano che l'autore della violazione, nella misura in cui invoca l'eccezione del trasferimento, debba dimostrare l'esistenza e l'entità del trasferimento del sovrapprezzo; mentre, impregiudicato resta il diritto a chiedere un risarcimento da lucro cessante.

II. Da queste premesse (e non solo) la Direttiva n. 104/2014 al Capo IV disciplina espressamente il *trasferimento del sovrapprezzo*; all'uopo è previsto un duplice sistema di *passing on*, affiancato a due ulteriori previsioni:

- ***passing on defence (eccezione del trasferimento del prezzo)*** – art. 13
– l'autore dell'illecito, convenuto dal danneggiato, ha il diritto di invocare il fatto che l'attore abbia trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante

dall'illecito antitrust sul suo acquirente. L'onere sarà del convenuto che invoca l'eccezione;

- ***passing on offence (domanda degli acquirenti indiretti)*** – art. 14 – se in un'azione per il risarcimento del danno, l'esistenza di una domanda di risarcimento o l'importo del pregiudizio dipendono dal fatto che il *sovrapprezzo è stato trasferito o meno sull'attore*, gli Stati membri dovranno provvedere affinché l'onere della prova incomba all'attore, che può chiedere anche la *divulgazione*. L'onere ricade sull'attore che formula la domanda. In particolare, l'attore-acquirente indiretto avrà adempiuto l'onere laddove, ai sensi del II comma, avrà dimostrato i) il convenuto ha commesso una violazione antitrust; ii) la violazione ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; iii) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto dell'illecito o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano (salvo che il convenuto sia in grado di dimostrare in modo verosimile e ritenuto adeguato dal giudice che il sovrapprezzo non è stato trasferito).
- **criteri di valutazione dell'onere della prova in caso di azioni intentate da attori a diversi livelli della catena produttiva** – art. 15 la Direttiva offre al giudice gli strumenti per valutare l'adempimento dell'onere della prova in tema di *passing on* ed in particolare: i) altre azioni risarcitorie intentate ad altri livelli della catena produttiva; ii) pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dal *public enforcement*. L'ultimo comma prevede che il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi dei giudici nazionali ai sensi dell'art. 30 Reg. 1215/2012;
- **linee guida per i giudici nazionali** – art. 16 – la Commissione emanerà linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto.

4.b. La situazione in Italia: un sostrato normativo e giurisprudenziale che recepisce *ex se* quanto imposto a livello europeo.

I. Il problema del recepimento del sistema *passing on*, se così lo si può definire, è di duplice natura: processuale, per un verso, in quanto investe la *quaestio* dei soggetti legittimati attivi e passivi, nonché del correlativo onere probatorio, e sostanziale, per altro, poiché connessa con l'esatta determinazione del danno risarcibile.

Posto che per l'aspetto sostanziale sarà necessario attendere (ai sensi dell'art. 16) le linee guida della Commissione, l'attenzione va focalizzata sul versante processuale.

L'obiettivo di risarcire il danno effettivamente sofferto, fatto proprio dal legislatore europeo, è non di meno presente nel nostro ordinamento grazie al ben noto impianto codicistico. Inoltre, il trasferimento del sovrapprezzo ha rappresentato e rappresenta la principale eccezione che il convenuto muove alle pretese attoree relativa al *quantum*, fondata sulla semplicistica affermazione per cui non è di giustizia risarcire quanto non sofferto.

II. Per comprendere, però, l'addentellato normativo cui sopra si è accennato, potrà procedersi in modo speculare alla normativa comunitaria; si evidenzia, pertanto, che:

- **sul *passing on-defence*** – il fenomeno per cui l'autore dell'illecito possa invocare la traslazione del danno vantato dall'attore per il tramite del trasferimento del sovrapprezzo si fonda, *in primis*, sull'art. 1223, ai sensi del quale il danno deve essere conseguenza immediata e diretta della condotta, e ciò non è rispettato laddove il nocumento non è patito direttamente, ma per il tramite di un interposto a valle della catena produttiva. La giurisprudenza, inoltre, ha statuito come “è privo di legittimazione sostanziale il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali; onde a costoro spetterebbe il risarcimento del danno per l'esborso non voluto”⁴⁸. L'onere di provare i fatti su cui si fonda la propria eccezione grava *ex art. 2967 II comma c.c.* sul convenuto.

⁴⁸ App. Torino 6.7.2000 o App. Cagliari 23.1.1999.

Il principio, quindi, è già riconosciuto dal nostro ordinamento nell'applicazione giurisprudenziale.

- **sul *passing on-offence*** – il fenomeno per cui l'acquirente indiretto (es. consumatore) danneggiato dall'autore dell'illecito antitrust (es. produttore) possa chiedere i danni direttamente a quest'ultimo, laddove dimostri che l'intermediario abbia trasferito il prezzo sull'attore, è presente nel nostro ordinamento, in quanto sul fronte della legittimazione attiva gli artt. artt. 1223-2043 c.c. – artt. 40-41 c.p. e la relativa interpretazione giurisprudenziale, hanno consentito di affermare che “gli acquirenti indiretti sono legittimati ad agire contro l'autore dell'illecito antitrust per il risarcimento del danno subito”⁴⁹. L'onere di provare i fatti sui cui si fonda la domanda grava *ex art. 2697 I comma c.c.* sull'attore.

Anche qui, si noti che il principio è già riconosciuto dal nostro ordinamento nell'applicazione giurisprudenziale.

- **sui criteri di valutazione dell'onere della prova in caso di azioni intentate a diversi livelli della catena produttiva** – nel nostro ordinamento non esistono veri e propri criteri di valutazione delle prove⁵⁰, ed il principio cardine è quello di cui all'art. 116 c.p.c.: il libero convincimento è anzitutto nel senso di escludere vincoli legali precostituiti all'apprezzamento del giudice.

Ciò non esclude tuttavia che ci si chieda come il giudice dovrebbe usare il suo “prudente apprezzamento”; sarebbe, inoltre, erroneo affermare che, poiché la verità assoluta non si può conseguire del processo, non rimanga altro che affidarsi *sic et simpliciter* o all'incontrollata soggettività del giudice o alla sapienza del legislatore che opera con norme di prova legale.

⁴⁹ App. Roma 31.3.2008.

⁵⁰ TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove ed argomenti di prova*, 1999.

4.c. Soluzione di recepimento: indirizzi giurisprudenziali ispirati alle relazione illustrativa.

I. Si avuto modo di vedere, come le norme in materia di *passing on*, sia in chiave difensiva che offensiva, non abbisognino di essere positivizzate, trovando riscontro sia nel codice civile del 1942 che nella giurisprudenza più recente; l'inferenza è che la direttiva non abbisogni di essere recepita, in quanto una norma nulla aggiungerebbe all'attuale contesto normativo.

II. Più complesso è il tema relativo ai criteri di valutazione dell'onere della prova, in quanto pare superfluo introdurre articoli che disciplinino come il giudice debba valutare determinate circostanze, quando, dette circostanze, sarebbero ugualmente valutabili in un regime libero, nè altrimenti potrebbero ritenersi alla stregua di prove legali per il magistrato in quanto si traboccherebbe quanto imposto a livello europeo⁵¹.

Ad opinione di chi scrive sarebbe auspicabile una soluzione, per così dire, *soft*, cioè quella del recepimento dei criteri interpretativi nella relazione illustrativa al provvedimento legislativo di recepimento della Direttiva in esame; così facendo si darebbe una sorta di *input* alla magistratura, laddove non procedesse autonomamente per espreso richiamo al testo originale della fonte comunitaria, a che, nel valutare il raggiungimento dell'onere della prova risultante dall'applicazione degli articoli 13 e 14 sia soddisfatto, tenga conto anche di i) altre azioni risarcitorie intentate ad altri livelli della catena produttiva; ii) pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dal *public enforcement*.

Il problema pare, poi, ridimensionato in quanto è pur sempre un problema di disponibilità della prova: sarà onere del soggetto che ha interesse a che le proprie allegazioni sia adeguatamente valutate, nei termini suesposti, a rappresentare compiutamente nel processo i fatti storici che il giudicante può utilizzare *ex art. 15* per corroborare la sua valutazione sull'*onus probandi*.

⁵¹ Il Legislatore, infatti, utilizza l'espressione "tenere in debito conto" e non già altri sintagmi idonei a ritenere che trattasi di prove legali.

5. Quantificazione del danno (art. 17 Direttiva).

5.a. Il problema della prova del danno e la soluzione comunitaria.

I. 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, oltre ad essere esoso, è anche foriero di difficoltà date essenzialmente dall'ottenere i dati necessari a comprovare le domande risarcitorie. L'individuazione del pregiudizio può, dunque, costituire un considerevole ostacolo al diritto previsto dall'art. 3 della Direttiva.

Il problema dell'asimmetria informativa assume in tale sede un contenuto qualificato, in quanto nell'ambito dei cartelli, data la loro componente di segretezza, tendenzialmente si riscontra una fisiologica disinformazione in capo al danneggiato.

Sul punto del danno patrimoniale, la questione è circoscrivibile al danno emergente, in quanto il lucro cessante, costituendo il guadagno patrimoniale netto che viene meno a causa del fatto illecito, dunque un danno che concerne una ricchezza non conseguita dal danneggiato⁵², incorre in difficoltà probatorie non dissimile da altre azioni risarcitorie.

Individuare e provare, invece, come un illecito antitrust, per abuso di posizione dominante o intesa restrittiva, abbia generato in modo diretto ed immediato *ex* art. 1223 c.c. una perdita ad altra impresa, *ergo* una diminuzione della sfera patrimoniale, è intuitivamente più complesso, tra l'altro perchè intrinsecamente connesso ad un giudizio contrafattuale: valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza della violazione.

II. La Direttiva n. 104/2014 prevede al Capo V un unico articolo 17, rubricato *quantificazione del danno*, con il quale stabilisce tre regole fondamentali:

⁵² Così BIANCA, *Diritto civile, Vol. 5, La responsabilità*, 1994.

1. **principio di efficacia e valutazione equitativa** – I comma – gli Stati membri dovranno garantire come l'onere della prova ed il grado di rilevanza della stessa richiesta per la quantificazione non debbano rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento. Si tratta dell'applicazione del principio di efficacia previsto, tra l'altro, dalla nota sentenza *Courage*.

Inoltre, viene stabilito come, laddove sia accertato che l'attore abbia subito un danno ed, al contempo, risulti impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il pregiudizio, i giudici nazionali debbono avere il potere di stimare l'ammontare del danno;

2. **presunzione *iuris tantum* di causazione del danno nei cartelli** – II comma – laconicamente la norma prevede che le violazioni della normativa antitrust consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha il diritto di fornire prova contraria.

Viene, dunque, introdotta una *praesumptio iuris tantum* che, come chiarito dal considerando 47, non riguarda l'effettivo ammontare del danno, ma solo l'inversione dell'onere della prova circa la sua sussistenza.

3. **assistenza dell'autorità nazionale garante della concorrenza** – III comma – la disposizione testualmente prevede che: “*gli Stati dovranno provvedere affinché un'autorità nazionale della concorrenza possa, su richiesta del giudice, possa prestare a questo assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno, qualora l'autorità nazionale garante della concorrenza consideri appropriata tale assistenza*”.

5.b. Situazione italiana: gli aspetti critici della *praesumptio iuris tantum* di esistenza del danno “da cartelli”, recepibile con norma *ad hoc*, e della c.d. assistenza dell'autorità nazionale garante della concorrenza, di recepibilità dubbia.

I. L'ordinamento italiano, in relazione alla valutazione equitativa del danno, con l'art. 1226 c.c. prevede che “se il danno non può essere provato nel suo

preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”. La norma ai sensi dell’art. 2056 c.c. si applica anche laddove la responsabilità sia di tipo aquiliano, come nel caso dell’illecito antitrust; di talché si inferisce che il problema del recepimento del primo principio è già risolto grazie allo strumento offerto dal codice del 1942.

II. Più articolati risultano, invece, gli aspetti relativi alla presunzione di esistenza del danno ed alla c.d. assistenza dell’Agcm.

Sul primo versante, posta la fisiologica necessità di recepire con una norma circostanziata la *praesumptio iuris tantum* in esame, la questione giuridica sottesa ad essa è quella di individuare cosa è da ritenere legalmente presunto, nell’ottica del complessivo accertamento della responsabilità aquiliana e, quindi, nella determinazione del risarcimento effettivamente dovuto.

Può essere utile prendere le fila del ragionamento, fatto proprio dalla dottrina maggioritaria, in materia di danno morale conseguente alla durata non ragionevole del processo, la cui domanda è azionabile ai sensi della c.d. legge Pinto. In materia, la linea interpretativa è che il danno non possa considerarsi *in re ipsa*, ma che esso possa comunque presumersi in base all’accertato ritardo, per il periodo di tempo eccedente quello ragionevole, secondo il criterio dell’*id quod plerumque accidit*. In questo modo di intendere è evidente che: i) il danno debba essere sempre richiesto dall’interessato e ii) il pregiudizio non possa presumersi in quanto sono ipotizzabili casi in cui, nonostante il ritardo, un danno indennizzabile non si sia verificato perchè, ad esempio, il preteso danneggiato ha ricavato addirittura un vantaggio dalla durata di un processo penale, caduto in prescrizione proprio per effetto delle lungaggini processuali⁵³.

Di talché, da quanto esposto, ancorché riferito alla categoria di danno non patrimoniale, si comprende che il nocumento possa dirsi presunto solo in

⁵³ GAETANO, Responsabilità civile e risarcibilità del danno, CEDAM, 2011.

relazione alla nozione di danno-evento e non già a quella di danno-conseguenza, idonea ad individuare gli esatti contorni del *quantum debeat*.

Ne consegue che, in armonia con quanto affermato nel considerando 47 della Direttiva, se ad essere presunto è solo il danno-evento, con prova contraria per il convenuto, resta impregiudicato l'accertamento sul nesso di causalità giuridica; diversamente argomentando, d'altronde, e dunque giungendo alla tesi del danno *in re ipsa*, in esplicito contrasto letterale con il testo della direttiva ("*tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno*"), si affermerebbe una presunzione assoluta dell'esistenza del danno, privando il controinteressato dello spazio utile a dimostrare il contrario e, comunque, si incapperebbe sempre nel problema della quantificazione, in quanto se è pur vero che un danno è presunto, a quanto ammonterebbe il risarcimento?

In altri termini, concludendo, ad essere oggetto di presunzione è solo l'esistenza del danno-evento, con facoltà di dimostrazione del contrario, ma resta l'intangibilità delle valutazioni concernenti il danno-conseguenza, la cui dimostrazione è però certamente agevolata per il danneggiato in forza della possibilità di valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.*

III. Relativamente al III comma dell'art. 17, l'aspetto maggiormente critico è comprendere *come* questa assistenza debba essere fornita (i.e. se si possa parlare di assistenza nel singolo processo, dunque *ad hoc*, oppure se si debba ritenere che l'orientamento sia *sui generis*, quindi esternalizzato con "linee guida" delle autorità nazionali coordinate con quelle della Commissione, già sussistenti).

Ebbene, ad opinione di chi scrive, la disposizione deve essere letta ed interpretata alla luce del considerando n. 46, il quale nello stabilire che "*gli Stati membri dovrebbero assicurare che, su richiesta, le autorità nazionali garanti della concorrenza possano fornire orientamenti riguardo alla quantificazione. Per garantire coerenza e prevedibilità, la Commissione dovrebbe fornire orientamenti generali a livello di Unione*", non qualifica le informazioni che l'autorità nazionale della concorrenza può fornire né al rango peritale, trattandosi di *orientamenti*, né al rango di informazioni in possesso alla p.a.

Ciò consente di escludere la sussumibilità della fattispecie legale comunitaria sia all'alveo della consulenza tecnica d'ufficio, in quanto il consulente, *in primis*, è chiamato a fornire *ex art. 191 c.p.c.* la verità e non già meri orientamenti sul *quantum* ed, *in secundis*, la non terzietà dell'autorità, specie nei giudizi di *follow on*, costituirebbe un limite insuperabile all'indipendenza richiesta al perito, nè, *in tertiis*, vi sono argomenti letterali per argomentare in senso opposto, anzi la valutazione di *appropriatezza* che l'autorità dovrebbe compiere leverebbe ogni dubbio, in quanto la detta discrezionalità non è certamente appannaggio del consulente tecnico.

Parimenti, la c.d. assistenza dell'autorità antitrust non può essere riconducibile neanche all'art. 213 c.p.c. poiché l'orientamento rilasciato sarebbe un atto che l'Agcm costituirebbe proprio in occasione del processo, postulante un quesito in punto di danno, in espresso contrasto con il consolidato indirizzo giurisprudenziale sulla norma codicistica che limita le informazioni agli atti e documenti posti in essere o acquisiti indipendentemente dalla richiesta del giudice⁵⁴.

Ed allora, pare che la soluzione più auspicabile sia quella di ritenere che gli *orientamenti* delle Autorità antitrust siano forniti *a monte*, sotto la forma di linee guida, alla stregua di quelle della Commissione, entrambi già presenti (v. fonte) alle quali il giudice, se lo ritiene opportuno e rilevante ai fini del processo, anche ad impulso di parte, può eventualmente far ricorso per individuare l'esatto contorno del risarcimento.

Qualora si pensasse di implementare il testo della Direttiva con una norma *ad hoc*, che consenta all'autorità di formulare proprie valutazioni non vincolanti in punto di danno, certamente ciò non risolverebbe il problema dell'indipendenza, in quanto sarebbe chiamato ad esprimere un parere la stessa

⁵⁴ Cass. civ. N. 551/1981: “Le informazioni suscettibili di essere richieste alla p.a. ai sensi dell'art. 213 c.p.c. per essere utilizzate come fonte di prova nel giudizio possono concernere anche atti e documenti riferentisi all'attività privatistica dell'amministrazione; ma tali informazioni devono limitarsi alla consistenza effettiva di atti e documenti posti in essere o acquisiti indipendentemente dalla richiesta del giudice, con esclusione di ogni possibilità di giudizi o di indagini ad hoc sui fatti da accertarsi nel processo”.

autorità che, nel caso di azioni *follow on*, ha già proceduto alla condanna dell'impresa, ora convenuta in sede civile per la pretesa risarcitoria.

Pare allora che la prima soluzione sia quella maggiormente praticabile, anche perchè porterebbe con sè l'indubbio vantaggio di come l'Autorità, nel fornire orientamenti generali, porrebbe all'attenzione della giurisprudenza un preciso, ma complessivo, sistema di valutazione del danno, oltreché offrirebbe la *chance* di un dialogo da parte della magistratura sull'annosa questione del danno in una prospettiva auspicabilmente armonizzante, in linea con la richiamata coerenza e prevedibilità di cui al considerando 46, declinata sul versante orizzontale tra autorità e giudice; quest'ultimi soggetti a presidio del *public* e *private enforcement*⁵⁵.

6. Composizione consensuale delle controversie (artt. 18-19 Direttiva).

6.a. La soluzione comunitaria per incrementare i meccanismi di *alternative dispute resolution* per le azioni risarcitorie *antitrust*.

I. Secondo i considerando 48-52 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.

Inoltre, i termini di prescrizione dovrebbero essere tali da non lasciare ai danneggiati (e agli autori) tempo insufficiente per giungere ad un accordo sul risarcimento da corrispondere: dunque, il termine di prescrizione andrebbe sospeso per la durata della procedura di composizione consensuale. L'autore di una violazione che paghi un risarcimento a seguito di una composizione consensuale non dovrebbe ritrovarsi in una situazione peggiore rispetto ai coautori della violazione⁵⁶.

⁵⁵ Per una compiuta disamina v. 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.

⁵⁶ (*regola del non contributo* – l'autore di una violazione che partecipi ad una transazione non versa alcun contributo ai coautori della violazione che hanno pagato il risarcimento senza

II. La Direttiva n. 104/2014 prevede al Capo VI (con due articoli) rubricato *composizione consensuale delle controversie* i seguenti principi:

1. effetto sospensivo per la composizione consensuale delle controversie

– art. 18 I comma – duplice meccanismo:

- a. *sospensione della prescrizione* – gli Stati membri devono provvedere affinché il termine di prescrizione per intentare un’azione per il risarcimento del danno sia sospeso per la durata del procedimento di composizione consensuale delle controversie. La sospensione si applica solo nei confronti delle parti coinvolte.
- b. *sospensione del processo* – (fatte salve le disposizioni nazionale in materia di arbitrato) gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali investiti di un’azione per il risarcimento del danno possano sospendere il procedimento fino a due anni se le parti di detto procedimento partecipano a una composizione consensuale delle controversie riguardanti la richiesta interessata dall’azione per il risarcimento del danno.

2. attenuante dell’intercorsa transazione – art. 18 III comma e art. 19 IV comma – su due fronti:

- a. *verso l’autorità* – un’autorità garante della concorrenza può considerare un fattore attenuante il risarcimento versato a seguito di una transazione consensuale e prima della sua decisione di infliggere un’ammenda.
- b. *verso il giudice* – nel determinare l’importo del contributo che un coautore della violazione può chiedere a ciascuno degli altri coautori in funzione della loro responsabilità, i giudici nazionali tengono in considerazione eventuali risarcimenti versati nell’ambito

accordo transattivo; di contraltare: *eccezione del contributo* – tuttavia, qualora il danneggiato non riesca ad ottenere il risarcimento per il danno corrispondente al resto della domanda di risarcimento dai coautori della violazione che non hanno partecipato all’accordo di composizione della controversia, allora il danneggiato potrà richiedere l’ulteriore risarcimento all’autore della violazione con il quale aveva precedentemente transatto. *Ciò esiste purché non sia espressamente escluso dalla transazione consensuale).*

di una transazione consensuale precedente a cui ha partecipato il coautore interessato.

3. **altri effetti delle transazioni consensuali** – art. 19 – è previsto che:
- a. *sottrazione della parte di danno del coautore della violazione* – a fronte della richiesta del soggetto danneggiato che ha partecipato alla transazione, dovrà essere sottratta la parte di danno del coautore della violazione;
 - b. *regola del non contributo* – i coautori della violazione condannati a risarcire il danno, non possono chiedere a chi ha partecipato alla transazione il contributo per il resto della domanda di risarcimento;
 - c. *eccezione del contributo* – qualora i coautori della violazione che non hanno partecipato alla transazione non possono pagare il danno corrispondente al resto della domanda di risarcimento del soggetto danneggiato che ha partecipato alla transazione, quest'ultimo può rivalersi del danno corrispondente al resto della domanda di risarcimento nei confronti dei coautori della violazione che hanno partecipato alla transazione (tale deroga può essere espressamente esclusa dalla transazione consensuale)

6.b. La situazione in Italia e la necessità di recepire: la subordinazione della domanda di risarcimento al tentativo di mediazione e le regole eccezionali (ma dispositive) in materia di transazione.

I. Relativamente all'effetto sospensivo dei termini prescrizionali in forza della sussistenza di un tentativo di composizione consensuale delle controversie, subordinare la domanda di risarcimento del danno da illecito antitrust, che sia *follow on* o *stand alone*, all'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, comporterebbe, oltre un iniziale decongestionamento del carico giudiziale, anche l'effetto di interrompere, dunque non solo sospendere, il corso della prescrizione.

Sulla sospensione del processo, invece, l'art. 296 c.p.c. disciplina la c.d. sospensione volontaria che le parti possono attuare anche laddove intendano procedere ad una composizione stragiudiziale del contenzioso. Il problema, al più, sarebbe l'aspetto temporale, in quanto la norma codicistica non va oltre una sospensione di 3 mesi, a fronte del tetto di due anni fissato dalla Direttiva, comunque indicato come un limite temporale massimo.

II. Con riguardo, invece, alle attenuanti previste dall'art. 18 III comma e art. 19 IV comma costituiscono una novità per l'ordinamento e, quindi, vanno recepite in pieno, auspicabilmente nella legge 287/1990.

III. Infine, per quanto riguarda il versante delle transazioni consensuali occorre differenziare, poiché, sulla sottrazione della parte di danno del coautore della violazione si applicano le regole generali sulla responsabilità, in quanto la decurtazione di quanto già ripagato è compito del giudice su impulso di chi ne ha interesse, come chiarito dalla giurisprudenza⁵⁷.

Invece, mentre la regola del non contributo è insita nel meccanismo transattivo, l'eccezione del contributo richiede l'introduzione di una norma *ad hoc* da parte del legislatore. Tuttavia si rileva, come la predetta eccezione si rivelerà nella prassi sostanzialmente inefficace nella misura in cui è verosimile ritenere non vi sarà alcuna transazione che non ne preveda espressamente la deroga.

7. Conclusioni.

Le conclusioni del presente lavoro possono essere realisticamente tracciate solo quando il nostro legislatore avrà implementato il testo della Direttiva; tuttavia, pare si possa ritenere che alcune considerazioni possano essere rassegnate, quantomeno rappresentando taluni pericoli ravvisabili in un certo qual modo di recepimento.

⁵⁷ Cass. 24.1.2012 n. 947.

Sulla vincolatività del precedente dell'autorità nazionale garante della concorrenza, si è già detto, e si evidenzia nuovamente, che la principale problematica attiene (oltre alla *querelle* sul sindacato del giudice amministrativo, sulla quale si auspica un orientamento giurisprudenziale in congruità con la sentenza *Menarini*) ai limiti di detta vincolatività.

Si osserva, infatti, che le complesse analisi economico-giuridiche tipiche delle decisioni di Autorità antitrust (nazionali o comunitaria che siano) spesso vanno *oltre* il mero accertamento della violazione con valutazioni incidentali o *obiter dicta* sugli effetti dannosi della condotta. Sul punto, è auspicabile che il giudice italiano si attenga ai contenuti essenziali della decisione (condotta, evento e nesso di causalità materiale) esulando dalla vincolatività (ma anche dal convincimento) altri fattori estranei, ancor più se oggetto di fatti non adeguatamente provati.

Ancora, in materia di prescrizione pur avendo segnalato come gli indirizzi giurisprudenziali sui c.d. danni lungolatenti, presenti aderenza con quanto previsto dalla Direttiva, al fine di assicurare maggiore certezza al danneggiato dall'illecito antitrust, si potrebbe anche pensare di positivizzare l'indirizzo giurisprudenziale relativo al *dies a quo*, in una norma contenuta nella l. 287/1990 che, quantomeno per gli illeciti antitrust, preveda un termine di decorrenza che non lasci spazio ad interpretazioni potenzialmente oscillanti, le quali costituiscono un vero e proprio rischio.

Non convince, inoltre, la presunzione *iuris tantum* sull'esistenza del danno-evento dell'illecito anticoncorrenziale perpetratosi con cartelli: non si comprende, infatti, come, ed in che reale misura, presumere il solo danno-evento possa effettivamente agevolare il soggetto leso ad individuare l'esatto *quantum* pretendibile in sede giudiziale, ed allora, forse, altro non è che una norma spianante la strada alla valutazione equitativa, già conosciuta al legislatore del 1942, ai sensi dell'art. 1226 c.c.

La composizione consensuale delle controversie, disciplinata nella parte finale della Direttiva, può invece rappresentare la strada principe per far sì che, grazie ad uno spirito conciliativo di imprese danneggianti e soggetti danneggiati, possa applicarsi il diritto antitrust nei rapporti tra privati.

Ulteriori spunti di riflessione saranno offerti dall'analisi comparatistica di come gli altri paesi europei, a maggior ragione quelli che presentano ordinamenti di *civil law*, implementeranno la Direttiva.

Infine, con riguardo all'istituto della *disclosure antitrust*, probabilmente ciò che dovrà essere evitato è la velleità di inserire nel nostro ordinamento un mezzo di ricerca della prova simile a quello di appannaggio dei paesi anglosassoni, dunque prevedente una sorta di *pre trial phase*; in quanto, *in primis*, non può certamente piantarsi un istituto straniero in un terreno non adeguato a riceverlo ed, inoltre, soprattutto, la Direttiva non prevede nulla del genere.

Problema minore, ma certamente più realistico, è quello connesso dell'obbligo di conservazione del documento a futura esibizione; detto obbligo non potrà sorgere prima della proposizione di una richiesta di esibizione, per le argomentazioni letterali in narrativa ed anche per una ragione economica connessa ai costi abnormi che le imprese sarebbero costrette a sostenere per l'archiviazione della documentazione.

Sempre sulla *disclosure antitrust*, per concludere, va osservato che, se è vero che l'obiettivo è quello di ridurre le problematiche connesse all'asimmetria informativa, è altrettanto vero che il nostro codice di rito già dispone di "vecchi" istituti (quali ordine di esibizione, richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, ispezione, consulenza tecnica d'ufficio) che possono essere adeguatamente utilizzati, sia nell'ottica dell'implementazione di strumenti "nuovi", come ad esempio la soluzione proposta circa una norma *ad hoc* sotto l'alveo della richiesta di esibizione di documenti (rilevanti ai fini antitrust) (sub. 1.c), sia in chiave interpretativa, come rilevato dalla recentissima

pronuncia della Corte di Cassazione, con ciò scongiurando, per un verso, la creazione di istituti distonici al nostro sistema e, per altro, meccaniche applicazioni del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una *private antitrust litigation*.

GIUSEPPE CARDONA
Avvocato