



### **Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra *public* e *private enforcement* nel diritto antitrust**



Mario Libertini

Prof. emerito dell'Università di Roma "La Sapienza"

**SOMMARIO:** **1.** La complementarità tra *public* e *private enforcement* nel diritto antitrust. Non eccezionalità di tale modello normativo. – **2.** Le peculiarità dello sviluppo del modello nella disciplina antitrust. La vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust nei giudizi civili risarcitori. – **3.** Il problema dello standard probatorio. – **4.** Le ammende e il ruolo del massimo edittale. – **5.** L'adozione di rimedi comportamentali, da parte dell'autorità antitrust, anche a fronte di illeciti "non gravi". – **6.** I problemi aperti in materia di *private enforcement*. La possibilità di misure inibitorie giudiziarie. – **7.** Il problema della quantificazione del danno negli illeciti antitrust. – **8.** Altri problemi in tema di risarcimento del danno antitrust: legittimazione attiva, azioni collettive; legittimazione passiva, responsabilità di gruppo. – **9.** La nullità delle intese e il problema dei contratti "a valle".

#### **1. La complementarità tra *public* e *private enforcement* nel diritto antitrust. Non eccezionalità di tale modello normativo**

Vorrei muovere da una constatazione, largamente condivisa, a cui è dedicato uno scritto di alcuni anni fa: quella della necessaria complementarità fra *public* e *private enforcement*, ai fini del conseguimento dei risultati propri della disciplina di tutela della concorrenza<sup>1</sup>. Questa constatazione si fonda sul riconoscimento dell'indispensabilità,

---

<sup>1</sup> LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "Private" e "Public enforcement" in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI e

ai fini dell'accertamento di fatti tecnicamente complessi e spesso coperti da segreto, di un'azione pubblica officiosa, in grado di avvalersi anche di poteri inquisitori (in questa prospettiva ho sostenuto la superiorità del modello organizzativo dell'antitrust europeo, rispetto a quello propriamente punitivo della tradizione americana, e, in genere, della tradizione più antica delle leggi antimonopolio).

L'azione amministrativa, per essere efficace, dev'essere poi dotata non solo di sanzioni deterrenti, ma anche di poteri specifici di correzione delle distorsioni dei mercati, mediante ordini comportamentali o strutturali.

Sul fronte della deterrenza, l'esperienza del diritto antitrust ha portato però ad affermare che l'apparato di sanzioni pubblicistiche (punitive e correttive) può essere insufficiente, ai fini di una effettiva deterrenza: da qui l'indispensabilità di un *private enforcement*, atto a completare la reazione dell'ordinamento, oltre che a soddisfare gli interessi privati lesi.

Questo modello normativo di complementarità fra pubblico e privato è disciplinato con alcune norme di dettaglio nel diritto antitrust, ma non può dirsi – a mio avviso – eccezionale, sul piano sistematico<sup>2</sup>. Ritengo peraltro che esso sia espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>3</sup>, che impone la ricerca di soluzioni interpretative atte ad ammettere rimedi pienamente efficaci a tutela di diritti ed interessi giuridicamente protetti.

Nei giudizi su provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti il privato leso da un illecito dell'impresa può, dinanzi al giudice amministrativo, opporsi all'annullamento del provvedimento sanzionatorio, ma non può sollevare altre pretese. Per ottenere tutela piena dei propri interessi deve poi agire contro l'impresa dinanzi al giudice civile, per i diversi rimedi esperibili in tale sede.

Questo passaggio dal *public* al *private enforcement*, per il tramite del principio di effettività, è favorito, nel nostro ordinamento, dalla presenza di clausole generali, che consentono di dare immediato, complementare rilievo privatistico (in termini di nullità o di risarcimento del danno) alla violazione di norme pubblicistiche. Ciò vale anche al di fuori dei giudizi antitrust.

Ciò premesso, procederò ora ad una rapida rassegna di quelli che a me sembrano punti salienti e, per qualche aspetto, problematici del rapporto (sinergico) tra *public* e *private enforcement* nella disciplina antitrust.

---

ZOPPINI, Bologna, 2010, 171 ss.

<sup>2</sup> Cfr. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, 63 ss.

<sup>3</sup> V., da ultimo, Consiglio di Stato – Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa TALLARO, NASINI, *Il principio di effettività delle tutele giurisdizionali: azioni, rimedi e tecniche di tutela nel processo civile e in quello amministrativo*, 21 novembre 2023.

## 2. Le peculiarità dello sviluppo del modello nella disciplina antitrust. La vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust nei giudizi civili risarcitori

La complementarità di carattere sistematico, di cui si è detto, è rafforzata, nella disciplina antitrust, con le note norme sulla vincolatività dell'accertamento amministrativo dell'illecito antitrust (art. 16 Reg. 1/2003; art. 7, d.lgs. 3/2017). Per l'art. 16 Reg. non solo è vincolante il provvedimento definitivo della Commissione europea, ma è prevista anche la sospensione facoltativa (peraltro, raccomandata dalla norma) del giudizio civile, in caso di pendenza di procedimento con lo stesso oggetto dinanzi alla Commissione. Quest'ultima norma non è ripetuta per i provvedimenti dell'autorità nazionale e non può essere estesa per analogia.

La norma sulla vincolatività dell'accertamento amministrativo è oggi ritenuta – dopo diversi dubbi iniziali – costituzionalmente legittima, in quanto i provvedimenti dell'autorità amministrativa sono soggetti a sindacato pieno di legittimità da parte del giudice amministrativo, sicché il diritto di difesa dell'impresa interessata è adeguatamente tutelato<sup>4</sup>: i giudizi di risarcimento *follow-on* sono così molto facilitati (sempre in omaggio all'effettività della tutela giurisdizionale), mentre il diritto di difesa dell'impresa è adeguatamente tutelato dall'assetto complessivo dei rimedi giurisdizionali. La vincolatività dell'accertamento definitivo dell'AGCM ha ad oggetto l'illecito (comprensivo dei profili dell'antigiuridicità e – di norma, quando siano state irrogate sanzioni amministrative pecuniarie – anche della colpevolezza). Rimane invece pertinente al giudizio civile l'accertamento del nesso di causalità e del *quantum* del danno.

In sostanza, può oggi affermarsi un'analogia della norma antitrust qui commentata con l'art. 651 c.p.p., che sancisce l'efficacia vincolante, nel giudizio civile, del giudicato penale, quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità e alla sua imputazione al soggetto condannato.

Questo accostamento consente di mettere in evidenza un profilo essenziale, che sorregge – a mio avviso – la *ratio* della norma sulla vincolatività: il fatto che l'accertamento dell'illecito antitrust sia il risultato di procedimenti caratterizzati da standard valutativi<sup>5</sup> e probatori molto rigorosi, analogamente a quanto si richiede nei procedimenti penali.

Su questo profilo, a mio avviso, dev'essere puntata l'attenzione dell'interprete.

---

<sup>4</sup> Sul tema v., per tutti, PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1140 ss.

<sup>5</sup> In questo senso si è espressa una sentenza ormai celebre (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990), che ha sancito che il sindacato di legittimità sui provvedimenti di condanna dell'AGCM dev'essere concepito come un sindacato pieno di "maggiore attendibilità" delle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM rispetto a contrapposte tesi emerse nel corso del procedimento. Questa tesi (che però non può dirsi ancora consolidata) non è direttamente rivolta allo standard probatorio, ma implicitamente porta argomenti a favore della tesi che esige uno standard rigoroso.

### 3. Il problema dello standard probatorio

Per quanto si è detto, il carattere vincolante dell'accertamento amministrativo (in quanto divenuto definitivo) dovrebbe fondarsi sul rispetto di uno standard rigoroso sull'onere della prova<sup>6</sup>.

Sul punto c'è oggi un forte contrasto nella giurisprudenza italiana, ma anche in quella europea<sup>7</sup>.

In proposito, si deve ricordare anzitutto che il diritto europeo detta una norma espressa sulla distribuzione dell'onere probatorio (art. 2, Reg. 1/2003<sup>8</sup>), senza però distinguere fra accertamenti amministrativi (per i quali, più che di "onere della prova" si dovrebbe parlare di "adeguata istruttoria", dato che la raccolta delle prove si realizza an-

<sup>6</sup> La preferibilità dello standard probatorio rigoroso è stata anche argomentata in termini di analisi economica del diritto, con la considerazione dell'esigenza di dare maggior peso al pericolo di "falsi positivi" che non a quello di "falsi negativi" [MUNGAN, WRIGHT, *Optimal standards of proof in antitrust*, in *International Review of Law and Economics*, 71 (2022) 106083].

<sup>7</sup> V. gli opposti standard applicati da TAR Lazio, sez. I, 13 giugno 2023, n. 10044 (standard rigoroso), e da Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2023, n. 7273 e sentenze parallele in pari data (standard probabilistico). Sul punto v. la mia nota, in *Giornale del diritto amministrativo*, 2023, 669 ss.

Dev'essere peraltro sottolineato che il precedente del Consiglio di Stato, sopra citato, non è indicativo di un orientamento costante del Consiglio stesso. V., p.e., in contrasto, Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2023, n. 7153 (praticamente contestuale alla sentenza precedentemente citata), che – occupandosi della rilevanza nei procedimenti antitrust degli accertamenti del giudice penale, così afferma: "lo standard probatorio è identico nei due procedimenti, in quanto anche nel giudizio amministrativo sulle sanzioni dell'Autorità va osservato, secondo la giurisprudenza europea, il criterio dell'any reasonable doubt (oltre ogni ragionevole dubbio) e non quello del "più probabile che non" proprio dei procedimenti civili ovvero quello della maggiore attendibilità, escludendo ogni forma di ingiustificata presunzione (Corte giust. UE, 21 maggio 2017, C-621/2015)".

Le oscillazioni del giudice amministrativo italiano non sono isolate. Un contrasto simile a quello sopra segnalato, ma a parti invertite, si registra nella giurisprudenza europea, ove Corte Giust. UE, sez. VII, 28 novembre 2019, C-593/18 P, *ABB Ltd*, annulla una decisione della Corte Generale in nome del principio della presunzione di innocenza.

VAN CLEYNENBRUEGEL, *The Commission's Burden of Proof in Article 101(1) TFEU: Evidentiary Shortcuts Cut Short?*, in *Competition Policy International*, Dec. 12, 2019, nota che sul punto gli orientamenti giurisprudenziali sono incerti e che si auspica una pronuncia della Grande Sezione.

Peraltro, la Grande Sezione si è pronunciata di recente sullo standard probatorio in materia di concentrazioni, sostenendo la tesi secondo cui l'accertamento delle limitazioni della concorrenza (e, con essa, il diniego di autorizzazione) può effettuarsi con criteri probabilistici, mentre il Tribunale – rifacendosi, sostanzialmente, ai criteri della sentenza *Airtours* del 2002, aveva annullato il diniego della Commissione, richiedendo uno standard rigoroso (Corte Giust., Grande Sez., 13 luglio 2023, C-376/20 P, *CK Telecoms*).

<sup>8</sup> "In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte".

che mediante l'esercizio di poteri inquisitori dell'Autorità) e procedimenti giudiziari, che rimangono governati dal principio dispositivo.

Il cons. 5 del Reg. 1/2003 sancisce poi che *“Il presente regolamento non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario”* [enfasi aggiunta]. Quindi, ferma restando la distribuzione dell'onere della prova, è dato spazio ai diritti nazionali per quanto riguarda gli standard da rispettare<sup>9</sup>, ma con il vincolo della compatibilità con i principi del diritto europeo.

In sostanza, il regolamento dice (sia pure in un considerando) che gli standard probatori da rispettare devono essere individuati facendo capo a principi generali dell'ordinamento europeo.

Nel diritto europeo, questi principi di riferimento sembrano intuitivamente diversi per i procedimenti amministrativi sanzionatori (inquisitori) e per i procedimenti giudiziari *stand-alone*, governati dal principio dispositivo. Nel primo caso, l'onere (autorità di concorrenza) può acquisire mezzi di prova con i poteri inquisitori di cui dispone, nel secondo caso no. Pertanto, nei procedimenti amministrativi sanzionatori, il riferimento di principio – a prima vista – è costituito dalla presunzione di innocenza (le norme san-

---

<sup>9</sup> È stato notato che la distinzione tra onere e standard probatorio, a cui si riferisce il cons. 5 del regolamento, è familiare ai giuristi di *common law*, insieme con la relativa distinzione fra diversi standard, più o meno rigorosi (penalistico, amministrativistico, civilistico). Questi ultimi sono concepiti come norme di diritto, la cui violazione pone un problema di legittimità della decisione che su tale apparato probatorio si fonda. La distinzione, invece, non è consueta per i giuristi di diritto continentale, fra i quali domina l'idea che è sufficiente individuare il soggetto onerato e poi affidare la valutazione delle prove acquisite al processo al libero convincimento del giudice (GIPPINI FOURNIER, *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases*, in 33 *World Competition*, 187 ss. [2010]). Con la conseguenza che la valutazione delle prove, nei diritti continentali, è tendenzialmente vista come una questione di fatto, anche se poi, in realtà, il sindacato di legittimità sull'adeguatezza probatoria è normalmente incisivo, in ordine allo standard effettivamente seguito (in Italia anche con la creazione, nella giurisprudenza antitrust del giudice amministrativo, di regole giurisprudenziali come quella che distingue fra indizi “endogeni” ed “esogeni”). Questo substrato culturale va tenuto presente per comprendere le oscillazioni del diritto europeo e dei diritti nazionali continentali in questa materia. Tuttavia, proprio l'incisività del controllo di legittimità che viene operato dai giudici europei e nazionali, anche mediante l'impiego di uno strumento duttile come l'eccesso di potere per insufficienza istruttoria, rende opportuno, a mio avviso, l'impiego consapevole dello strumento concettuale della diversità di standard probatori, come insieme di *regole legali diversificate* sulla valutazione delle prove da parte dell'autorità amministrativa prima e del giudice poi. Si deve però precisare che appare ben argomentata la posizione dell'autore sopra citato (GIPPINI FOURNIER), secondo cui non si deve attribuire agli standard probatori, che portano verso un'analisi atomistica dei singoli elementi raccolti, un valore assoluto rispetto a quello della valutazione sintetica della persuasività delle prove da parte del giudice, sicché il giudizio di legittimità sulla valutazione delle prove dovrebbe esprimere una sintesi dei due approcci.

zionatorie antitrust hanno “natura penale” per il loro livello di gravità, secondo i “criteri Engel” della CEDU<sup>10</sup>) e pertanto si dovrebbe applicare lo standard penalistico (“al di là di ogni ragionevole dubbio”). Nel secondo caso si dovrebbe invece applicare lo standard civilistico, in cui il riferimento costituzionale è dato dal principio di effettività del diritto di difesa, di cui all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE; in questa prospettiva, tenuto conto della complessità dei fatti da provare e delle difficoltà, per l’attore privato, di reperire le informazioni necessarie, può richiamarsi l’orientamento giurisprudenziale domestico in materia di responsabilità extracontrattuale (“più probabile che non”, che – nella versione italiana – è un passo avanti rispetto al *balance of probabilities* della tradizione di *common law*, e spesso si assimila a un giudizio di mera plausibilità, purché fondato su diversi indizi).

Non mi sembra che dalla giurisprudenza europea emergano però indicazioni nette ed univoche nel senso della dicotomia sopra delineata e, soprattutto, nella definizione dello standard richiesto nei procedimenti amministrativi sanzionatori. In dottrina qualcuno ha ritenuto<sup>11</sup> che la giurisprudenza meno recente sia stata propensa ad applicare lo standard del “*balance of probabilities*” (*Rhône Poulenc* T 1/89), ma progressivamente si sia spostata, tendenzialmente, sullo standard del “*lack of reasonable doubt*” (*JFE Engineering Corporation* T-67/00). Altre analisi ritengono, più plausibilmente, che vi sia una alternanza fra standard *low*, *middle* e *high*, senza che possa segnalarsi una prevalenza di una tendenza sull’altra nel tempo<sup>12</sup>. Importante è certamente il caso *Intel*<sup>13</sup>, che però è concentrato, in effetti, sul profilo della valutazione della prova contraria offerta dall’impresa accusata di illeciti antitrust e, imponendo un approfondito esame della prova contraria, suona in senso critico rispetto ad un orientamento seguito dalla Commissione, per cui lo standard probatorio sulla controprova dei guadagni di efficienza è, praticamente, proibitivo con riguardo all’art. 102<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Questo orientamento è confermato anche in contesti estranei al diritto europeo. Cfr. CROSWELL, *Competition Law: an Exception to Human Rights?*, in 52 *Hong Kong Law Journal*, 513 [2022]. Malgrado ciò, diversi ordinamenti (da UK al Canada) negano l’applicabilità dello standard probatorio penalistico ai casi antitrust. Inoltre, è stato notato che l’adozione di uno standard probatorio penalistico ha portato, in alcuni ordinamenti (Olanda), al risultato di un sostanziale svuotamento della norma sul divieto di abuso di posizione dominante. Cfr. VAN DEN BOOM e aa., *Towards Market Investigation Tools in Competition Law: The Case of Netherlands*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2023, 553 ss.

<sup>11</sup> CERAOLO, *Some thoughts on the standard of proof in competition wrongdoings*, Bird & Bird, Oct. 17, 2023.

<sup>12</sup> NEW YORK LAW SCHOOL, *European Union Competition Law - Evidentiary Standards*.

<sup>13</sup> Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel*.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ, *Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The Intel judgment*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2019, 7.



Anche a livello comparatistico mancano, comunque, indicazioni univoche (anche ordinamenti che riconoscono natura criminale agli illeciti antitrust poi riconoscono, talora, standard probatori probabilistici<sup>15</sup>).

Personalmente, non credo che un orientamento rigoristico possa essere accolto in termini generali, perché ciò avrebbe il risultato di depotenziare l'intero *public enforcement* antitrust.

Si deve infatti considerare che le norme di condotta in materia di concorrenza fanno ricorso a nozioni indeterminate, sicché il giudizio sull'applicazione della norma si compone di un profilo interpretativo della norma stessa che prevede la fattispecie di illecito e di un profilo strettamente fattuale (la commissione o meno di certe condotte).

Sotto il primo profilo, relativo alla "concretizzazione" della nozione giuridica indeterminata (pratica concordata, abuso ecc.), è inevitabile il ricorso a quelle che, nella terminologia processualistica, si chiamano "massime di esperienza", che la giurisprudenza ritiene applicabili anche in sede penale o disciplinare<sup>16</sup> e la dottrina tedesca concettualizza in termini di *Fallgruppen*. Il tema è discusso, nella dottrina antitrust, nella prospettiva delle presunzioni giudiziali di infrazione. Queste sono implicitamente ammesse dalla previsione delle intese restrittive "per oggetto". La nozione può essere estesa alle presunzioni (giudiziali) di effetto restrittivo attuale o potenziale di certe condotte tipizzate (p.e. sconti fedeltà, prezzi predatori ecc.). Quindi la presunzione giudiziale riguarda gli effetti anticoncorrenziali tipici, definiti in sede di concretizzazione della "clausola generale". In questi termini è legittima e non viola la presunzione di innocenza.

Non credo, in conclusione, che nei procedimenti antitrust possa applicarsi integralmente lo standard probatorio penalistico, sorto storicamente in funzione di un sistema di norme di condotta caratterizzato da fattispecie criminali ben definite.

Si deve però evitare un grave equivoco. Il sistema del diritto antitrust richiede il ricorso a presunzioni giudiziali ai fini della concretizzazione delle diverse nozioni indeterminate che caratterizzano i testi normativi. Non si tratta però di presunzione del fatto in sé dell'intesa o dell'abuso e della relativa imputazione. Con riferimento a questi profili può in effetti riaffermarsi lo standard penalistico dello "al di là di ogni ragionevole dubbio", con insufficienza di uno scenario meramente probabilistico<sup>17</sup>. Si può dubitare della correttezza dell'uso corrente della figura dell'illecito "complesso, unitario e continuato" con conseguente abbassamento dell'onere probatorio.

Quindi non v'è contraddizione, contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina<sup>18</sup>, nel fatto che la giurisprudenza europea talora ammetta presunzioni (giudiziali), come per la *parental liability* o per i *contatti qualificati*, e altre volte censuri il ricorso a

<sup>15</sup> Cfr. CROSSWELL (nt. 10).

<sup>16</sup> Cass. civ., ss.uu., 19 aprile 2022, n. 12446. Sul piano penalistico, p.e., Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2023, n. 46412.

<sup>17</sup> Quanto esposto nel testo sembra conforme alla distinzione proposta da GIPPINI FOURNIER (nt. 9) fra prova dei *personal acts* e prova delle *economic consequences* di tali atti.

<sup>18</sup> VAN CLEYNENBREUGEL (nt. 7).

presunzioni giudiziali (come nell'estensione dell'illecito "per oggetto" nel caso *ABB*, C-593/18).

Tutto ciò attiene comunque al *public enforcement* e non esclude che possa ammettersi invece uno standard probatorio facilitante, di carattere probabilistico, per le azioni giudiziarie *stand alone*.

#### 4. Le ammende e il ruolo del massimo edittale

Un secondo punto critico, sul versante del *public enforcement*, riguarda il tema dell'ammontare delle sanzioni pecuniarie, nel quale le autorità antitrust sono, da diversi anni, orientate verso una politica di massima deterrenza e quindi di quantificazione tendenzialmente elevata delle ammende.

Sul punto, com'è noto, le autorità godono di amplissima discrezionalità. Tuttavia, il corretto esercizio di questa discrezionalità dovrebbe tenere conto del fatto che la deterrenza antitrust, a livello di sistema, è perseguita mediante la combinazione di sanzioni pecuniarie amministrative e sanzioni risarcitorie private. Ciò dovrebbe portare ad una moderazione della sanzione quando vi è ragionevole probabilità di elevate condanne di risarcimento del danno, e viceversa.

In generale, c'è poi da ripristinare una più corretta applicazione del criterio di proporzionalità, con la restituzione del massimo edittale (10% del fatturato) alla sua funzione originaria di sanzione contro gli illeciti più gravi, con la conseguenza che, per i casi di minore gravità, l'ammontare della sanzione dev'essere fissato in una cifra proporzionalmente più bassa rispetto al massimo edittale. Invece, com'è noto, un'interpretazione prospettata dalla Commissione UE e condivisa dall'AGCM ha qualificato il massimo edittale di legge come una semplice "soglia di contenimento", atta a mitigare una sanzione che, sulla base di supposti criteri *praeter legem*, autonomamente affermati dalle autorità antitrust<sup>19</sup>, dovrebbe essere molto più alta di quella raggiungibile con il massimo edittale.

Questo orientamento, fortemente discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di legalità delle sanzioni punitive, sembra, per la verità, in corso di revisione. Diverse pronunce del Consiglio di Stato<sup>20</sup> hanno di recente annullato provvedimenti AGCM di irrogazione di sanzioni determinate al massimo edittale, ravvisando l'arbitrarietà del criterio di determinazione dell'ammontare della sanzione stabilito con riferimento ad un massimo virtuale, non fondato sulla legge ma su un diverso criterio di "effettiva de-

---

<sup>19</sup> Orientamento avallato anche dalla giurisprudenza amministrativa: v. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570. Per la critica, a mio avviso condivisibile, a questo orientamento, v. FABBIO, *Massimo edittale e imprese monoprodotta nella prassi sanzionatoria dell'AGCM*, in *Giornale del diritto amministrativo*, 2016, 427 ss.; nonché FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, 570 ss., ove la tesi è sviluppata ed arricchita di riferimenti comparatistici.

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2023, n. 2823; 22 marzo 2023, nn. 2906 e 2929.



terrenza”, con conseguente riduzione del massimo edittale di legge a limite da rispettare in funzione di mitigazione di quella che sarebbe dovuta essere la giusta sanzione; “*con il paradossale risultato – come rilevano le sentenze recenti – che maggiore è la gravità della condotta, maggiore può risultare il vantaggio che il trasgressore ricava*”.

Si potrebbe dunque concludere nel senso che vi è stato ormai un giusto *revirement* in questa materia, anche se rimane singolare che le sentenze recenti non dichiarino il verificarsi di questo *revirement* in modo esplicito e generale e non mettano in luce le ragioni di debolezza, anche sul piano costituzionale, del precedente orientamento.

## 5. L'adozione di rimedi comportamentali, da parte dell'autorità anti-trust, anche a fronte di illeciti “non gravi”

Un terzo punto meritevole di attenzione, sul piano del *public enforcement*, riguarda la possibilità, per l'Autorità, di irrogare sanzioni inibitorie (i.e. ordini comportamentali), non solo in aggiunta alle sanzioni pecuniarie, ma anche a fronte di infrazioni “non gravi”, che danno tuttavia luogo a situazioni oggettivamente antiggiuridiche. Si pensi a varie situazioni di parallelismo consapevole, non accompagnate da prove sicure di dolo o colpa<sup>21</sup>. In tal caso, potendo l'Autorità procedere all'irrogazione di rimedi specifici (anche inibitorie “positive”), senza imporre sanzioni pecuniarie, l'onere probatorio sarebbe, ovviamente, alleviato, e con esso il rischio di contenziosi successivi.

Questa possibilità di irrogare sanzioni inibitorie senza ricorrere a sanzioni pecuniarie, che era largamente praticata nei primi anni di attività dell'AGCM, oggi è divenuta inusuale. Anzi, l'attuale testo dell'art. 15 della l. 287/1990 è meno chiaro del testo originario, nel consentire questa soluzione (l'attuale comma 1-bis potrebbe essere interpretato nel senso della necessità che l'inibitoria sia accompagnata da una sanzione pecuniaria). Tuttavia, esso non impedisce di affermare un'interpretazione in continuità, anche per coerenza con il Reg. 1/2003, che, all'art. 7, attribuisce alla Commissione il potere di emanare ordini comportamentali (o addirittura strutturali) per far cessare una infrazione, e all'art. 23 sancisce che l'accertamento dell'infrazione può essere accompagnato da ammende quando l'infrazione stessa sia stata commessa “intenzionalmente o con negligenza”.

In ogni caso, può dirsi che l'evoluzione normativa (soprattutto a seguito della direttiva 2019/1, c.d. ECN+) ha dato crescente centralità ai provvedimenti specifici delle autorità antitrust, rispetto alle sanzioni pecuniarie, così come auspicato da tempo, almeno da una parte della dottrina, e implicitamente ammesso dalla previsione, già nel testo originario delle norme, di decisioni inibitorie. Oggi il già richiamato art. 15 della l. 287 (modi-

<sup>21</sup> Una corrente interpretativa di minoranza (avviata, nel lontano 1969, da Pietro Trimarchi, e condivisa da chi scrive) ha proposto di applicare a tali situazioni la norma sull'abuso di posizione dominante collettiva, con susseguente irrogazione di rimedi comportamentali. V., come più recente, FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle società*, 2018, 567 ss.

ficato in attuazione della dir. 2019/1) sancisce espressamente che “l’Autorità può imporre qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all’infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l’infrazione commessa”.

Anche se molti provvedimenti AGCM conservano la struttura tradizionale (cioè contengono un semplice ordine di cessazione, accompagnato da una sanzione amministrativa pecuniaria), essi hanno in ogni caso un contenuto pregnante (l’ordine rivolto alle imprese è “che si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell’infrazione accertata”, con conseguente necessità di accertare in futuro l’analogia).

Anche se statisticamente minoritarie, sono però ormai tutt’altro che eccezionali decisioni incentrate su obblighi di fare, talora con ordini di *facere* puntuali (come nel caso Leadiant), talaltra con ordini di *facere* di contenuto complesso: mi riferisco ai casi Amazon e Meta/Siae, che sono esemplari, al di là di ogni giudizio sul merito, che è, al momento, *sub judice*.

Il punto di arrivo di questa evoluzione, volta ad ampliare l’ambito di applicazione di rimedi comportamentali specifici nel diritto antitrust, può vedersi poi nell’art. 1, c. 5, d.l. 10 agosto 2023, n. 104, conv. con l. 9 ottobre 2023, n. 136. Questa norma, che prende ad esempio soluzioni già adottate nella legislazione britannica e in quella tedesca, consente all’Autorità antitrust di intervenire in qualsiasi mercato<sup>22</sup> con misure inibitorie, anche positive<sup>23</sup>, per correggere distorsioni della concorrenza pregiudizievoli per i consumatori, senza necessità di accertare la colpevolezza delle imprese coinvolte e senza irrogare ammende.

Con questa riforma il diritto antitrust si allontana ulteriormente dal modello originario, strettamente punitivo, per assumere sempre più la fisionomia di uno strumento di regolazione correttiva, su base oggettiva, di disfunzioni dei mercati. Si tratta di un’evoluzione che pone problemi tecnici ed applicativi immensi, ma che, a mio parere, deve essere guardata con favore e assecondata con impegno dagli interpreti.

<sup>22</sup> L’interpretazione estensiva della disposizione è stata avallata da Cons. Stato, sez. I, 29 gennaio 2024, n. 61.

<sup>23</sup> “Se in esito a un’indagine conoscitiva condotta ai sensi dell’articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza”.

## 6. I problemi aperti in materia di *private enforcement*. La possibilità di misure inibitorie giudiziarie

Passando ora ai (numerosi) problemi aperti in materia di *private enforcement*, vorrei iniziare, proprio per connessione con il punto da ultimo tracciato in materia di *public enforcement*, dal problema dell'ammissibilità di misure inibitorie giudiziarie contro gli illeciti antitrust. Il punto è stato oggetto di discussione, perché l'art. 33, l. 287/1990, menziona, come possibili rimedi giudiziari, solo le "azioni di nullità e di risarcimento del danno".

La risposta positiva al quesito sull'ammissibilità di inibitorie giudiziarie (anche nella figura dell'inibitoria condizionata, o "positiva" che dir si voglia) era già preferibile, sulla base di argomenti sistematici relativi alla generalità del rimedio<sup>24</sup>. Ritengo però che essa sia oggi rafforzata dal sopra segnalato ampliamento dell'ambito di applicazione delle inibitorie amministrative. Non si può ammettere, infatti, che gli illeciti antitrust che, per qualsiasi motivo, non giungono all'esame dell'autorità amministrativa, godano poi di un regime di minor rigore per ciò che riguarda le sanzioni (a parte, ovviamente, la sottrazione al rischio di ammende). Una simile soluzione contrasterebbe con il principio che sancisce il dovere degli Stati membri di dotarsi di rimedi efficaci di *private enforcement*, atti a realizzare una piena complementarità con il versante pubblicistico.

L'assetto normativo qui considerato pone, inoltre, il problema se, in caso di inottemperanza ad ordini comportamentali irrogati dall'Autorità, l'unico rimedio sia l'apposito procedimento amministrativo sanzionatorio o se siano esperibili anche rimedi privatistici. Problema analogo si pone per il caso di inottemperanza ad impegni accettati e resi vincolanti dall'Autorità.

A mio avviso il principio di complementarità, da cui prendono le mosse queste note, impone di accogliere la soluzione affermativa, nel senso di ammettere non solo il rimedio risarcitorio, ma anche rimedi specifici.

La soluzione, però, non è pacifica. È nota la costruzione dogmatica, elaborata dalla giurisprudenza della Cassazione civile, che distingue tra regole di comportamento (intese come regole relative all'attività pre- e postnegoziale delle parti) e regole di validità<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Cfr. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 493-494. Si consideri, peraltro, che l'annosa disputa sulla tassatività o generalità della tutela inibitoria sembra ormai chiusa a favore della tesi della generalità, anche se parte della dottrina civilistica, pur non contestando questa conclusione, tende ancora a limitare l'applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (v., da ultimo, D'ADDA, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni "sparse"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, II, 1384 ss.).

<sup>25</sup> La costruzione dogmatica, pur avendo origini dottrinali (viene ricordato, in particolare, l'insegnamento di Giorgio Oppo), ha acquisito importanza decisiva per il consenso ad essa prestato dalle sezioni unite della Cassazione (Cass., sez. un., 19.10.2007, n. 26724 e 26725) e poi confermato dalla giurisprudenza successiva della S.C. [v. Cass., 17.9.2013, n. 21255 § 3.1 (che concettualizza ulteriormente, definendo le "regole di comportamento" come "regole di rapporto" e le "regole di validità" come "regole di fattispecie"); Cass., 31.7.2017, n. 19016; Cass., 11.5.2018, n. 11543; Cass.,

(queste ultime intese come regole attinenti alla struttura dell'atto negoziale) e sostiene che la violazione delle prime comporta solo una sanzione risarcitoria, mentre la violazione delle seconde comporta una sanzione invalidatoria. Questa tesi, che comunque limiterebbe ma non negherebbe del tutto una rilevanza privatistica dell'inottemperanza agli ordini comportamentali antitrust, ha dato luogo a molte critiche dottrinali<sup>26</sup> e non è ora costantemente condivisa da parte della stessa giurisprudenza della S.C.<sup>27</sup>.

Personalmente, sono per l'applicazione ampia dei rimedi privatistici, compresa la sostituzione automatica di clausole. Può qui richiamarsi la discussione sull'integrazione dei contratti nei settori soggetti a regolazione amministrativa e il rilievo per cui il contratto, nei mercati regolati, va visto come un tassello del meccanismo complessivo del mercato, che la legge intende regolare sul piano dell'efficienza e dell'equità; da qui l'incisività degli interventi correttivi delle autorità di regolazione, che sarebbero inconcepibili rispetto al contratto individuale, visto come occasionale esercizio del potere di disposizione del proprio patrimonio, da parte del contraente<sup>28</sup>.

Non ci dovrebbero essere perplessità – a seguito del segnalato ampliamento dei poteri di regolazione correttiva dell'Autorità antitrust, sull'esistenza di un fondamento normativo primario in ordine al potere dell'Autorità di integrare/correggere i contratti che sono stati utilizzati per compiere infrazioni alle norme di concorrenza. Non dovrebbe dunque esserci difficoltà nel riconoscere al giudice un potere ampio di integrazione/correzione dei contratti stessi, a fronte di ordini correttivi sufficientemente determinati da parte dell'Autorità e non rispettati dalle imprese destinatarie.

---

14.10.2019, n. 25785] e da quella di merito (v., come più recente, Trib. Roma, 3.12.2019, in *Pluris*), e fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, 8.4.2019, n. 2265)]. V. anche, di recente, Trib. Napoli Nord, 28 luglio 2023, n. 3491, in *One Legale*: l'obbligo di lealtà e correttezza non assurge a norma imperativa, ma integra una regola comportamentale che, in caso di violazione, può essere fonte esclusivamente di responsabilità risarcitoria. Il tema coinvolge inevitabilmente il dibattito sorto in giurisprudenza sulle conseguenze patologiche della violazione delle regole di condotta da parte degli intermediari finanziari e sulla distinzione non sempre chiara tra le due categorie di regole.

<sup>26</sup> V., p.e., IMBRUGLIA, *MiFID II e l'adeguatezza del servizio del risparmio gestito*, in *Studium Iuris*, 2019, 856 ss.

<sup>27</sup> Cass. civ., sez. II, 14.02.2022, n. 4715, in un reciso *obiter dictum* (§§ 8.14 e 8.15) afferma che la distinzione è stata ormai superata (in un caso in cui, in sostanza, la conclusione, quella dell'irrogazione di una somma a titolo di risarcimento per violazione dell'art. 1337 a fronte di un contratto concluso ed eseguito, poteva dirsi invece ben coerente con la distinzione di principio).

<sup>28</sup> V., per tutti, l'ampia trattazione di FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 2021. Anche in questa materia si registrano tentativi di limitare l'espansione di nuovi principi. V., p.e., FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 310 ss. (che attribuisce agli ordini delle autorità di regolazione una funzione non direttamente integrativa/sostitutiva del contratto ma l'effetto di un obbligo di conformazione del contratto a carico delle parti). Si tratta comunque di variazioni sul tema, che non contestano, in linea di principio, l'affermarsi di un "diritto privato regolatorio".

In altri termini, i provvedimenti di regolazione correttiva dell'AGCM dovrebbero avere la stessa rilevanza, sul versante privatistico, che viene ormai attribuita ai provvedimenti regolamentari delle autorità di regolazione di settore.

## 7. Il problema della quantificazione del danno negli illeciti antitrust

In ordine ai riflessi privatistici delle infrazioni alle norme antitrust, è noto che l'UE ha dettato una disciplina dettagliata sul versante risarcitorio, mentre sul versante dell'invalidità dei contratti manca invece, finora, un quadro normativo europeo, a parte l'indicazione di principio della nullità di pieno diritto delle intese anticoncorrenziali, di cui all'art. 101.2 TFUE.

È una situazione inversa a quella che viene di solito segnalata nel diritto civile generale. Tuttavia, anche sul versante del risarcimento del danno rimangono ancora diversi problemi aperti.

Il problema principale, in tal senso, riguarda la quantificazione del danno risarcibile: su questo tema la direttiva europea è rimasta legata ai criteri tradizionali di determinazione del danno patrimoniale, senza considerare le peculiarità e le difficoltà che nascono in sede di liquidazione del danno subito da un'attività d'impresa.

È poi da considerare la presunzione legale di danno causato dai cartelli, di cui all'art. 14 c. 2 d.lgs. 3/2017, che finora ha rivelato una portata pratica limitata<sup>29</sup>. L'orientamento giurisprudenziale sul punto meriterebbe però un riesame. La presunzione legale di danno traduce una massima di esperienza per cui, in presenza di un cartello, i prezzi dei beni o servizi interessati sono più alti di quanto sarebbero stati in mancanza del cartello stesso. Questa presunzione dovrebbe essere presa sul serio<sup>30</sup>, sì da giustificare la pretesa dell'acquirente dei beni o servizi oggetto del cartello di ottenere, salvo prova contraria da parte del presunto danneggiante, il risarcimento di un danno liquidato sulla base dell'incremento medio dei prezzi, dovuto al cartello (accertato in questi termini mediante CTU).

L'art. 17 della direttiva contempla poi espressamente, a parte la presunzione di danno, che è limitata ai cartelli, la possibilità di "stima giudiziale" quando "è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili".

La legge nazionale si è limitata a richiamare, sul punto, l'art. 1226 c.c. sulla liquidazione equitativa del danno. La CGUE<sup>31</sup>, però, ha giustamente interpretato in modo estensivo l'art. 17 della direttiva, sancendo che la "stima giudiziale" può essere effettuata dal giudice anche nei casi in cui si sia realizzata una piena simmetria informativa fra le parti, ma una stima esatta del danno risulti ugualmente impossibile o eccessivamente difficile.

<sup>29</sup> V., p.e., l'articolata sentenza di Trib. Napoli, 30 agosto 2023, ne *Il caso.it*, in una delle cause sul cartello del "cartoncino", che praticamente svuota la presunzione stessa.

<sup>30</sup> Come sembra indicare Corte Giust. UE, sez. I, 22 giugno 2022, C-267/20, *Volvo/DAF Trucks*.

<sup>31</sup> Corte Giust. UE, sez. II, 16 febbraio 2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer SL*.

Questo caso è tutt'altro che infrequente. Le oscillazioni giurisprudenziali sono state eccessive, soprattutto in materia di *margin squeeze*. Il punto cruciale è che, nella realtà dinamica dei mercati, gli abusi escludenti si traducono in una perdita di *chance* di entrata, permanenza o crescita nel mercato, in capo alla parte lesa<sup>32</sup>. Il tutto si traduce nella costruzione probabilistica di uno “scenario controfattuale” e di determinazione dei risultati positivi (con criterio patrimoniale o reddituale) che la parte lesa avrebbe potuto conseguire, da bilanciare poi fra una cifra assoluta ed una correzione percentuale, legata al grado di probabilità. In pratica, si ricorrerà sempre ad un criterio finale equitativo<sup>33</sup>.

Ma anche il criterio equitativo dovrebbe avere una sua razionalità. Invece, siamo ancora ben lontani dal raggiungimento di una prassi tecnico-professionale soddisfacente.

## 8. Altri problemi in tema di risarcimento del danno antitrust: legittimazione attiva, azioni collettive; legittimazione passiva, responsabilità di gruppo

A parte la quantificazione del danno, altri problemi non mancano.

Sulla legittimazione attiva, la soluzione ampia è stata imposta dal diritto europeo, e ciò ha consentito di superare vecchie incertezze domestiche e di giungere anche a conclusioni audaci, come nel caso *Otis*<sup>34</sup>, in cui il danneggiato era un ente pubblico che aveva erogato sovvenzioni più elevate a causa dell'artificiosa elevazione dei prezzi di cartello. Rimane un dubbio – ma finora di scarso impatto pratico – risalente alla sentenza *Courage* del 2001<sup>35</sup>, se l'azione risarcitoria spetti anche all'impresa dipendente, che, per altro verso, può essere stata complice del cartello o dell'abuso commesso dall'impresa dominante.

Un limite, da valorizzare sul piano sistematico, riguarda però il difetto di legittimazione dell'acquirente che abbia trasferito il sovrapprezzo monopolistico su acquirenti successivi (art. 11, d.lgs. 3/2017).

Un tema molto interessante, da approfondire, riguarda il mancato successo, in materia di danno antitrust, delle azioni collettive<sup>36</sup>. Nell'ordinamento italiano la materia ri-

<sup>32</sup> Credo che, almeno per il tema in esame, sia facile superare i dubbi sistematici sull'ammissibilità di un danno da perdita di *chance* extracontrattuale, data la tipicità del rapporto di concorrenza fra danneggiante e danneggiato, che soddisfa il criterio “*essenzialmente bilaterale del giudizio di responsabilità civile e dunque, in particolare, del giudizio di ingiustizia, che di esso costituisce il fulcro*” (SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Torino, 2021, 57). Il problema del danno si pone dunque, in questo caso, in un contesto relazionale.

<sup>33</sup> Da ultimo Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2023, n. 27633.

<sup>34</sup> Corte Giust. UE, 12 dicembre 2019, C-435/18, *Otis*.

<sup>35</sup> Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*.

<sup>36</sup> Dal portale del Ministero della Giustizia risultano oggi pendenti in Italia 25 azioni di classe, per lo più originate da violazioni del divieto di pratiche commerciali scorrette o di norme di regolazione di settore, ma nessuna, a prima vista, originata da illeciti antitrust.



mane governata dall'art. 840-*bis* e ss. c.p.c., anziché della nuova disciplina delle azioni rappresentative dell'art. 140-*ter* e ss., cod.cons. Questa differenza non incide negativamente, tuttavia, sugli incentivi ad esercitare le azioni. Incide negativamente invece – ma si tratta di un punto comune alle due discipline – la mancata scelta, da parte del legislatore, del regime di *opt-out*. Fatto è che le azioni collettive rimangono rare e che i *litigation funders* non sembrano finora intenzionati ad investire in Italia sulle azioni di danno antitrust (pare che la ragione principale, oltre alla durata dei processi, sia costituita dalla difficoltà di previsione degli esiti, data la vivacità innovativa della nostra giurisprudenza).

Resta comunque il fatto che la carenza di azioni collettive fa sì che, in molti casi antitrust che danno luogo a danni diffusi, soprattutto a carico dei consumatori finali, e quindi richiederebbero l'instaurazione di una prassi di microrisarcimenti, rimane una situazione di sostanziale *underenforcement* degli illeciti antitrust.

In materia di legittimazione passiva nelle azioni risarcitorie antitrust, il problema principale riguarda le imprese di gruppo. La questione della *parental liability* sembra risolta, in linea di massima, in modo razionale: al di là delle oscillazioni nelle motivazioni, può riconoscersi una responsabilità per colpa, nel senso di negligente o doloso esercizio del potere di direzione e coordinamento, accompagnato da una presunzione giudiziale di esistenza e cattivo esercizio di detto potere, simile a quella dell'art. 2497-*sexies*, c.c.; presunzione reversibile, anche se con molta difficoltà<sup>37</sup>. Questa soluzione è stata oggetto di applicazione estensiva con la sentenza *Unilever*<sup>38</sup>, ove è stata riconosciuta l'imputabilità all'impresa dominante delle condotte tenute da distributori della rete, dipendenti dalle scelte dell'impresa dominante, anche se non soggette a controllo societario di quest'ultima.

Questa impostazione, volta a dare rilevanza all'unità economica dell'impresa di gruppo, è stata forse portata ad ulteriori conseguenze con la sentenza *Sumal*<sup>39</sup>, che potrebbe segnare un discutibile cambio di prospettiva, con l'estensione della responsabilità, oltre che alla *holding*, ad altre imprese appartenenti al gruppo. In questo caso, la Corte ha ritenuto di poter imputare l'illecito a tutte le società del gruppo, solidalmente, in quanto appartenenti ad una stessa unità economica: “la nozione di «impresa» e, attraverso di essa, quella di «unità economica» implicano ipso iure una responsabilità solidale tra le entità che compongono l'unità economica al momento della commissione dell'infrazione”. Tuttavia, “la vittima di tale infrazione può legittimamente cercare di far valere la responsabilità civile di una società figlia di tale società madre anziché quella della società madre... se prova che, tenuto conto dei vincoli economici, organizzativi e giuridici... e dell'esistenza di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la

---

<sup>37</sup> Corte Giust. UE, sez. II, 27 gennaio 2021, C-515/P, *Goldman Sachs Group*, che già intende in modo estensivo la presunzione, applicandola anche a carico di società finanziarie che detengano partecipazioni di controllo.

<sup>38</sup> Corte Giust. UE, sez. V, 19 gennaio 2023, C-680/20, *Unilever Italia*.

<sup>39</sup> Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL*, in *Giur. it.*, 2022, 1398, con nota adesiva di PILETTA MASSARO.

*società madre è ritenuta responsabile, la suddetta società figlia costituiva un'unità economica con la sua società madre”.*

È da segnalare, tuttavia, che qui la Corte non fa ricorso allo strumento della presunzione reversibile di una condotta colpevole da parte della singola società del gruppo, ma richiede la prova “di un legame concreto tra l'attività economica di tale società figlia e l'oggetto dell'infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile”. Credo che tale indicazione si debba intendere come onere della prova, in capo al danneggiato, del concorso attivo, in senso proprio, della società figlia. Se intesa in questo modo, la sentenza non comporta una effettiva estensione della responsabilità antitrust all'interno dei gruppi. Il riferimento alla “unica entità economica” deve intendersi come definizione concettuale del risultato derivante dalla prova del concorso, e non come una motivazione concettualistica della responsabilità *tout court* di qualsiasi società del gruppo.

## 9. La nullità delle intese e il problema dei contratti “a valle”

La norma europea impone agli Stati membri di rendere effettiva la nullità “di pieno diritto” delle intese, sancita dall'art. 101.2 TFUE. La nostra nullità civilistica risponde pienamente al dettato eurounitario. Sul piano sistematico, si deve riconoscere che la nullità delle intese anticoncorrenziali si riconduce alla figura di nullità per illiceità della causa<sup>40</sup>. Infatti, di fronte alla possibilità di esenzione *ex art.* 101.3 TFUE, non può dirsi che un'intesa è nulla perché contiene clausole o oggetto vietati di per sé, ma solo se la sua funzione economica risulti, in concreto, incompatibile con i principi di tutela della concorrenza. Queste indicazioni di principio sono state confermate, dalla Corte di Giustizia<sup>41</sup>, anche per le intese verticali (in particolare: clausole di prezzo minimo imposto verticalmente).

I problemi aperti riguardano però, sostanzialmente, solo i contratti “a valle”, rispetto ai quali mancano indicazioni della Corte di Giustizia, nonché indicazioni univoche sul piano comparatistico<sup>42</sup>.

In proposito, dopo la nota, recente pronuncia delle sezioni unite<sup>43</sup>, dovrebbero essere fermi alcuni punti<sup>44</sup>:

- i contratti a valle non rientrano nella previsione di nullità dell'art. 101.2 TFUE;

<sup>40</sup> Cfr. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza* (nt. 24), 495 ss.

<sup>41</sup> Corte Giust. UE, sez. III, 29 giugno 2023, C-211/22, *Super Block Bebidas SA*.

<sup>42</sup> Cfr. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.c. contratti “a valle”*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, II, 378 ss.

<sup>43</sup> Cass. civ., ss.uu., 30 dicembre 2021 n. 41994, su cui v. il mio commento, parzialmente critico, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 13 ss.

<sup>44</sup> In realtà, questo auspicio sembrerebbe smentito da Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889, che si pronuncia sbrigativamente per la nullità *tout court* dei contratti “a valle”, senza neanche citare la sentenza delle sezioni unite dell'anno precedente. Tuttavia, è da pensare che si tratti di un incidente isolato.

- i contratti a valle non sono affetti da nullità assoluta ai sensi delle norme civilistiche generali, perché non hanno oggetto o causa illeciti;
- i contratti “a valle” sono comunque atti illeciti *ex uno latere* e danno luogo, in ogni caso, a piena tutela risarcitoria;
- tuttavia, il risarcimento per equivalente può non avere adeguato effetto deterrente, per cui può essere necessario rafforzare la reazione “privatistica” dell’ordinamento con altri rimedi, di carattere specifico.

Credo che l’impostazione della S.C. sia, fin qui, corretta. Solo che, arrivando alla conclusione, la Cassazione – e, con essa, gran parte della giurisprudenza di merito e della dottrina – vede, nel *quid pluris* rispetto al risarcimento (per equivalente), ritenuto insufficiente, solo la nullità del contratto, e si pone solo l’alternativa fra nullità totale (giudicandola, di solito, sproporzionata) e nullità parziale (giudicandola, di solito, adeguata).

Questo passaggio conclusivo a me sembra semplicistico. È vero che il risarcimento per equivalente può non essere strumento effettivo e proporzionato a riparare il pregiudizio che l’illecito antitrust ha arrecato ad imprese o consumatori. Ma ciò non vale in tutti i casi: anzi, nei casi tipici in cui il danno sia stato causato da un cartello che ha comportato un aumento dei prezzi, il risarcimento del danno per equivalente è normalmente rimedio appropriato e sufficiente.

In certi casi, così non è, ed allora diviene necessario riconoscere un rimedio specifico, ma questo non è necessariamente la nullità (totale o parziale che sia) del contratto: può ben essere la correzione (con effetto conservativo) del contratto stesso o altro rimedio specifico.

In tal senso è istruttivo il caso *Astra*, trattato anni fa dalla Commissione<sup>45</sup>: qui, di fronte a un’intesa di ripartizione dei mercati, la Commissione sancisce che gli Stati membri hanno il dovere di imporre alle imprese interessate di inserire nei contratti una clausola di recesso *ad nutum* a favore dei clienti. Una sanzione di nullità di tali contratti sarebbe stata, secondo la Commissione, sproporzionata e avrebbe temporaneamente azzerato l’intero mercato.

Lo stesso rilievo si può fare per molte altre ipotesi di contratti “a valle”: si pensi, per esempio, ai contratti attuativi di un accordo di standardizzazione tecnica illecito. In tali casi la nullità del contratto sarebbe un rimedio sproporzionato e spesso incoerente con le esigenze di tutela degli interessi lesi dall’illecito antitrust<sup>46</sup>.

Si pone allora il problema di come giungere a questa soluzione, cioè all’irrogazione di rimedi correttivi specifici, sulla base del diritto nazionale. La Cassazione, nella citata sentenza delle sezioni unite, ne ha fatto una questione tutta interna al diritto antitrust (e al principio di effettività) e non risolvibile su basi sistematiche.

<sup>45</sup> Commissione CE, dec. 93/50 del 23 dicembre 1992. Le imprese interessate fornivano collegamenti per la televisione satellitare.

<sup>46</sup> Cfr. Russo, *Fideiussioni omnibus a valle di illecito anticoncorrenziale e rimedi civilistici*, Napoli, 2022.

In realtà, credo che strumenti tecnico-normativi di carattere generale ci siano, e come tali andrebbero valutati.

Uno, *tranchant*, a cui forse la Cassazione ha aderito senza mostrarne però esplicita consapevolezza, o comunque senza dichiararla, è la dottrina del “giusto rimedio” di Perlingieri. Una dottrina che, però, suscita qualche vertigine per l’ampiezza del potere che attribuisce al giudice, come accade in genere per le soluzioni interpretative che si fondano direttamente sull’affermazione di un principio, anziché utilizzare il principio stesso come strumento argomentativo per formulare una certa interpretazione di norme di legge<sup>47</sup>.

Un’altra soluzione, pur sempre attributiva di ampia discrezionalità al giudice, ma direttamente fondata su norme di legge, interpretate estensivamente alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, è, a mio avviso, quella che fa capo all’applicazione estensiva della norma generale dell’art. 2058 c.c. sulla riparazione del danno in forma specifica. Allo stato, mi sembra la soluzione preferibile.

Si noti, richiamando quanto sopra rilevato al n. 5, che così si realizzerebbe una auspicabile saldatura fra *public* e *private enforcement* anche sul piano del primato sistematico del ruolo centrale attribuito ai rimedi specifici.

## ABSTRACT

Muovendo dal principio di complementarità tra *public* e *private enforcement* nel diritto antitrust, l’autore passa in rassegna i principali problemi aperti, sull’uno e sull’altro versante. Particolare attenzione è dedicata al tema dello standard probatorio da applicare nei procedimenti amministrativi sanzionatori e ai rimedi applicabili ai contratti “a valle” di intese restrittive della concorrenza.

*Starting from the principle of complementarity between public and private enforcement in antitrust law, the author reviews the main open issues on both sides. Particular attention is devoted to the issue of the evidentiary standard to be applied in administrative sanctioning proceedings and to the remedies applicable to contracts “downstream” of restrictive agreements to competition.*

---

<sup>47</sup> Per questa indicazione di metodo v., come più recente, GAGGERO, *Significanti del diritto dell’economia e interpretazione*, in *Contratto e impresa*, 2023, 1034 ss.