

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il giudizio di merito nell'azione *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. LE AZIONI CIVILI *ANTITRUST*. – 1. Le azioni *antitrust*: tipologie e loro cumulabilità. – 2. La controversia *antitrust* derivante da un'eccezione: natura e regime processuale. – III. MODALITÀ DI MANIFESTAZIONE DELLA CONTROVERSIA *ANTITRUST*. – IV. I PRESUPPOSTI PROCESSUALI E IL RITO APPLICABILE. – V. L'OGGETTO DEL GIUDIZIO. – VI. L'ISTRUZIONE PROBATORIA. – VII. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE NEL PROCESSO CIVILE. – VIII. PROCEDIMENTI PARALLELI TRA AUTORITÀ A TUTELA DELLA CONCORRENZA E GIUDICI CIVILI. – IX. L'ARTICOLO 16 REG. 1/2003. – X. LA SOSPENSIONE DEL PROCESSO CIVILE. – XI. IL GIUDICATO CIVILE.

I. INTRODUZIONE

Il sistema di tutela giurisdizionale civile relativo alle violazioni del diritto *antitrust* europeo e italiano è articolato, *more solito*, principalmente sulle forme di tutela di merito e cautelare.

In questa voce saranno affrontate le principali e caratteristiche questioni che ricorrono nell'ambito della tutela di merito davanti al giudice civile italiano quando occorre fare applicazione delle regole della *competition law* europea ed italiana.

Un sistema di tutela giurisdizionale di merito che certamente conosce regole particolari, ma che – diversamente da altri settori dell'ordinamento come, ad esempio, la tutela della proprietà intellettuale¹ – non conosce un apparato di norme specifiche volte a garantire una maggiore efficacia ed efficienza delle situazioni giuridiche tutelate, e che tengano conto della peculiarità della materia trattata.

Disciplina autonoma e specifica la cui opportunità è ancora più avvertita in ra-

¹ Con riferimento alla proprietà intellettuale, ad esempio, il legislatore del d.lgs. 30/2005 ha modellato gli strumenti processuali alla peculiarità della materia come avviene, tra i molti, per la descrizione (art. 129), all'inibitoria (art. 131), alla trascrizione (artt. 138 e ss.), e al fondamentale aspetto relativo all'onere della prova (art. 121, comma 2).

² A tal proposito, devono essere ricordate le sentenze Trib. CE, 10 luglio 1990, T-64/89 (c.d. Automec I) e alla successiva Trib. CE, 18 settembre 1992, T-24/90 (c.d. Automec II) ove i giudici europei hanno ritenuto corretta l'operato della

giunzione del ruolo riconosciuto dall'Unione europea al *private enforcement* alla luce anche del principio di sussidiarietà dell'intervento amministrativo rispetto all'intervento².

Poiché molti degli aspetti rilevanti per il processo (anche) di merito sono approfonditi in altre *Voci* alle quali, quindi, si farà, via via, specifico rinvio, in questa sede saranno esaminati e variamente articolati soltanto i seguenti profili: (a) individuazione delle azioni esperibili davanti al giudice civile con particolare riferimento alle modalità di eventuale cumulo; (b) alcuni aspetti dell'eccezione di nullità *antitrust*; (c) l'oggetto del giudizio e l'esistenza di una questione *antitrust* di natura indisponibile; (d) la possibile esistenza di procedimenti paralleli; (e) il giudicato civile.

A tal fine sono, però, necessarie tre premesse relative alla disciplina *antitrust* che possiedono un'immediata ricaduta sul sistema processuale e che per la loro pacificità possono essere sinteticamente richiamate.

i) La prima premessa è che il sistema del diritto della concorrenza, comunitario e interno, è fondato su un doppio binario di tutela: un primo binario è affidato alla Commissione europea e alle autorità garanti nazionali (il c.d. *public enforcement*). Il secondo binario, poi, è affidato alle autorità giudiziarie nazionali (ma anche arbitrali) (il c.d. *private enforcement*) e che, a livello europeo, ha trovato il suo fondamentale riconoscimento nella celebre pronuncia *Courage*³.

ii) La seconda premessa è che inevita-

Commissione di non intervenire poiché, in applicazione del principio di sussidiarietà, le ragioni di tutela avanzate dal querelante avrebbero potuto trovare adeguata forma di tutela davanti al giudice civile con la precisazione che «il giudizio italiano è idoneo a trattare il caso di Automec». Ciò escluderebbe, quindi, l'esistenza di un sufficiente interesse comunitario ad esaminare una questione pure astrattamente rientrante nelle competenze della Commissione.

³ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Crehan*.

bilmente, l'esistenza di un doppio binario di tutela rende necessario prevedere meccanismi che regolino il rapporto tra i due sistemi di tutela garantendo i principi fondamentali che ne regolano il funzionamento.

Senonché, attualmente, quel rapporto è oggetto di una specifica – sebbene non esaustiva – normativa europea (e, cioè, il Reg. 1/2003). Viceversa, con riferimento ai rapporti tra l'attività dell'AGCM e i giudici civili non sono oggetto di una specifica disciplina di riferimento.

Sarà, quindi, necessario individuare quali sono: (a) le forme di (eventuale) collaborazione tra le autorità amministrative e le autorità giurisdizionali, (b) gli strumenti che possono evitare che i due binari possano giungere a soluzioni configgenti e le eventuali norme che presiedono la soluzione dell'eventuale conflitto.

iii) La terza premessa riguarda l'individuazione e l'interpretazione delle norme processuali delle quali il giudice nazionale dovrà fare applicazione nello svolgimento del processo di merito.

A tal fine, infatti, appare necessario distinguere due ipotesi: la prima ricorre quando il giudice nazionale è chiamato a tutelare diritti di origine comunitaria mentre la seconda ricorre quando il giudice nazionale è chiamato a tutelare diritti che rilevano soltanto per il diritto interno.

Sebbene quella distinzione stia progressivamente perdendo quell'efficacia distintiva originaria, essa è ancora importante⁴ anche perché quando il giudice nazionale deve applicare le norme processuali interne in un processo che vede coinvolti diritti di origine comunitaria sarà tenuto a interpretare quelle norme alla luce della normativa europea che comprende anche i principi enunciati dalla Corte di Giustizia tra cui, anche, il principio della prevalenza del diritto UE

⁴ C. App. Milano, ord., 31 gennaio - 5 febbraio 1996 *Comis - Ente autonomo fiera internazionale di Milano e altri* – sebbene in maniera che meriterebbe maggiore approfondimento – ha ritenuto che «la configurazione di una fattispecie quale violazione ricadente nell'ambito della legge nazionale antitrust ovvero della normativa comunitaria non è certo indifferente; in alcune ordinanze in materia [...] ci si è attenuti al principio di allegazione delle parti, rilevando che, se a fronte della

sul diritto nazionale e la conseguente disapplicazione della normativa nazionale confliggente.

Ed infatti, poiché i soggetti dell'ordinamento europeo sono tenuti a rivolgersi alle giurisdizioni degli Stati membri per far valere i diritti comunitari riconosciuti dal diritto europeo, gli Stati membri sono obbligati a garantire l'accesso alla giustizia per la tutela di situazioni comunitarie a condizioni di effettività, equivalenza e non discriminazione (c.d. dottrina *Rewe*⁵).

Viceversa, laddove il giudice nazionale dovrà applicare le norme processuali interne su un caso meramente interno (e, cioè, che non assume alcun rilievo per l'ordinamento comunitario) non potrà mai disapplicare le norme interne, ma ne potrà portare la cognizione alla Corte Costituzionale per l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Inoltre, come si dirà, la distinzione appena tratteggiata è rilevante nel sistema del diritto processuale della concorrenza in considerazione dell'attuali regole di competenza.

II. LE AZIONI CIVILI ANTITRUST

Una volta individuato l'oggetto di questa voce nel processo di merito che attua il c.d. *private enforcement*, dobbiamo individuare quali sono le azioni di merito che possono coinvolgere l'applicazione del diritto *antitrust*.

L'individuazione deve muovere dalla constatazione che il c.d. *private enforcement* deve (*rectius*: dovrebbe) essere volto a trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione dei diritti soggettivi riconosciuti dalle regole di concorrenza.

1. *Le azioni antitrust: tipologie e loro cumulabilità.* – Dobbiamo ora individuare le tipologie di azioni che possono ve-

prospettazione della parte ricorrente che invoca l'applicazione della legge nazionale, la resistente non adduce elementi idonei a dimostrare che la fattispecie ricadrebbe sotto la previsione della normativa comunitaria, le circostanze prospettate vengono considerate solo alla luce della legislazione nazionale».

⁵ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*.

dere coinvolta l'applicazione del diritto della concorrenza.

A tal fine può essere utile partire dall'esame delle lettere *c*) e *d*) dell'art. 3 d.lgs. 168/2003 che individuano la competenza del c.d. Tribunale delle imprese. Le sezioni specializzate, infatti, sono competenti per le «controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287» e nelle «controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea».

Orbene, quanto alle controversie di cui all'art. 33, comma 2, l. 287/1990 esse sono quelle aventi ad oggetto azioni di nullità e le azioni di risarcimento del danno.

Quelle azioni comprendono, però, anche le azioni di merito di mero accertamento volte soltanto all'accertamento dell'esistenza di situazioni antiggiuridiche purché dipendenti dall'applicazione della normativa *antitrust*⁶.

Ma v'è di più. Ed infatti, il comma 3 dell'art. 3 d.lgs. 168/2003 prevede che la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa comprende anche «tutte le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione»⁷.

La nuova formulazione della norma attributiva della competenza in materia *antitrust* consente di superare quella giurisprudenza di merito che aveva affermato che in presenza di un concorso di illeciti di natura diversa nella medesima fattispecie che danno luogo ad una duplice azione la competenza del giudice *antitrust* è limi-

tata soltanto a quella fattispecie fondata soltanto sulla violazione *antitrust*⁸.

Ed ancora, la nuova formulazione consente anche di superare quell'orientamento che non riteneva rientrassero nella competenza della Corte di appello (e quindi fossero proponibili in via subordinata) le azioni puramente contrattuali proposte per il caso in cui l'azione principale di nullità non fosse risultata fondata⁹.

Questa conclusione tiene conto anche di ciò che l'interpretazione restrittiva dell'art. 33 l. 287/1990 era principalmente dovuto anche alla circostanza che l'affermazione di competenza della Corte di appello per una certa controversia aveva come effetto quello di privare quella controversia di un grado di giudizio¹⁰.

Viceversa, con riferimento alle «controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea» non vi può essere nessun dubbio su ciò, che la competenza del c.d. Tribunale delle imprese comprenda qualsiasi azione che preveda come propria ragione giuridica la normativa *antitrust* comunitaria.

Del resto, il Trattato, da un lato, combina la nullità di pieno diritto degli accordi e delle pratiche che abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza nel mercato comune (art. 101 TFUE), dall'altro lato, vieta l'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE).

Anche con riferimento al diritto europeo, quindi, tra le azioni che possono essere esperite in caso di violazione della

⁶ C. App. Milano, ord., 21 gennaio - 23 gennaio 1992 *Carriinvest S.p.A. - Nuova Samim S.p.A.*, in una fattispecie di abuso di posizione dominante.

⁷ Secondo Trib. Verona, 10 dicembre 2012, in *ilcaso.it*, «l'espressione fa riferimento alle cause e ai procedimenti che presentano un vincolo di connessione oggettiva propria con le cause e i procedimenti previsti dai primi due commi della norma sopra citata, con esclusione quindi dei casi di connessione oggettiva impropria e di connessione soggettiva».

⁸ C. App. Milano, ord., 27 settembre - 8 ottobre 1994 *Telesystem s.p.a. - SIP* ha affermato che l'abuso di posizione dominante può consistere anche nell'inadempimento da parte dell'impresa nei confronti della sua controparte. In quel caso l'inadempimento dà luogo ad un concorso di illeciti di natura diversa nella medesima fattispecie con la conseguenza che il preteso danneggiato agguinge in tal caso gli strumenti di tutela offerti

dal diritto comune (per il quale valgono le ordinarie regole di competenza per materia e valore) e quelli del diritto speciale che assegnano alla Corte di Appello una speciale competenza per materia.

⁹ C. App. Milano, sent., 21 marzo - 14 aprile 1995, *B.B. Center s.a.s. - Parabella*.

¹⁰ Per completezza, però, è da dire che esisteva anche un'ulteriore elemento di valutazione che ha portato la giurisprudenza a preferire un'interpretazione restrittiva di quella norma consistente in ciò che la competenza della Corte di appello era un'ulteriore elemento di valutazione che ha portato la giurisprudenza a preferire un'interpretazione restrittiva di quella norma consistente in ciò che la competenza della Corte di appello era una competenza funzionale. Oggi, per effetto dell'attribuzione della competenza in materia alle sezioni specializzate anche quell'argomento viene meno (sia a voler ritenere che i rapporti tra tribunale ordinario e sezione specializzata siano ascrivibili ad un riparto di competenza per materia ovvero piuttosto ad una mera ripartizione interna come affermato da Cass., 22 novembre 2011, n. 24656).

normativa *antitrust* rientrano senz'altro le azioni di nullità e di risarcimento del danno¹¹.

Peraltro, quelle azioni possono essere proposte in un processo con unico oggetto (processo oggettivamente semplice) oppure possono essere proposte cumulativamente.

E così, l'azione di nullità (che può fondare una azione dichiarativa o di mero accertamento) può essere cumulata, ad esempio, con un'azione di condanna alle restituzioni (c.d. ripetizione dell'indebito)¹².

Ed ancora, l'azione di risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma o in via cumulata come domanda consequenziale ad una di accertamento della nullità di un'intesa ovvero di accertamento della violazione del divieto di abuso di posizione dominante.

Oltre alla tutela di accertamento e di condanna la prassi giudiziaria ha dimostrato come sia particolarmente avvertita l'esigenza di ottenere (tanto in sede cautelare che di merito) provvedimenti costitutivi e inibitori.

Esigenza avvertita specialmente con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante anche alla luce della c.d. *essential facility doctrine*.

Orbene, con riferimento alle richieste di tutela¹³ (eventualmente anche anticipabile in sede cautelare) la giurisprudenza ha escluso che quella tipologia di azione rien-

trasse nell'ambito della competenza fissata dall'art. 33 l. 287/1990. E ciò sul duplice presupposto (a) che quell'indicazione dovesse essere interpretata restrittivamente e che (b) un ordine (di natura costitutiva) avente ad oggetto obblighi di fare rientrasse tra le attribuzioni dell'AGCM¹⁴.

Né ha avuto miglior fortuna la tesi di ritenere ammissibile una domanda avente per oggetto l'esecuzione di un obbligo a contrarre sul modello degli artt. 2932 e 2957 cod. civ.¹⁵. A tal proposito è da dire che la prevalente giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che le norme che pongono l'obbligo di contrarre nei casi di monopolio legale non possono estendersi per analogia nei casi di monopoli di fatto¹⁶. Ciò nonostante, una parte della giurisprudenza ha ritenuto di seguire un'interpretazione più estensiva di quelle norme ammettendo l'ammissibilità di un'azione costitutiva sebbene a livello di mero *obiter dictum*¹⁷. Sicuramente, però, quella tipologia di azione costitutiva è ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza con riferimento, quantomeno, ai rapporti tra imprenditore e utente finale¹⁸.

Infine, deve essere sottolineato che l'attore, se ne ricorrono tutti i presupposti, potrà dolersi dell'eventuale rifiuto di contrarre come violazione del divieto di concorrenza sleale e, quindi, il suo interesse potrà trovare adeguata tutela, se del caso, in quella sede¹⁹.

¹¹ C. giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99 *Courage Crehan*; C. giust. CE, 13 luglio 2006, C da 295/04 a 298/04 *Manfredi Lloyd Adriatico Assicurazioni, Fondiaria Sai SpA., Assitalia SpA.*

¹² C. App. Genova, sent., 14 ottobre 1996, *Le sorelle di Fiorella arcodia & C. s.n.c. - Parabella s.r.l.* secondo cui la domanda restitutiva, connessa a quella di nullità per accessoria, sebbene non espressamente indicata come quella risarcitoria, deve essere ritenuta comunque compresa nell'ambito dell'art. 33 l. 287/1990 anche in ragione del più stretto legame di dipendenza che corre tra l'azione di ripetizione e la domanda di nullità rispetto all'azione di risarcimento rispetto sempre a quella di nullità. C. App. Milano, sent., 21 marzo - 14 aprile 1995, *B.B. Center s.a.s. - Parabella*.

¹³ Tipica azione implice l'obbligo a contrarre è quella che emerge nel caso C. giust. CE, 10 luglio 1980, C-37/79 *Marty*.

¹⁴ C. App. Roma, ord., 9-21 dicembre 1993, *De Montis s.r.l. & Catering Roma - Aeroporti di Roma s.p.a.*

¹⁵ Ovviamente nelle ipotesi in cui un obbligo

legale di contrarre non sia espressamente previsto come avviene, ad esempio, all'art. 18 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (G.U., 20 giugno 2000, n. 142) e agli artt. 3 e 4 d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (G.U. 31 marzo 1999, n. 75).

¹⁶ Per l'interpretazione restrittiva delle norme si veda Cass., 23 gennaio 1990, n. 355; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1785. Nella giurisprudenza di merito, seppur con riferimento alla tutela cautelare, si veda C. App. Milano, ord. 7 luglio -15 luglio 1992 *AVIR s.p.a. - ENEL s.p.a.* in una fattispecie di abuso di posizione dominante laddove la Corte ha addirittura escluso che l'azione costitutiva volta a condannare l'ENEL alla stipulazione di un contratto a condizioni economiche diverse da quelle in atto avrebbe dato luogo (all'epoca) ad un'azione neppure riconducibile alle azioni di cui all'art. 33 l. 287/1990.

¹⁷ C. Cass., sez. III, 23 febbraio 1983, n. 1403.

¹⁸ Cass., sez. un., 15 marzo 1985, n. 2018; Cass., 12 gennaio 1993, n. 266.

¹⁹ Se l'attore fonda la propria domanda sulla violazione del divieto di concorrenza sleale pro-

Da ultimo, deve essere evidenziata a parte la richiesta di tutela inibitoria di merito sulla cui ammissibilità come rimedio generale e sulla sua riconduzione ad una tipologia di azione (di accertamento, di condanna o costitutiva) piuttosto che ad un'altra la discussione è sempre stata vivace senza, però, essere giunta ad un approdo sicuro.

Laddove poi l'azione civile *antitrust* comporti la condanna ad obblighi di fare infungibile o di non fare la sentenza di condanna pronunciata dal giudice civile potrà essere «assistita» dalla previsione di una «somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.

Sempre con riferimento alle azioni occorre fissare, per quanto si avrà modo di osservare più avanti, che le controversie *antitrust*, proprio in ragione dell'esistenza di un doppio binario di tutela (v. *supra* § I), sono distinte tra azioni *follow-on* e azioni *stand-alone*.

La distinzione tra le due tipologie di azioni consiste in ciò, che nell'ambito di un'azione c.d. *follow-on* l'attore introduce la propria domanda dopo che si è pronunciata su quella intesa o prassi o comportamento commerciale la Commissione europea oppure un'autorità garante nazionale. Viceversa, nelle azioni c.d. *stand-alone* la domanda proposta dall'attore prescinde dall'esistenza di un provvedi-

mento della Commissione europea oppure di un'autorità garante nazionale.

La distinzione, come si avrà modo di osservare, rileva dal punto di vista processuale con riferimento agli oneri di allegazione e prova dei fatti costitutivi della domanda (v. *infra* § X).

2. *La controversia antitrust derivante da un'eccezione: natura e regime processuale.* – Sin qui abbiamo ipotizzato che l'applicazione della normativa *antitrust* derivi dall'attività dell'attore che fonda la propria domanda proprio su una violazione di quella normativa.

Tuttavia, l'applicazione delle norme *antitrust* può essere resa necessaria non soltanto perché una parte ha posto a fondamento della propria domanda (eventualmente riconvenzionale) la violazione della normativa *antitrust* nazionale o europea: ed infatti, quell'applicazione può essere determinata da un'eccezione sollevata dalla parte ovvero rilevata d'ufficio dal giudice.

In primo luogo, viene in rilievo l'eccezione di nullità *antitrust* (che attiene all'ordine pubblico economico) che rappresenta un'eccezione c.d. in senso lato e, cioè, rilevabile d'ufficio dal giudice²⁰ e che rappresenta l'esatto simmetrico dell'azione di nullità²¹.

In secondo luogo, viene in considerazione l'eccezione con la quale la parte, ovvero il giudice d'ufficio, eccepisce, ad esempio, che le condizioni economiche del

pone una domanda diversa per causa petendi e per petitum rispetto ad una domanda fondata sulla violazione della normativa *antitrust*: così C. App. Roma, ord., 11 maggio - 23 giugno 1993 *Parini & C. s.r.l. - Bizzarri Franco & C. s.n.c. e altri*.

²⁰ Più precisamente l'eccezione di nullità *antitrust* non è posta nell'interesse di una delle parti come avviene nelle ipotesi di nullità di protezione: ne deriva che non trova applicazione il principio affermato da C. giust. CE, 21 gennaio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt - Csaba e Victoria Csipai* secondo cui «il giudice nazionale che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. Tuttavia, il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia ri-

levato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali».

²¹ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, dopo aver ricordato che l'essenza della categoria della nullità, «risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo» ha precisato che il rilievo officioso della nullità deve avvenire in tutte le ipotesi in cui l'azione proposta postula la validità del contratto come avviene nelle ipotesi di azione di adempimento ovvero di risoluzione del contratto. In quell'occasione, però, la Suprema Corte ha lasciato aperta la questione relativa a sapere se sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio il rilievo officioso della nullità debba operare anche nel caso di azione di annullamento.

contratto azionato dall'attore sono frutto di un abuso di una posizione dominante.

Peraltro, al rilievo officioso della nullità consegue che le parti hanno la possibilità di formulare una domanda che ne sia conseguenza (arg. *ex art.* 183 comma 5, c.p.c.) e, quindi, anche una eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità²².

III. MODALITÀ DI MANIFESTAZIONE DELLA CONTROVERSIA ANTITRUST

Orbene, quanto appena visto con riferimento all'azione e all'eccezione e la circostanza che la legge processuale faccia riferimento alle «controversie relative alla violazione della normativa *antitrust*» europea per individuare la competenza del c.d. Tribunale delle imprese impone una precisazione rilevante anche per l'individuazione del giudice competente. Ed infatti, dal punto di vista descrittivo, rispetto alle cause normalmente indicate come «controversie *antitrust*» non appare possibile sempre e comunque determinare *in limine litis* la loro natura. In altri termini non è sempre possibile ipotizzare *ab origine* la necessità della soluzione di una questione *antitrust*.

L'individuazione di due gruppi di ipotesi chiariranno il problema e potranno rappresentare il presupposto di alcune conseguenze in ordine alla previsione di alcuni obblighi processuali di carattere strumentale.

In un primo gruppo di ipotesi rientrano certamente quelle controversie nelle quali è possibile individuare sin dall'atto introduttivo che vi sarà una «questione *antitrust*»: le azioni di risarcimento del danno i cui «elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda» risiedono nella violazione del diritto della concorrenza e quelle nelle quali l'attore fa valere in via d'azione la nullità di un accordo derivante dalla violazione della disciplina *antitrust*. Con riferimento a questo gruppo di ipotesi sarà possibile sin dalla domanda introduttiva comprendere che si tratta di una *controversia antitrust*

così individuando la corretta disciplina processuale applicabile (prima fra tutte le regole di competenza).

Senonché, esiste anche un secondo gruppo di ipotesi nel quale rientrano tutte le controversie rispetto alle quali una questione *antitrust* non emerge dalla domanda: si pensi, ad esempio, ad una controversia contrattuale nella quale potrebbe accadere che il convenuto eccepisca la violazione della normativa *antitrust* oppure che nessuna delle parti («non interessate» all'eccezione in quanto parti di un'intesa vietata dalla quale non vogliono recedere) sollevi nel corso del procedimento la relativa questione come sembra essere accaduto nel noto arbitrato oggetto della sentenza *Eco Swiss Benetton*²³.

In questi casi è impossibile stabilire *a priori* che la controversia sarà una controversia *antitrust*: ecco allora che è necessario mettere in evidenza che la natura della controversia può mutare (*rectius*: può «svelarsi») in corso di causa con conseguente mutamento delle regole processuali applicabili.

Peraltro, non è detto che sempre e comunque la controversia *antitrust* imponga al giudice di pronunciare *principialiter* su una questione *antitrust*, come avviene, ad esempio, nel caso in cui il giudice rigetti la domanda dell'attore in accoglimento dell'eccezione di nullità *antitrust* sollevata dal convenuto.

Ciò a meno che le parti, a seguito del rilievo officioso del giudice, non chiedano al giudice un accertamento con efficacia di giudicato della questione *antitrust* relativa alla nullità del contratto (cfr. *retro* § III.2).

IV. I PRESUPPOSTI PROCESSUALI E IL RITO APPLICABILE

Orbene, con riferimento ai presupposti processuali il processo civile avente ad oggetto una controversia *antitrust* presenta alcune ricorrenti questioni sia per quelli relativi al giudice (e, cioè, giurisdizione e competenza) che alle parti (con particolare riferimento alla tematica della legittimazione ad agire).

²² In questo senso espressamente Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

²³ C. giust. CE 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*.

Poiché questi temi sono affrontati *funditus* in alcune *Voci* di questo dizionario si rinvia ad esse per il necessario approfondimento.

In questa sede, però, è bene ricordare ancora una volta la regola fondamentale in materia di competenza sulla “controversie *antitrust*”: la legge 24 marzo 2012, n. 27 ha attribuito al c.d. Tribunale per le imprese anche la competenza sulle controversie di cui all’articolo 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287 e alle controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell’Unione europea e a tutte le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione.

L’attrazione delle “controversie *antitrust*” nell’ambito della competenza del c.d. Tribunale delle imprese determina per tutte le controversie l’applicazione del rito ordinario di cognizione di primo grado, con la possibilità del doppio grado di giudizio e la garanzia del ricorso ordinario per cassazione.

Peraltro, il processo civile *antitrust* non differisce da un ordinario processo ordinario di cognizione e si svilupperà secondo le consuete fasi che possono essere individuate nella fase (a) di introduzione del giudizio; (b) di trattazione e (c) di decisione.

Nelle “controversie *antitrust*”, infine, non è previsto l’intervento obbligatorio del pubblico ministero.

V. OGGETTO DEL GIUDIZIO

Le azioni che rientrano nell’ambito delle controversie *antitrust*, riconducibili come visto, ad azioni contrattuali ovvero extracontrattuali hanno ad oggetto diritti soggettivi disponibili.

Rispetto a quei diritti trovano applicazione tutti gli istituti processuali che presuppongono la disponibilità dell’oggetto del processo, primo fra tutti l’onere di allegazione in capo alle parti e la disponibilità dei mezzi di prova, il principio di non contestazione, la confessione nonché la possibilità di transigere la controversia.

Nessuno può seriamente mettere in discussione – anche alla luce dei chiari ed

inequivoci indici normativi (e.g. art. 140-bis codice del consumo) – che il diritto al risarcimento del danno è diritto pienamente disponibile al quale la parte potrebbe rinunciare o rispetto al quale operano i consueti istituti processuali che presuppongono la disponibilità del diritto.

Senonché, il processo civile *antitrust* (e, cioè, ogni volta che per effetto dell’azione proposta o dell’eccezione sollevata diviene necessario conoscere della violazione della normativa *antitrust*) presuppone sempre e comunque la necessità di risolvere una questione (e, cioè, quella della validità ovvero dell’abuso di posizione dominante) che ha natura indisponibile.

Esemplificando: in presenza di una domanda di esecuzione di un contratto, ove il giudice dovesse rilevare la nullità del contratto azionato in quanto integrante un’intesa vietata, il giudice deve esaminare la questione della (in)validità anche perché essa rappresenta un presupposto logico necessario della decisione.

Per ragioni di chiarezza espositiva chiamerò l’oggetto di questa cognizione del giudice (che, eventualmente, può anche dar luogo a decisione laddove vi sia domanda in tal senso formulata da una delle parti) “questione pregiudiziale *antitrust*”, senza con ciò alludere all’esistenza di un rapporto tra accertamento amministrativo e accertamento giurisdizionale della violazione della normativa *antitrust*.

La “questione pregiudiziale *antitrust*”, proprio come è stata qui posta, rappresenta una costante del processo civile *antitrust* e la fonte di tutte le peculiarità di questo giudizio²⁴.

Ed ancora. L’enucleazione di questa “pregiudiziale” consente anche di focalizzare meglio quel che può avvenire in un processo civile *antitrust*.

Una prima ipotesi: il giudice decide la “questione pregiudiziale *antitrust*” perché una parte ha proposto una domanda in tal senso.

In quest’ipotesi non v’è dubbio che la sentenza, una volta passata in giudicato, non consentirà di rimettere in discussione tra le parti l’accertamento compiuto in or-

²⁴ Il che non esclude, ovviamente, che altre peculiarità del processo civile *antitrust* ricorrano anche con riferimento alla risoluzione di que-

stioni disponibili come ad esempio quelle relative al calcolo del risarcimento del danno dovuto in conseguenza di una violazione *antitrust*.

dine alla validità o invalidità *antitrust* del contratto (art. 2909 c.c.)²⁵.

Una seconda ipotesi: il giudice conosce della “questione pregiudiziale *antitrust*” per effetto del rilievo della corrispondente eccezione (ad istanza di parte o rilevata officiosamente) avremo una cognizione *incidenter tantum* su quella questione.

In quest’ipotesi il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, senza effetto di giudicato sulla “questione pregiudiziale *antitrust*”²⁶.

La terza ipotesi: il giudice accoglie o respinge la domanda proposta senza conoscere della questione perché nessuna delle parti l’ha sollevata ovvero il giudice non l’ha rilevata non vi sarà stata alcuna cognizione della questione.

In questo caso, pur non avendo il giudice espressamente affrontato la questione di validità o invalidità, laddove l’azione proposta presupponga la validità del contratto azionato e venga accolta dal giudice saremo in presenza di quel fenomeno meglio noto come “giudicato implicito”²⁷.

Peraltro, la “questione pregiudiziale *antitrust*” deve essere, a parere di chi scrive, essere qualificata come questione indisponibile alle parti.

Ed infatti, l’applicazione della normativa *antitrust* europea e italiana, sia a livello amministrativo che giurisdizionale, è di rilievo “costituzionale” e comporta che le relative norme siano – tendenzialmente – “applicate” ai casi concreti come effettivamente si svolgono nella realtà e che gli oggetti e gli effetti anticoncorrenziali siano eliminati dalla realtà al fine di tutelare la *workable competition* nel mercato interno e, simmetricamente, che non vengano sanzionati accordi che non violano la normativa *antitrust*.

Inoltre, vi è un’ulteriore ragione che rafforza la tesi della qualificazione della questione *antitrust* come una questione indisponibile.

Ed infatti, la Commissione ha il potere di accertare e sanzionare un accordo, un’intesa o una pratica anche laddove essa sia già cessata: i comportamenti successivi (come, ad esempio, lo scioglimento consensuale del rapporto) non hanno alcun effetto alcuno sulla possibilità di un intervento amministrativo sanzionatorio.

Inoltre, vi è una indubbia presenza di un interesse pubblico comunitario sotteso ai poteri della Commissione e, in particolare, l’art. 16 Reg. 1/2003, insieme alla possibilità che la Commissione intervenga a vietare un comportamento già oggetto di una decisione giurisdizionale che quel comportamento obbligava a tenere in spregio al diritto *antitrust*.

La natura indisponibile della questione, infine, non è contraddetta dall’assenza nel nostro ordinamento processuale dell’intervento obbligatorio del pubblico ministero.

Anzi, sebbene con esclusivo riferimento alle controversie *antitrust* europee è lo stesso diritto comunitario, con una disposizione immediatamente applicabile al processo nazionale, che all’art. 15 Reg. 1/2003 prevede la possibilità per la Commissione di “partecipare” in veste di *amicus curiae* al processo civile.

Con quell’intervento sarà possibile alla Commissione svolgere un’attività essenziale per la risoluzione della questione pregiudiziale *antitrust* e, cioè, il fondamentale potere di allegazione dei fatti rilevanti in giudizio oltre che, ovviamente, il potere di chiedere mezzi di prova al riguardo.

Ed infatti, in assenza di un intervento di quel genere il più delle volte – anche in considerazione della complessità in fatto e in diritto della materia – il giudice potrebbe addirittura non «percepire» l’esistenza di una questione *antitrust*.

Ed anche laddove egli la dovesse «percepire» potrebbe non avere la possibilità di pronunciare la nullità di un’intesa o qualificare un comportamento come abuso di posizione dominante sol perché il

²⁵ A tale ipotesi deve essere equiparata l’ipotesi in cui il giudice non abbia rilevato d’ufficio la nullità e la parte impugna la sentenza facendo valere il motivo di nullità e proponendo una consequenziale azione di nullità.

²⁶ L’affermazione è tratta da Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, ancorché la conclusione non appare pacifica.

²⁷ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883 ancorché la tematica del “giudicato implicito” e la sua estensione sono oggetto discussione.

potere di rilevare la nullità è strettamente condizionato dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*²⁸.

Se ciò è vero significa che, almeno “di fatto” le parti potrebbero avere la possibilità di esprimere la loro volontà in ordine, ad esempio, alla nullità della loro intesa.

Ed infatti, se le parti non allegano in giudizio i fatti rilevanti per poter ravvisare e quindi pronunciare la nullità *antitrust* la conseguenza potrebbe essere quella che sulla questione di validità del contratto possa calare il giudicato.

Il che francamente lascia molto perplessi e, soprattutto, depotenzia notevolmente il *private enforcement*.

Dalla qualificazione della questione pregiudiziale *antitrust* in termini di indisponibilità seguono alcune importanti conseguenze processuali.

In primo luogo, le parti non hanno il monopolio dell'allegazione dei fatti sì che, laddove l'ordinamento prevede l'intervento de terzo (e, cioè, la Commissione europea *ex art. 15 Reg.*) sul modello dell'intervento del pubblico ministero (art. 70 c.p.c.), il terzo è ammesso ad allegare e provare fatti ulteriori e diversi da quelli allegati dalle parti originarie.

In secondo luogo, poi, la natura indisponibile della questione si coglie sul piano probatorio: affermare che le parti non hanno la disponibilità della validità *antitrust* significa negare loro – sul punto – ogni prova che presuppone la disponibilità del diritto: il principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.) la confessione, il giuramento.

In terzo luogo, poi, le parti non potrebbero validamente stipulare una transazione.

Ciò appare rilevante specialmente con riferimento alle controversie contrattuali (ad esempio un contratto avente ad oggetto uno scambio di informazioni con impegno a fissare prezzi concordati tra imprese in un mercato oligopolistico): la violazione della normativa *antitrust* porta il contratto ad avere causa illecita e, quindi – secondo il nostro ordinamento – non

sarebbe, possibile giungere validamente ad una transazione (art. 1972 c.c.).

In quarto luogo, poi, parti qualunque comportamento le parti vogliano assumere, poiché quel comportamento – ipotizzato in violazione in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE – sarebbe tendenzialmente irrilevante rispetto all'azione dell'autorità amministrativa: essa è, infatti, competente ad accertare *ex officio* e con penetranti poteri istruttori eventuali comportamenti difformi, a sanzionare e soprattutto a ordinare l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli per il mercato.

In conclusione in ogni controversia *antitrust* esiste sempre una questione pregiudiziale che è indisponibile alle parti ed è rappresentata proprio dall'accertamento della violazione caratterizzata dalla non negoziabilità della “questione pregiudiziale *antitrust*” e rispetto alla quale l'ordinamento ha l'ambizione (invero di difficile realizzazione a sistema processuale vigente) che venga risolta correttamente.

VI. L'ISTRUZIONE PROBATORIA

Passando ad occuparci del “cuore” del processo civile e, cioè, dell'istruzione probatoria ed in particolare della distribuzione dell'onere della prova nell'ambito delle azioni di nullità e di risarcimento del danno, ai sensi del diritto UE e del diritto italiano, è opportuno sottolineare che è soprattutto rispetto all'onere della prova che si misura la capacità del sistema processuale di realizzare un efficiente sistema di *private enforcement*.

Ed infatti, l'asimmetria delle parti rispetto alle fonti di prova ha sempre fatto riflettere sulla possibilità di una diversa distribuzione dell'onere della prova al fine di poter rendere più efficiente il *private enforcement*²⁹.

La constatazione iniziale, però, è che con poche eccezioni applicabili soltanto quando la controversia riguarda la violazione della normativa *antitrust* comunita-

²⁸ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

²⁹ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Dejure* per l'affermazione secondo cui l'onere di allegazione dell'attore che domanda il risarcimento del dan-

no può considerarsi assolto dalla produzione del provvedimento dell'AGCM ancorché quella produzione non sia sempre e comunque necessaria.

ria, la circostanza che il processo abbia ad oggetto una “controversia *antitrust*” non determina (per ciò soltanto) l’applicazione di norme di diritto probatorio differenziate salvo poche eccezioni applicabili soltanto quando la controversia riguarda la violazione della normativa *antitrust* comunitaria (sul punto v. *supra* § I).

Ed infatti con riferimento alle controversie *antitrust* nazionali non opera neppure l’art. 16 Reg. 1/2003 ond’è che anche le c.d. azioni *follow-on* non godono di un particolare regime probatorio in qualche modo formalmente semplificato: la giurisprudenza, infatti, ritiene che la previa decisione amministrativa abbia una efficacia probatoria (seppur di “prova privilegiata”) che consente comunque al giudice di valutare anche le altre prove offerte dalle parti e, comunque, all’impresa già sanzionata di offrire prova contraria³⁰.

A maggior ragione le controversie *antitrust* nazionali c.d. *stand-alone* presentano una difficoltà probatoria al limite della *probatio diabolica* dal momento che: (a) manca qualsiasi norma di *discovery* processuale e (b) le norme in materia di esibizione documentale come l’art. 210 c.p.c., sono interpretate in maniera restrittiva ed in ogni caso – salvo qualche timida apertura specialmente nell’ambito della tutela della proprietà industriale e intellettuale – non consentono un’attività esplorativa (c.d. *fishing expedition*); (c) il giudice civile non dispone dei penetranti poteri istruttori di cui dispone l’autorità amministrativa e/o il giudice penale³¹.

Diviene così praticamente impossibile per l’attore in giudizio fondare la propria domanda, ad esempio, depositando in giudizio quella che viene chiamata *smoking gun* – cioè la prova documentale dell’ille-

cito – normalmente custodita segretamente e gelosamente dai partecipanti ad un’intesa vietata.

L’unica forma di collaborazione prevista dal codice di procedura civile è la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 213 c.p.c. che, però, è interpretata nel senso che non possono essere richiesti che documenti o informazioni già disponibili presso la pubblica amministrazione: non sarà, quindi, possibile *ex art.* 213 c.p.c. che il giudice civile chieda all’AGCM di elaborare dati ancorché già i suo possesso o fornire valutazioni tecniche od ancora svolgere una qualche forma di indagine ancorché rientrante tra i suoi poteri istituzionali³². Ne deriva che, *a fortiori*, appare da escludere *de jure condito* la delega di indagini all’AGCM confidando anche nei suoi poteri istruttori così potendo dare ingresso a prove (atipiche) raccolte dall’AGCM nel corso di quell’accertamento.

Inoltre, un ulteriore fattore di complessità – al quale neppure una consulenza tecnica potrebbe dare talvolta risposta – è dato dal fatto che quando esiste una questione *antitrust* nel processo civile questa implica quasi sempre la necessità che il giudice debba confrontarsi con fattispecie costruite con concetti giuridici indeterminati e che richiedono valutazioni economiche complesse.

Del resto dalla semplice lettura di un qualsiasi provvedimento di un’autorità della concorrenza e delle stesse norme si può intuire e dare per dimostrata la complessità tecnica della materia.

Da un lato, infatti, gli elementi costitutivi perché operi la sanzione della nullità di cui al secondo paragrafo dell’art. 101 TFUE, ad esempio, sono rappresentati (i)

³⁰ Cass., ord., 4 marzo 2013, 5327, in *Diritto e giustizia* del 5 marzo 2013; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Dejure*.

³¹ Ad esempio, ai sensi dell’art. 14, comma 2, l. 287/1990 l’AGCM può in ogni momento dell’istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell’istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell’i-

struttoria. Peraltro, ai sensi dell’art. 54 della l. 6 febbraio 1996, n. 52 l’Autorità si avvale della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza, che agiscono con i poteri e con le facoltà previste dai decreti del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 e 29 settembre 1973, n. 600 (in materia di imposta sul valore aggiunto e di accertamento delle imposte sui redditi) e successive modificazioni e dalle altre norme tributarie.

³² Trattasi di applicazione di un principio giurisprudenziale pacifico con riferimento alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione: Cass., 25 ottobre 1982, n. 5557; Cass., 23 novembre 1983, n. 7000 entrambe in *Dejure*.

dall'esistenza di un'intesa (ii) che abbia per oggetto o per effetto quello di restringere la concorrenza e (iii) che rechi pregiudizio al commercio tra gli Stati membri. Ma v'è di più: ed infatti, potrebbe accadere che sebbene l'intesa integri quei presupposti, la nullità sia esclusa dalla constatazione (e prova) che quell'intesa contribuisce a migliorare le condizioni della concorrenza.

Molto spesso quei concetti giuridici indeterminati devono essere "riempiti" di contenuto attraverso l'individuazione di una (eventualmente tra le tante) regole tecniche a disposizione: ne deriva che il mutamento della regola tecnica individuata per dare contenuto alla norma giuridica ha importanti riflessi sul tema dell'allegazione dei fatti. Ed infatti, sarà possibile individuare quali fatti siano rilevanti e bisognosi di prova soltanto quando è stata individuata la norma tecnico-economica (quale il costo marginale o l'effetto del comportamento su di "una parte del mercato interno") da impiegare per "riempire" di contenuto la norma da applicare al caso concreto.

Ne derivano problemi pratici tanto con riferimento alla fase di amministrazione della prova che di ammissione della prova derivanti dalla constatazione che «le analisi economiche necessarie alla qualificazione di una situazione o di un'operazione sotto il profilo della normativa sulla concorrenza costituiscono in genere, tanto sul piano fattuale, quanto su quello del ragionamento elaborato a partire dalla descrizione dei dati stessi enunciati intellettuali complessi e difficili»³³.

Il che rende particolarmente difficile oltre la stessa individuazione non soltanto dei fatti principali ma anche dei fatti secondari dai quali poi muovere per consentire l'applicazione delle presunzioni e consente di ritenere che nel diritto processuale *antitrust* alla consulenza tecnica d'ufficio si chiederà, più che valutare prove già acquisite, di rappresentare una fonte oggettiva di prova risolvendosi nell'accertamento di fatti rilevabili unica-

mente con l'ausilio di specifiche cognizioni o strumentazioni tecniche³⁴.

Probabilmente, proprio l'esistenza di queste difficoltà probatorie "giustificano" due orientamenti della giurisprudenza. Il primo orientamento è quello che ha riconosciuto la legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori all'azione di accertamento della violazione della normativa *antitrust* sottolineando che lo scopo dell'azione dell'associazione è di spianare la strada alle iniziative dei singoli tramite il superamento degli ostacoli di ogni genere di cui tale strada potrebbe essere disseminata³⁵. Il secondo orientamento, poi, è quello che, facendo leva sull'atipicità dei mezzi di prova consente un'ampia circolazione probatoria tra procedimento amministrativo e giudizio civile.

VII. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE NEL PROCESSO CIVILE

Più articolata, invece, la situazione con riferimento al diritto *antitrust* europeo dove l'art. 15 Reg. 1/2003 prevede che la Commissione e le autorità garanti nazionali possono "partecipare" ai processi civili nei quali si debba fare applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Questa partecipazione risponde alla duplice funzione di collaborazione tra autorità *antitrust* e giurisdizioni nazionali non solo con riferimento all'individuazione della corretta individuazione e interpretazione del diritto applicabile, bensì, anche, e soprattutto, alla possibilità di allegare fatti rilevanti che sono in grado di correttamente qualificare la fattispecie sottoposta al giudice come fattispecie implicante una «questione pregiudiziale *antitrust*» (sul punto v. *supra* § VI).

VIII. PROCEDIMENTI PARALLELI TRA AUTORITÀ A TUTELA DELLA CONCORRENZA E GIUDICI CIVILI

L'esistenza di un doppio binario di tutela, l'uno affidato alla Commissione europea (il c.d. *public enforcement*) e l'altro ai giudici nazionali ove si debbano tute-

³³ Trib. CE, 11 luglio 2007, T-351/03, *Shneider Electric*.

³⁴ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2663 in *Dejure*

(resa in materia di responsabilità civile per infiltrazioni di acqua).

³⁵ Cass., 18 agosto 2011, n. 17351.

lare i diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento europeo in conseguenza della violazione della normativa *antitrust* (il c.d. *private enforcement*) non deve, però, fare dimenticare che alla Commissione europea è riconosciuto un ruolo fondamentale per l'attuazione del diritto della concorrenza³⁶.

Il ruolo della Commissione europea in materia è idoneo anche a spiegare i propri effetti sui processi giurisdizionali come dimostra l'esistenza dell'art. 16 Reg. 1/2003.³⁷

Ne deriva che le autorità della concorrenza e i giudici civili nazionali possano pronunciarsi "*sui medesimi casi*" con conseguente possibilità di un conflitto tra un provvedimento amministrativo ed uno giurisdizionale.

Ond'è che appare opportuno analizzare attraverso quali regole processuali – se ve ne sono – è possibile evitare provvedimenti contrastanti "sui medesimi casi" iniziando la nostra analisi prima dal diritto processuale *antitrust* nazionale per, poi, esaminare il diritto processuale *antitrust* UE

Ed infatti, con riferimento al diritto *antitrust* nazionale non esiste una norma che formalmente imponga al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con il provvedimento adottato dall'AGCM. Anzi, rappresenta un caposaldo del diritto amministrativo italiano quello della possibile disapplicazione da parte del giudice di un provvedimento amministrativo³⁸.

Ma v'è di più. Ed infatti, la giurisprudenza ha sempre avuto modo di affermare che dal provvedimento dell'AGCM non potrebbe mai derivare un vincolo equiparabile al giudicato³⁹.

La conclusione appena riferita, del resto, non appare contraddetta neppure dal sesto comma dell'art. 140-*bis* codice consumo in base al quale il tribunale che deve decidere l'ammissibilità di una *class*

action, «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo». Ed infatti, nulla viene detto in ordine all'efficacia che è destinata a spiegare la futura decisione amministrativa che, in base, alla giurisprudenza italiana, potrà tutt'al più avere una mera efficacia probatoria e non già di "giudicato".

IX. L'ARTICOLO 16 REG. 1/2003

Più complessa, invece, la situazione con riferimento al diritto europeo dove, tuttavia, non è mai stato messo in discussione il principio per il quale il giudice civile non incontra mai nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale alcun limite quanto all'*an* del suo potere derivante dall'esercizio potenziale o attuale delle competenze della Commissione come dimostra chiaramente l'assenza di un qualsiasi potere di avocazione da parte della Commissione di un caso pendente davanti a un giudice nazionale.

E ciò differentemente da quanto previsto per l'avocazione da parte della Commissione di casi oggetto di valutazione da parte delle autorità *antitrust* nazionali ai sensi del diritto europeo (art. 11, comma 6, Reg. 1/2003).

Orbene, passando ad esaminare i meccanismi per evitare possibili contrasti tra decisioni, essi possono consistere in (a) meccanismi di coordinamento tra esiti del procedimento (così nel caso della sospensione del processo nazionale e dell'obbligo previsto dall'art. 16 Reg. 1/2003) ovvero in (b) meccanismi di coordinamento informativo tra Commissione e giudici nazionali.

Orbene, *sub a*) sebbene il principio generale sia quello della leale cooperazione

³⁶ Compito che deve essere comunque realizzato nel rispetto del diritto europeo e ferma la soggezione del suo operato al controllo di legittimità della Corte di giustizia

³⁷ In tal senso, oltre all'art. 16 Reg. 1/2003, depongono i principi ricavabili da C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84, *Albako Margarinefabrik.-Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* e da C. giust.C.E., 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini - Repubblica Italiana*.

³⁸ La questione della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile risale all'art. 5 l. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E.

³⁹ Ne deriva che la medesima questione può essere sempre riproposta al giudice ordinario laddove ne ricorrano i presupposti e salva la questione dell'efficacia probatoria che deve essere riconosciuta al provvedimento dell'AGCM: C. App. Milano, 5 febbraio 1996, App. Milano, 29 settembre 1999, App. Roma, 16 gennaio 2001.

tra tutte le autorità preposte all'*enforcement* delle norme *antitrust*, esiste una regola fondamentale con riflessi processuali non trascurabili⁴⁰. Quella norma è rappresentata dall'art. 16 Reg. 1/2013 che rappresenta l'applicazione del principio generale secondo il quale una volta che la Commissione abbia legittimamente esercitato i propri poteri gli Stati membri (*id est* ogni organo dello Stato membro, ivi compreso il giudice civile) devono astenersi nell'ambito dell'esercizio delle proprie competenze dall'adottare misure che abbiano come effetto quello di privare l'effetto utile di un atto comunitario⁴¹.

La primazia dell'attività della Commissione porta con sé la necessità che la decisione giurisdizionale debba cedere tutte le volte in cui quest'ultima contenga accertamenti e comandi incompatibili a quanto risulta accertato o ordinato in una decisione della Commissione. E ciò tanto nel caso in cui il provvedimento della Commissione sia essa precedente o successivo al provvedimento del giudice (vedi *infra* § XII per l'individuazione di alcuni strumenti processuali)⁴².

Una norma rispetto alla quale la maggior parte degli autori ha manifestato perplessità perché – a loro dire – avrebbe ampliato gli effetti delle «decisioni» della Commissione oltre i confini fissati dal Trattato ove si fa riferimento alla loro efficacia vincolante nei confronti dei destinatari e perché sarebbe in contrasto con i principi fondamentali previsti dalle costituzioni nazionali di separazione dei poteri e dell'indipendenza dei giudici dall'amministrazione.

Tuttavia, è bene esaminare la portata precettiva e l'ambito di operatività della norma premettendo che la sua applica-

zione non avviene soltanto quando l'oggetto di accertamento amministrativo corrisponde (in tutto o in parte) all'oggetto del processo civile. Quella norma opera, infatti, anche quando l'oggetto e le parti del procedimento *antitrust* siano differenti da quelle del processo giurisdizionale. Così avviene, ad esempio, laddove un professionista agisca nei confronti di un cliente per il pagamento del proprio onorario determinato in base a tariffe fissate dalla associazione professionale di appartenenza e che sono state nel frattempo dichiarate incompatibili con il mercato comune da una decisione della Commissione.

Ma quali sono le decisioni della Commissione che non possono essere contrastate da parte del giudice nazionale?

Esse sono senz'altro le decisioni con le quali la Commissione constata l'esistenza di un'infrazione (caso *Masterfoods*⁴³). In questo caso di *follow-on litigation* il giudice non potrà mettere in discussione la portata della decisione della Commissione dovendo, viceversa, trarne, ai sensi dell'art. 16 Reg. 1/2003, tutte le conseguenze giuridiche previste dal proprio ordinamento per garantire una piena efficacia alla decisione in questione. Ne deriva che il giudice potrà rigettare la domanda risarcitoria, in ipotesi, per intervenuta prescrizione, ma non perché non c'è una violazione del diritto *antitrust*.

Ed ancora, se la decisione della Commissione ha accertato che una certa intesa ha un oggetto anticoncorrenziale, il giudice potrà rigettare la domanda risarcitoria perché l'intesa non ha avuto effetti anticoncorrenziali. O, ancora, potrà rigettare quella domanda perché il danno lamentato non è causalmente dipendente dalla condotta anticoncorrenziale ovvero

⁴⁰ Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE del 1993 (93/C 39/05) [d'ora in avanti «la Comunicazione del 1993»], la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del trattato Ce del 2004 (2004/C-101/04) [d'ora in avanti «la Comunicazione del 2004»] ed infine, nel settore degli aiuti di stato, la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione del 1995 (95/C 312/07).

⁴¹ Sugli effetti dell'esercizio della competenza sul contenuto e sull'efficacia di una sentenza civile: C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84 *Albako Margarinefabrik (c.d. Burro di Berlino)*; C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini*.

⁴² La primazia del diritto comunitario è il criterio per risolvere i conflitti derivanti dalla contemporanea applicazione del diritto *antitrust* ad opera della Commissione e dei giudici nazionali: C. giust. CE, C-14/68 *Walt Wilhelm* e C. giust. CE, C-253/78 e 1-3/79 *Procuratore della Repubblica (c.d. cause «Profumo»)*.

⁴³ C. giust. CE, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfood Ltd - HB Ice Cream Ltd*.

perché quella condotta anticoncorrenziale non ha avuto effetti dannosi per il presunto danneggiato. Ed infatti, in questo caso non vi sarebbe alcun contrasto tra il provvedimento amministrativo (ove la circostanza che l'intesa abbia un oggetto anticoncorrenziale è sufficiente per adottare il provvedimento sanzionatorio) e il rigetto fondato sull'inesistenza di un danno (che, evidentemente, non ha rappresentato un profilo oggetto della decisione della Commissione).

L'effetto vincolante della decisione della Commissione si misura su quanto da essa accertato e deciso, con la conseguenza che l'ampiezza dei suoi effetti sul giudizio civile dipenderà necessariamente dal confronto tra contenuto dell'accertamento (*id est* aver accertato alcuni fatti ed averli qualificati come violazione degli artt. 101 e 102 TFUE) e la fattispecie oggetto del giudizio civile.

Un'altra ipotesi di decisione vincolante sono le decisioni di constatazione di inapplicabilità che la Commissione ha poi il potere di emettere ai sensi dell'art. 10 Reg. 1/2003. Viceversa non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 16 Reg. 1/2003 la decisione di procedere ad una archiviazione. Con riferimento, invece, ai più recenti strumenti della *public enforcement* dobbiamo esaminare il rapporto del giudice civile con: (i) le misure cautelari adottate dalla Commissione; (ii) le decisioni con cui si rendono obbligatori gli impegni ed infine (iii) le decisioni relative alle transazioni (c.d. *settlement*).

Orbene, con riferimento alle misure cautelari adottate dalla Commissione non vi è dubbio che il giudice non possa paralizzarne gli effetti con un proprio provvedimento almeno finché questo spiega la propria efficacia (caso *Burro di Berlino*⁴⁴). Potrebbe essere qui opportuno che il giudice civile valuti l'opportunità di sospendere il processo pendente davanti al lui concedendo opportuni provvedimenti provvisori non incompatibili con la decisione cautelare, in attesa dell'esito del procedimento.

Del resto, in questa ipotesi non è possibile fare applicazione della seconda parte dell'art. 16 Reg. 1/2003, pure astrat-

tamente consentita (il procedimento, infatti, è avviato e la decisione non è ancora stata adottata), poiché se dovesse, in ipotesi, ritenere che la Commissione deciderà molto probabilmente in senso opposto a quanto affermato nella misura cautelare, il suo provvedimento non potrà, per le ragioni appena viste, produrre un effetto incompatibile con la misura nel frattempo adottata ed efficace.

Con riferimento, invece, alle decisioni con le quali la Commissione ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/2003 rende obbligatori gli impegni presentati dalle imprese «per far cessare un'infrazione» occorre sottolineare con alcuni distinguo: occorre sottolineare che quella decisione è priva del carattere di accertamento, nulla dicendo in ordine alla qualificazione dei fatti in termini di violazione o meno delle norme sulla concorrenza. Ond'è che il giudice può qualificare i fatti passati rispetto alla decisione sugli impegni come integranti, o no, un illecito *antitrust* traendone tutte le conseguenze.

Viceversa, la questione relativa all'applicabilità o no dell'art. 16 alle decisioni che rendono obbligatori gli impegni si pone con esclusivo riferimento (a) ai comportamenti successivi all'adozione della decisione e (b) con riferimento alla loro compatibilità con le norme sulla concorrenza.

Qui il giudice sarà vincolato in base all'art. 16 Reg. 1/2003 non potendo, ad esempio, affermare che il comportamento conseguente agli impegni contenuti nella relativa decisione sia qualificabile come illecito *antitrust* e, quindi, costituisca fatto illecito che obbliga a risarcire il danno. Diversamente, laddove il giudice dovesse constatare che il comportamento posto in essere dalle imprese è diverso da quello previsto dalla decisione potrà adottare una decisione che qualifichi il diverso comportamento come illecito, fermo restando che compete alla sola Commissione (eventualmente correttamente sollecitata dal giudice) procedere alla eventuale revoca della precedente decisione ed adottare eventualmente una diversa decisione.

Da ultimo resta da esaminare se la transazione possa venire in rilievo ai sensi

⁴⁴ C. giust. CE, 21 maggio 1987, C-249/84, *Al-*

bako Margarinefabrik.-Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung.

dell'art. 16 Reg. 1/2003. Orbene, poiché la Commissione generalmente richiede alle imprese interessate «un riconoscimento in termini inequivocabili della responsabilità delle parti per l'infrazione, descritta sinteticamente per quanto riguarda i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, e la durata della loro partecipazione all'infrazione», non vi è nessuna preclusione a ritenere che anche questa tipologia di decisione sia equiparata quanto agli effetti dell'art. 16 Reg. alle decisioni di constatazione dell'infrazione, dal momento che da questa differisce soltanto per la semplificazione del procedimento.

Fin qui abbiamo visto l'efficacia delle decisioni della Commissione europea: ma è possibile ipotizzare una efficacia pan-europea delle decisioni emanate da Autorità *antitrust* nazionali? Questa ipotesi è stata solitamente risolta in senso negativo dalla prevalente dottrina e dalla maggior parte delle osservazioni presentate alla Commissione in occasione della pubblicazione del Libro Verde e il Libro Bianco sulle "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie", sebbene alcuni Stati membri (è il caso della Germania) prevede la vincolatività anche delle decisioni di autorità garanti degli altri Stati membri dell'UE.

X. LA SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO

L'esistenza di un doppio binario di tutela rende molto frequente l'ipotesi che il giudice civile si interroghi sulla opportunità di sospendere il giudizio civile *antitrust* in attesa di una decisione della Commissione europea ovvero di un'autorità nazionale della concorrenza. Opportunità e non necessità in quanto (a) nessuna norma prevede un obbligo di sospensione del processo civile in attesa della decisione dell'autorità amministrativa che, peraltro, potrebbe anche non essere mai adottata e (b) l'interpretazione dell'art. 295 c.p.c. non consente di sospendere il processo civile se non in attesa di una pronuncia giurisdizionale idonea a incidere con efficacia di giudicato sulla situazione giuridica oggetto del processo sospeso⁴⁵.

Ecco allora che l'unica ipotesi di sospensione possibile sarà quella discrezionale così come previsto in due ipotesi tipizzati dal legislatore.

La prima fattispecie è quella prevista dall'art. 16 Reg. 1/2003: ed infatti, nella parte in cui obbliga i giudici a non assumere decisioni che possano «configgere» con decisioni già assunte dalla Commissione e, soprattutto, con decisioni semplicemente «contemplate» consente al giudice civile di «valutare se sia necessario o meno sospendere» il procedimento.

La seconda fattispecie è quella prevista dall'art. 140-*bis*, comma 6, del d.lgs. 205/2006 in base al quale nella fase di ammissibilità di un'azione di classe il tribunale può decidere di sospendere il giudizio «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

XI. IL GIUDICATO CIVILE

La circostanza che la sentenza del giudice abbia avuto ad oggetto una controversia *antitrust* potrebbe avere effetti anche sul giudicato che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 323 c.p.c. e 2909 c.c., l'ordinamento riconosce alla sentenza non più soggetta ai mezzi di impugnazioni.

E ciò sebbene in una fondamentale pronuncia la Corte di Giustizia (*Eco Swiss*) abbia affermato che «il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche nel caso in cui un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo ai sensi dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE), poiché il termine d'impugnazione fissato non rende eccessivamente

⁴⁵ Esclude espressamente un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento amministrativo e

il giudizio civile, sia sotto l'aspetto processuale che sostanziale, App. Roma, 16 gennaio 2001.

difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»⁴⁶.

Ed infatti, recentemente, la Corte di Giustizia, pur muovendo il proprio ragionamento sempre dall'importanza del giudicato come principio fondamentale in quanto funzionale ad esigenze di certezza, ha avuto modo di porre alcuni importanti principi in materia. Principi che, seppur espressi con riferimento alla materia degli aiuti di Stato e al principio dell'abuso del diritto all'imposta sul valore aggiunto, potrebbero essere destinati ad avere un ruolo decisivo con riferimento ai processi civili aventi ad oggetto controversie *antitrust* e che in questa sede ci si limita a ricordare consapevole che l'argomento richiede un approfondimento non possibile in questa sede.

Ed infatti, quanto alla sentenza *Lucchini* in essa è affermato il principio in base al quale «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva»⁴⁷.

Quanto, poi, alla sentenza *Fallimento Olimpiclub* essa ha affermato che «il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta»⁴⁸.

Dall'esame delle sentenze lo scrivente autore trae l'ipotesi che il giudicato civile emesso in contrasto con un provvedi-

mento della Commissione europea che ha esercitato una sua competenza (esclusiva o no) dovrebbe poter essere comunque rimesso in discussione eventualmente tramite un'impugnazione straordinaria. In ogni caso, poi, dovrebbe essere preferita, *in subiecta materia*, un'interpretazione dei limiti oggettivi del giudicato civile tale per cui il giudicato non potrebbe mai coprire l'antecedente logico necessario relativo alla questione *antitrust* (v. *supra* § IV). E ciò non soltanto nelle ipotesi in cui il giudice non si sia espressamente pronunciato sul punto, ma anche nei casi di mera cognizione incidentale.

In questo modo è possibile garantire maggiore efficacia alle norme *antitrust* in quanto il giudice di un eventuale secondo processo ove la medesima questione della violazione, o no, del diritto *antitrust* dovesse venire in rilievo, non sarebbe vincolato alla precedente sentenza e potrebbe riesaminare la questione di validità *antitrust* anche, eventualmente, alla luce di successive emergenze, quali, ad esempio, un provvedimento amministrativo adottato sulla specifica posizione.

FABIO VALERINI

Bibliografia

J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Le contentieux français et anglais*, Bruylant Bruxelles, 1995; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; G. CUMMING - B. SPITZ - R. JANAL, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, Kluwer, 2007; C.S. KERSE - N. KAHN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005; R. NAZZINI, *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford, 2004; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition procedure*, Oxford, 2006; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; A. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, 2008; F. VALERINI, *Il rapporto tra la Commissione europea e i giudici nazionali nel sistema del diritto processuale della concorrenza*, Tesi di dottorato, Università di Roma Tor Vergata, 2010.

⁴⁶ C. giust. CE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*.

⁴⁷ C. giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05 *Lucchini - Repubblica Italiana*.

⁴⁸ C. Giust. C.E., 3 settembre 2009, C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*.