

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

La tutela cautelare nell'azione *antitrust*

Sommario: I. CENNI ALL'EVOLUZIONE DELLA COMPETENZA CAUTELARE IN MATERIA *ANTITRUST*. – II. LA COMPETENZA CAUTELARE DOPO IL D.L. 1/2012: LE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA. – III. (*Segue*) IL RITO APPLICABILE E I PROBLEMI ANCORA APERTI. – IV. TUTELA CAUTELARE E PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI. – V. I REQUISITI PER LA CONCESSIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI. – VI. IL CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI.

I. CENNI ALL'EVOLUZIONE DELLA COMPETENZA CAUTELARE IN MATERIA *ANTITRUST*

Il legislatore del 1990, nel delineare la prima disciplina in materia *antitrust*, aveva originariamente devoluto alla Corte di Appello le controversie tra privati aventi ad oggetto la violazione delle norme interne in materia di concorrenza. La Corte decideva in unico grado, con conseguente deroga al principio del doppio grado di giurisdizione di merito, stante la ritenuta assenza di copertura costituzionale di tale principio. Come espressamente precisato dall'art. 33 della legge *antitrust*, ad essa era ovviamente devoluta anche la giurisdizione cautelare relativa alle medesime controversie.

Proprio con specifico riferimento alla normativa *antitrust*, la Consulta aveva dichiarato manifestamente inammissibili sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., avente ad oggetto l'asserita irragionevolezza della scelta di eliminare il doppio grado di giurisdizione di merito, sia la questione di costituzionalità sollevata con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., avente ad oggetto l'asserita disparità di trattamento, soprattutto nei confronti dei cittadini meno abbienti, nel prevedere la competenza della Corte di Appello anche per cause di modesta entità¹.

Tale opzione legislativa confermava, inoltre, l'impronta marcatamente amministrativista del sistema di tutele *antitrust*

delineato dalla l. 287/1990. La predetta legge, infatti, ripartiva in modo chiaro i ruoli e le competenze spettanti all'AGCM e all'a.g.o., la prima destinataria di una funzione prettamente preventiva e deterrente, la seconda incaricata di intervenire nella fase risarcitoria. Nei fatti, tuttavia, una simile distinzione ha progressivamente perso di importanza. Anche a livello comunitario, del resto, la distinzione tra la funzione deterrente e sanzionatoria (attribuita alla Commissione) e la funzione compensativa (attribuita all'a.g.o.) non è così netta come potrebbe apparire. Secondo la stessa Corte di Cassazione, del resto, le controversie in materia *antitrust*, pur se tra privati, assumono comunque rilevanza pubblicistica².

La scelta del legislatore trovava la propria *ratio* nell'esigenza di garantire una celere definizione della controversia, di evitare un'eccessiva dispersione dei contenziosi tra i vari uffici giudiziari e di assicurare un maggiore livello di specializzazione e, quindi, di preparazione dei giudici incaricati dell'applicazione delle norme *antitrust*.

Progressivamente, però, le originarie intenzioni sono state frustrate dalla frammentazione della competenza, sia di merito che cautelare, in materia.

Fino all'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa (su cui cfr. *infra* par. II), infatti, la competenza è stata progressivamente suddivisa fra la Corte di Appello (per le controversie concernenti la violazione della normativa italiana, ai sensi dell'art. 33 l.at.), le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale (per le controversie concernenti la normativa sia italiana che comunitaria interferenti con i diritti di proprietà industriale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 134 c.p.i.) e gli ordinari uffici giudiziari, giudici di pace e tribunali (per le contro-

¹ C. cost., 26 ottobre 2007, n. 351, in *Foro it.*, 2008, I, c. 713.

² Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207,

in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di PARDOLESI.

versie aventi ad oggetto la violazione della normativa *antitrust* comunitaria).

II. LA COMPETENZA CAUTELARE DOPO IL D.L. 1/2012: LE SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA

Il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (intitolato “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, detto più gergalmente “decreto liberalizzazioni”), convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2012, n. 27, recuperando parzialmente un’idea già ipotizzata prima della riforma del diritto societario del 2003, ha trasformato le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale in sezioni specializzate in materia di imprese (la definizione “tribunale delle imprese”, contenuta nella rubrica dell’art. 2, non trova, infatti, successivo riscontro nel testo della norma).

Alla novella del 2012 (e precisamente alla legge di conversione) va certamente ascritto il merito di aver razionalizzato, una volta per tutte, le regole in tema di competenza per le controversie *antitrust*, devolvendo espressamente alle sezioni specializzate sia le controversie di cui all’art. 33, comma 2, l. 287/1990, come previsto dalla lett. c) del nuovo art. 2 d.lgs. 168/2003, sia quelle fondate sulla violazione della normativa *antitrust* comunitaria. Semmai, il legislatore può essere criticato per non aver avuto il coraggio di devolvere alle sezioni specializzate tutte le controversie in materia di concorrenza, ivi comprese quelle in materia di concorrenza sleale c.d. pura, le quali, nonostante l’affinità con la materia *antitrust* rimangono tuttora di competenza del giudice ordinario.

L’opera di razionalizzazione compiuta dal legislatore del 2012 presenta, tuttavia, una ulteriore e più grave lacuna. La versione iniziale del d.l. 1/12 devolveva alle sezioni specializzate anche le azioni di classe ai sensi dell’art. 140-*bis* d.lgs. 206/05. La legge di conversione, tuttavia, pur avendo esteso la competenza delle sezioni alle controversie in materia *antitrust*, ha inspiegabilmente eliminato la

predetta previsione in materia di azioni di classe.

Ciò solleva evidenti perplessità ermeneutiche. Se non vi sono dubbi per le azioni di classe individuate dalle lettere a) e c) dell’art. 140-*bis*, le quali saranno certamente devolute ai tribunali ordinari secondo le regole di competenza territoriale individuate dal quarto comma di tale norma, le perplessità sorgono invece con riferimento alle azioni di classe in materia *antitrust*, vale a dire quelle individuate dalla lett. b) di cui sempre al predetto art. 140-*bis*. Non è chiaro, infatti, se tali azioni siano comunque devolute alle sezioni specializzate in considerazione della generale attribuzione delle controversie in materia *antitrust* oppure se, invece, tale criterio non operi per le azioni di classe, alle quali, quindi, continuano ad applicarsi i criteri di competenza individuati dall’art. 140-*bis* c.p.c. La *ratio* della novella (volta ad individuare un unico giudice competente per le violazioni alla normativa in tema di concorrenza) porterebbe certamente a ritenere che anche le azioni di classe in materia *antitrust* siano comunque devolute alle sezioni specializzate. Stando ad un’interpretazione più rigorosa e più coerente con il dato normativo, tuttavia, dovrebbe optarsi per la soluzione opposta.

Al pari della disciplina previgente, posta la competenza delle sezioni specializzate, il riparto territoriale tra le varie sezioni è determinato secondo le ordinarie regole di competenza per territorio contenute nel codice di rito, come prevede ora espressamente il nuovo art. 4, il quale, di fatto, prevede una competenza su base regionale (come già si è accennato in precedenza), salvo stabilire, per le sezioni specializzate istituite in sedi che non siano capoluoghi di regione (di fatto la sola sezione specializzata di Brescia), la competenza relativamente alle controversie che, secondo gli ordinari criteri, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari del rispettivo distretto di corte di appello. Anche per quanto riguarda la materia cautelare, si applicheranno gli ordinari criteri di competenza per territorio di cui agli artt. 669-*ter* e seguenti c.p.c.

III. (*Segue*) IL RITO APPLICABILE E I PROBLEMI ANCORA APERTI

La novella del 2012 non ha risolto i dubbi sorti già con riferimento alla disciplina originaria in relazione alla natura delle sezioni specializzate. Il legislatore ancora una volta non ha chiarito se le sezioni specializzate in materia di impresa siano da ricondursi a mere suddivisioni interne al medesimo ufficio giudiziario, al pari delle sezioni lavoro, oppure se, invece, debbano essere qualificate come uffici giudiziari separati, al pari delle sezioni specializzate agrarie. La questione ha importanza non solo teorica, visto che, nel primo caso, il riparto tra le sezioni integrerebbe una mera questione di ripartizione degli affari interna all'ufficio giudiziario, mentre nel secondo caso ci si troverebbe di fronte ad una vera e propria questione di competenza. Sul punto, la stessa giurisprudenza di legittimità è incerta. Da un lato vi sono pronunce che optano per quest'ultima soluzione rilevando che *i*) da un punto di vista strettamente letterale, gli artt. 3, 4 e 5 del d.lgs. 168/2003 parlerebbero espressamente di competenza, *ii*) le sezioni specializzate sarebbero istituite solo presso alcuni distretti di Corte d'Appello e la relativa competenza sarebbe ultradistrettuale, *iii*) infine, la *ratio* ispiratrice sarebbe diversa rispetto a quella sottesa all'istituzione delle sezioni lavoro³. Dall'altro vi sono pronunce in senso esattamente opposto, in cui le sezioni specializzate vengono equiparate alle sezioni lavoro e alle sezioni fallimentari, stante la differenza, di disciplina e di criteri di composizione, rispetto alle sezioni specializzate in materia agraria⁴.

L'importanza pratica di tale questione è (probabilmente) destinata a diminuire, visto che, in seguito alla riforma del codice di rito operata dalla legge 69 del

2009, le decisioni in tema di competenza devono assumere la più snella forma dell'ordinanza, senza necessità di ricorrere al più complesso procedimento di cui agli artt. 189 e seguenti c.p.c. Rimane tuttora, però, una significativa differenza; se si ritenesse che si verta in tema di competenza, l'ordinanza emessa sul punto potrebbe essere impugnata solo con il regolamento necessario di competenza. Qualora, invece, si trattasse di una mera questione di riparto di lavoro degli affari interni all'ufficio, la violazione andrebbe fatta valere o ai sensi dell'art. 83-ter disp. att. c.p.c. o come motivo di nullità della sentenza stessa laddove sia violato anche l'art. 50-bis c.p.c.

Per quanto riguarda gli aspetti più specificamente processuali trova certamente applicazione, pur in assenza di espresso riferimento, la disciplina generale dei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-bis e seguenti c.p.c., ferma restando, ovviamente, la deroga alla competenza del tribunale ordinario a favore delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Sotto la vigenza dell'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust*, invece, si discuteva circa la composizione dell'organo giudicante in fase cautelare. Secondo una prima opinione, anche avanti alla Corte di Appello, in assenza di specifica previsione normativa che prevedesse la necessaria collegialità, i provvedimenti cautelari potevano essere validamente adottati dal Consigliere Istruttore nominato per la trattazione del procedimento cautelare⁵. Secondo un'altra opinione, invece, la trattazione necessariamente collegiale del procedimento avanti alla Corte di Appello avrebbe dovuto imporre analoga soluzione anche in sede cautelare⁶. Tale questione aveva significativi risvolti pratici, soprattutto in tema di competenza per la fase di reclamo, devo-

³ Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, in *Giur. it.*, 2010, p. 1365 e in *Dir. ind.*, 2010, p. 50, con nota di CASABURI.

⁴ Cass., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95.

⁵ Cfr. App. Milano 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3497, App. Milano 10 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187 e App. Milano 20

luglio 2005, in *Dir. ind.* 2005, p. 192, con nota di CRISCUOLI.

⁶ Cfr., App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di PORTINCASA, App. Roma 16 gennaio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, 284, con nota di BASTIANON, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.* 1999, I, c. 2359 e *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di GENOVESE.

luta, nel primo caso, alla medesima sezione di Corte di appello in composizione collegiale, mentre, nel secondo caso, alla competenza di altra sezione della medesima Corte oppure ad altra Corte.

La devoluzione delle controversie in materia *antitrust* alle sezioni specializzate pare aver risolto la questione. Stante il generale principio di coincidenza del giudice del cautelare con il giudice del merito, considerando inoltre che la riserva di collegialità delle sezioni specializzate è prevista solo per la fase di decisione (cfr. art. 50-*bis* c.p.c.), il procedimento cautelare, così come l'istruzione della controversia, è affidato al giudice monocratico.

IV. TUTELA CAUTELARE E PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

L'assetto delineato dalla legge *antitrust* ha indotto alcuni interpreti, soprattutto nei periodi immediatamente successivi all'emanazione della medesima legge a ritenere che AGCM e a.g.o. non solo avessero ruoli e compiti distinti, ma che l'a.g.o. fosse in qualche misura subordinata alla prima. Secondo tale opinione, rimasta peraltro minoritaria, i poteri del giudice ordinario sarebbero meramente integrativi rispetto a quelli dell'AGCM. L'opinione prevalente (e, ormai, consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza) ritiene, tuttavia, che la competenza del giudice ordinario (pur nella differenza dei ruoli svolti) sia concorrente e autonoma rispetto a quella dell'AGCM, soprattutto in considerazione della differenza di funzioni e di compiti tra organi amministrativi e giudice ordinario⁷.

Da ciò deriva, conseguentemente, che il procedimento pendente avanti all'Autorità non è pregiudiziale nei confronti dei

giudizi avanti all'a.g.o. tra privati, non essendo neppure configurabile, del resto, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. in tema di sospensione necessaria in caso di pendenza di procedimento (considerato oltre tutto che il procedimento avanti all'AGCM non ha natura giurisdizionale)⁸.

In proposito, tuttavia, va segnalato come, in tema di azione di classe, l'art. 140-*bis*, comma 6, cod. cons. (peraltro in modo analogo a quanto disposto dall'art. 16 Reg. 1/2003 per i procedimenti di rilevanza comunitaria) preveda che il tribunale possa disporre la sospensione qualora sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria dell'AGCM. Il carattere facoltativo della sospensione (unito alla specialità di tale previsione) non può che confermare, tuttavia, il summenzionato orientamento volto ad escludere un rapporto di automatica pregiudizialità della causa ordinaria rispetto al procedimento avanti all'autorità.

Indipendentemente da questo, con specifico riferimento alla materia cautelare, deve certamente escludersi che l'a.g.o. possa adottare provvedimenti cautelari intesi ad anticipare gli effetti di provvedimenti emessi dall'AGCM⁹. La misura cautelare disposta in sede civile, infatti, dovrà sempre essere strumentale e quindi funzionale ad una successiva (per quanto eventuale) pronuncia giurisdizionale di merito.

Più complicato, invece, è il rapporto tra il giudizio civile e le eventuali misure cautelari emesse a tutela della concorrenza proprio dall'AGCM, secondo quanto previsto dall'art. 14-*bis* della legge *antitrust*. Analogo problema si potrebbe porre con riferimento alle misure cautelari emesse dalla Commissione Europea in applicazione dell'art. 8 del Reg. 1/2003.

⁷ Cfr. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 (la quale, comunque, parla di "prova privilegiata"), Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, p. 1675, con nota di CANALE, App. Napoli 24 novembre 2008, App. Catania 21 settembre 2006, App. Milano 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338, App. Milano 18 luglio 1995 e App. Milano 8 ottobre 1994, entrambe editate in *Foro it.*, 1995, I, p. 276, con nota di BARONE.

⁸ In giurisprudenza cfr. App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261, con nota di POR-

TINCASA, secondo cui è da escludersi la sussistenza dei presupposti della sospensione, sia con riferimento alla pendenza del procedimento avanti all'AGCM sia in relazione alla pendenza del procedimento di impugnazione del provvedimento emesso dall'Autorità avanti al giudice amministrativo; secondo App. Roma 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362, invece, la sospensione potrebbe essere richiesta solo in pendenza del procedimento amministrativo avanti al TAR.

⁹ Cfr. App. Roma 14 gennaio 1993, *Foro it.*, 1993, I, c. 3377, con nota di VALDINA.

Si tratta, tuttavia, di poteri cautelari certamente distinti e connotati da una differente funzione (tutela dei diritti soggettivi dei soggetti privati nel caso dell'a.g.o., tutela generale della concorrenza nel caso dell'AGCM e della Commissione). Ciò presenta significative differenze sia sotto l'aspetto strettamente processuale sia sotto il profilo dei possibili contenuti del provvedimento. Innanzi tutto, differente è il potere di impulso, rimesso esclusivamente alla volontà della parte istante, avanti all'a.g.o., di carattere necessariamente officioso, invece, senza alcuna possibilità di istanza ad opera dei privati, nel caso di misure urgenti da parte di AGCM e Commissione. Fermo restando il dovere di sentire la parte destinataria dei provvedimenti, infatti, il potere di iniziativa, anche in presenza di segnalazioni o di richieste ad opera di parti private, è rimesso esclusivamente alla scelta discrezionale dell'AGCM o della Commissione. Analogamente, la diversità di funzioni incide sui presupposti per l'emissione di provvedimenti cautelari; in particolare, l'emissione di misure urgenti da parte dell'AGCM o della Commissione può essere fondata sul rischio di un danno alla concorrenza ma non sul possibile pregiudizio in capo ad un privato. Anche per quanto riguarda il possibile contenuto dei provvedimenti al giudice civile è consentito esclusivamente adottare misure volte a tutelare la specifica posizione della parte che le ha richieste, senza possibilità, invece, di imporre misure di portata generale.

Rimane fermo, comunque, il dovere del giudice italiano di conformarsi ai provvedimenti adottati in sede comunitaria (anche in via cautelare ai sensi dell'art. 8 Reg. 1/2003), come previsto dall'art. 16 del medesimo regolamento.

¹⁰ In proposito, la Corte di Cassazione, in una delle più importanti pronunce in materia antitrust, ha ritenuto sufficiente, ai fini della dimostrazione della condotta illecita, la produzione di copia del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM (cfr. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901; in senso conforme cfr. Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, Cass., 21 marzo 2011, n. 6347, entrambe in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1724.

¹¹ Cfr., sostanzialmente in questi termini Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011,

V. I REQUISITI PER LA CONCESSIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

I presupposti per la concessione di una misura cautelare sono gli stessi previsti per le ordinarie misure cautelari, vale a dire il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Ovviamente, al pari delle azioni ordinarie, per quanto riguarda la dimostrazione del primo requisito e, quindi, la verosimiglianza della sussistenza di una condotta anticoncorrenziale illecita, occorre distinguere a seconda che l'azione risarcitoria segua (c.d. azioni "follow-on") o meno (c.d. azioni "stand-alone") un preventivo accertamento della violazione delle norme *antitrust* da parte dell'AGCM. I provvedimenti dell'Autorità, infatti, per quanto non siano pregiudiziali nei confronti dell'azione risarcitoria e non esplicino efficacia di giudicato su quest'ultima, agevolano inevitabilmente la prova della condotta illecita anche, o forse soprattutto, in sede cautelare. Può discutersi se, nel giudizio di merito, per provare l'illecito sia sufficiente la produzione del provvedimento *antitrust*, come ritenuto in giurisprudenza¹⁰, seppure un po' impropriamente (visto che la Suprema Corte qualifica come "prova privilegiata" il provvedimento emesso dall'AGCM, o la decisione confermativa di tale provvedimento emessa dal giudice amministrativo, ma non specifica se ciò implichi una presunzione¹¹, una inversione dell'onere della prova¹² o un mero onere rafforzato a carico dell'impresa¹³). Certamente, invece, in sede cautelare il provvedimento emesso dall'AGCM potrà fondare l'emissione di un provvedimento cautelare. Ovviamente, l'a.g.o. non potrà valersi, ai fini civilistici, né in sede cautelare né nel giudizio di merito di un provvedimento del-

10, 1, c. 2674 con nota di PALMIERI, secondo cui non solo vi sarebbe un'inversione dell'onere della prova, ma l'impresa non potrebbe neppure contestare la sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattese dall'AGCM.

¹² Cfr. Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1724.

¹³ Cfr. Cass., 31 agosto 2011, n. 17891, in *Resp. civ. on line*, 2011, 10 e Cass., 26 maggio 2011, n. 11610.

l'AGCM la cui efficacia sia stata sospesa dal giudice amministrativo¹⁴.

Diversamente, invece, avviene qualora le azioni *follow on* siano basate su provvedimenti emessi dalla Commissione in applicazione del diritto comunitario. In tal caso, infatti, in considerazione di quanto previsto dal Reg. 1/2003, il giudice nazionale non può discostarsi dal provvedimento emesso, con conseguente incontestabilità delle violazioni ivi accertate, sia in sede di merito sia, a maggior ragione, in sede cautelare.

Per contro, nel caso di azioni promosse in assenza di provvedimenti dell'autorità (c.d. azioni "*stand-alone*"), l'attore dovrà farsi carico di un compito certamente più complesso, dovendo allegare e provare in termini di verosimiglianza i fatti costitutivi della pretesa cautelare e, quindi, l'illiceità della condotta e la potenziale lesività della stessa.

Sono doverose alcune brevi precisazioni soprattutto con riferimento alle domande cautelari strumentali ad azioni risarcitorie, in cui la sussistenza del *fumus boni iuris* presuppone la prova, in termini di verosimiglianza, della sussistenza di un danno.

Un primo problema si ha in caso di c.d. danno traslato (c.d. "*passing-on*"), il quale si realizza allorché un operatore posto in posizione intermedia nella catena economica trasferisca il danno subito da comportamenti anticoncorrenziali di un fornitore sui propri clienti. È discussa, infatti, la risarcibilità di tale forma di danno e, conseguentemente, la stessa legittimazione ad agire dei danneggiati finali. Ovviamente, qualora difetti la legittimazione in sede di merito analogo carenza si avrà anche in sede cautelare. A questo proposito, giova ricordare come la giurisprudenza, sia comunitaria che italiana, pur con specifico riferimento alle azioni di nullità, abbia riconosciuto la legittimazione ad agire dei consumatori (in definitiva, quindi, di chiunque abbia subito un

pregiudizio dalla condotta anticoncorrenziale) e, pertanto, paia aver dato risposta positiva alla stessa risarcibilità del danno traslato¹⁵.

Ulteriori problemi si hanno nel caso in cui si chieda una misura cautelare inibitoria in funzione di una successiva azione risarcitoria (come, ad esempio, nel caso di richiesta di cessazione di un comportamento anticoncorrenziale potenzialmente produttivo di un danno per il privato). Come si dirà meglio nel prossimo paragrafo, la giurisprudenza, pur negando la configurabilità di una tutela inibitoria di merito, ammette la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio strumentale ad un'azione risarcitoria o, ma è più discusso, ad un'azione di nullità. Nessun problema, ovviamente, si ha qualora si sia già prodotto un danno; in tal caso il provvedimento, finalizzato a contenere l'entità del danno, avrà contenuto conservativo rispetto alla pronuncia risarcitoria che sarà emessa nel giudizio di merito. Più problematico, invece, è il caso in cui il danno non si sia ancora verificato e il provvedimento inibitorio sia richiesto proprio per evitarne la causazione. In tal caso, infatti, il provvedimento inibitorio difetta di qualsiasi strumentalità (sia in funzione conservativa sia in funzione anticipatoria) rispetto alla futura sentenza di merito (evitando il danno, infatti, non vi potrà essere alcuna sentenza risarcitoria). Il dibattito sul punto non può certo dirsi concluso e assestato, molto dipendendo, infatti, dalla risoluzione delle ancora controverse questioni concernenti l'ammissibilità dell'azione inibitoria di merito e l'esatta definizione della nozione di strumentalità delle misure cautelare rispetto al giudizio di merito.

Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare è il c.d. *periculum in mora*, vale a dire la dimostrazione, sempre in termini di verosimiglianza, del rischio di incorrere in un pregiudizio grave e irreparabile nel tempo

¹⁴ Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Arch. civ.*, 2004, p. 210.

¹⁵ Cfr. C. giust. CE, 13 luglio 2006, cause riunite C-295 e - 298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico assicuraz.*, in *Danno e resp.*, 2007, 19 e Cass., sez.

un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014, con note di PALMIERI, PARDOLESI e SCODITTI. Cfr. anche App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 46, con note di BASTIANON e ROSSIONI.

necessario per ottenere la tutela in via ordinaria. Sul punto, tuttavia, la materia *antitrust* non presenta significative peculiarità rispetto alla disciplina ordinaria dei procedimenti cautelari.

VI. IL CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

Nel vigore della versione originaria della legge *antitrust* si discuteva se la Corte di Appello avesse una generale competenza in materia cautelare (tale cioè da poter anticipare anche gli effetti di eventuali provvedimenti inibitori da parte dell'AGCM) o se, invece, tale competenza fosse necessariamente strumentale alle controversie di merito (azione di nullità e azione risarcitoria) ad essa devolute. Dottrina e giurisprudenza erano orientate proprio in quest'ultimo senso, sulla base della necessaria strumentalità fra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito¹⁶. Simile conclusione merita conferma anche dopo l'introduzione della c.d. strumentalità attenuata delle (o meglio di alcune) misure cautelari, frutto della riforma del codice di rito operata dalla l. 80/2005. Analogamente deve ritenersi ora per le sezioni specializzate in materia di impresa, le quali hanno competenza cautelare solo in relazione alle controversie *antitrust* ad esse devolute. In caso contrario, del resto, vi sarebbe il rischio di conflitti e sovrapposizioni, soprattutto con le funzioni attribuite all'AGCM, in quanto l'a.g.o. potrebbe emettere provvedimenti in grado di interferire con quelli emessi dalla medesima Autorità.

Altro problema è quello relativo al possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza. L'originaria versione dell'art. 33 della legge *antitrust* attribuiva specificamente alla Corte di Appello la competenza ad emettere "provvedimenti d'urgenza" in relazione alle violazioni di cui ai titoli da I a IV della legge *antitrust*. Pur non essendo richiamata direttamente la norma, l'espressione utilizzata (provvedimenti d'urgenza) rimandava chiaramente ai provve-

dimenti di cui all'art. 700 c.p.c. (misura di frequente utilizzo, del resto, in questa materia). Già nel vigore di tale norma, tuttavia, si riteneva che la competenza cautelare della Corte di Appello si estendesse a qualsiasi provvedimento cautelare, purché ovviamente strumentale ad una domanda di merito azionabile avanti alla medesima Corte ai sensi dell'art. 33 legge *antitrust*¹⁷. Analoga soluzione deve ritenersi ora, stante la riproposizione della medesima formula normativa.

Si discute, inoltre, sul possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza adottabili. Analogamente all'art. 700 c.p.c., infatti, l'art. 33, nella sua versione originaria, non specificava (né avrebbe potuto specificare) quali fossero i provvedimenti concretamente adottabili dalla Corte di Appello.

Il problema è rimasto sostanzialmente immutato anche a seguito della devoluzione alle sezioni specializzate della competenza in materia *antitrust*.

Le maggiori incertezze si sono riscontrate in relazione ai provvedimenti di tipo inibitorio. Si tratta di una questione connessa alla configurabilità di provvedimenti inibitori definitivi; qualora, infatti, fosse possibile richiedere anche nel giudizio di merito un'inibitoria, allora inevitabilmente tale possibilità dovrebbe essere ammessa anche in sede cautelare, in quanto anticipatoria alla tutela di merito.

In realtà, a dire il vero dopo numerose incertezze, la giurisprudenza, pur escludendo la configurabilità di un'inibitoria di merito definitiva (vale a dire un'azione di merito avente un contenuto esclusivamente inibitorio), ritiene comunque ammissibile una tutela cautelare inibitoria purché strumentale ad una successiva azione di nullità o risarcitoria; la strumentalità della misura cautelare, infatti, si osserva sempre in giurisprudenza, non implica necessariamente anche l'identità del contenuto della misura cautelare con il possibile contenuto del successivo provvedimento di merito¹⁸.

¹⁶ Cfr. App. Catanzaro, 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359 e App. Roma 14 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3377.

¹⁷ Cfr., in giurisprudenza, App. Napoli 9 feb-

braio 1998, in *Gius.*, 1998, p. 3077 e App. Torino 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 288.

¹⁸ Cfr., in questo senso, App. Milano 5 febbraio 1996; in senso conforme a tale orientamento, pur

Ancor più discussa è l'ammissibilità di provvedimenti cautelari inibitori a contenuto positivo, vale a dire provvedimenti che incidano sull'autonomia negoziale delle parti imponendo la conclusione di contratti o l'esecuzione di specifiche prestazioni. Sono ammesse misure cautelari positive in relazione a contratti già in essere¹⁹.

Per converso, la giurisprudenza prevalente esclude l'ammissibilità di provvedimenti che impongano, in via d'urgenza, obblighi di contrarre in quanto, in assenza di una preventiva manifestazione di volontà delle parti, il giudice finirebbe per sovrapporsi indebitamente all'autonomia negoziale delle parti²⁰. Nella sostanza, in tali casi difetterebbe il necessario requisito della strumentalità della misura cautelare rispetto alla possibile sentenza di merito (non essendo configurabile, salvi i pochi ed eccezionali casi previsti per legge, la possibilità di ottenere in via giudiziale una sentenza di merito che faccia luogo di un contratto non concluso)²¹.

PAOLO COMOGLIO

Bibliografia

L. ARNAUDO, «Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale», in

Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2006, p. 983, F. CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari», in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 109, M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, C. GARILLI, «Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust», in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 855, GU. OLIVIERI, «I nuovi poteri cautelari dell'autorità garante della concorrenza e del mercato tra diritto comunitario e diritto interno», in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, 51, G. OPPO, «Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza», in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 543, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente - Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale - Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale*, Milano, 2009, Id., «Le sezioni specializzate in funzione di «giudice unico» della concorrenza», in *Dir. ind.*, 2011, p. 271, L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, M.S. SPOLIDORO, «Provvedimenti provvisori del diritto industriale», in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 359, M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, G.L. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

se con differenti sfumature, si vedano App. Milano 16 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 919, con nota di GUIZZARDI, App. Milano 23 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1187, App. Catanzaro 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359 e in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 29, con nota di GENOVESE, e App. Roma 21 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3518.

¹⁹ App. Milano 19 aprile 2005.

²⁰ Cfr., in questo senso, App. Torino 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 371, con nota di PAGNI e App. Milano, 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3393, con nota di MATRORILLI.

²¹ In questo senso si veda App. Milano 23 luglio 2005, in *Rass. dir. farm.*, 2006, p. 15.