



Gli effetti delle decisioni della AGCM nei giudizi civili: analisi di una anomalia necessaria



Marcella Negri

Prof. ass. dell'Università di Padova

SOMMARIO: **1.** L'espandersi del modello di coordinamento rigido tra *public* e *private enforcement*: breve ricognizione della disciplina. – **2.** L'irrisolta disputa sulla "natura" del vincolo sancito dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017. – **3.** L'ambito applicativo del vincolo ed il suo perimetro oggettivo. – **4.** La responsabilità nell'ambito del gruppo societario: spunti di riflessione sulla "unità economica" tra sostanza e processo.

1. L'espandersi del modello di coordinamento rigido tra *public* e *private enforcement*: breve ricognizione della disciplina

Le decisioni con cui l'Autorità nazionale, ovvero la Commissione, constata infrazioni ai divieti *antitrust* assumono rilievo per il giudizio civile sotto plurimi punti di vista. In primo luogo, costituiscono l'indispensabile fonte informativa senza la quale molte potenziali vittime, e tipicamente piccole imprese e consumatori finali, non potrebbero nemmeno immaginare di avere un diritto per cui chiedere tutela e comunque non sarebbero in grado di sostanziare la propria domanda descrivendo in modo sufficientemente preciso i fatti costitutivi della propria pretesa¹. Inoltre, la preesistenza della decisione

¹ Sulla rilevanza delle decisioni della Autorità ai fini del *dies a quo* della prescrizione, in quanto contengono le informazioni indispensabili per promuovere l'azione risarcitoria, v. Corte di giust. 22.6.2022, C-267/20 *Volvo-Daf Trucks*, nel senso che la prescrizione possa iniziare a decorrere, di regola (senza escludere una conoscenza anteriore in casi specifici), solo dalla pubblicazione nella G.U.U.E. della sintesi della decisione e non invece dal mero comunicato stampa (pt. 66 s.). Per sostanziare la domanda tuttavia l'attore spesso deve attingere al testo completo della motivazione e quindi attenderne la pubblicazione all'esito di spesso assai lunghe procedure per l'espunzione

amministrativa che constata una violazione può essere valorizzata la speciale competenza tecnica della Autorità per alleviare l'onere probatorio gravante sul danneggiato e nel contempo solleva il problema della coerenza decisoria tra i due piani di rilevanza del diritto della concorrenza.

Come ampiamente noto, la Direttiva 2014/104/UE incide sulla normativa interna nel dichiarato intento di assicurare alle vittime di condotte anti-competitive – siano queste persone fisiche consumatori ovvero altre imprese, concorrenti o meno – una tutela risarcitoria efficace: obiettivo che il legislatore europeo persegue anche e soprattutto riequilibrando la conclamata disparità, nelle concrete possibilità di accesso alle informazioni rilevanti ed alle fonti di prova, rispetto alle controparti “professionali”. Tra le previsioni maggiormente significative, nella prospettiva di incentivo allo sviluppo virtuoso del *private enforcement* si annovera senza dubbio l'art. 9, dedicato all'effetto delle decisioni delle Autorità garanti nazionali nei successivi giudizi civili relativi alla medesima infrazione già in quelle constatata. La disposizione si pone al crocevia tra le sopra ricordate esigenze di effettività del diritto di azione delle vittime e l'altrettanto nodale questione del coordinamento tra i due piani, quello pubblico e quello privatistico, dell'*enforcement antitrust*², acquistando così un'emblematica centralità nel complessivo disegno della Dir. 2014/104/UE, dalla quale si ricava la tendenza a valorizzare la tutela civile in funzione *complementare ed aggiuntiva* rispetto all'*enforcement* pubblicistico³.

Prima di tracciare un breve quadro dei tentativi che sono stati sin qui sperimentati per ambientare nel sistema del processo civile la previsione – quasi pedissequamente riprodotta in sede di recepimento dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 – ed affrontare taluni profili applicativi meno assestati, delinea brevemente i tratti essenziali della disciplina e gli elementi di discontinuità rispetto al modello.

L'art. 7 d.lgs. n. 3/17 innova l'ordinamento nella misura in cui introduce espressamente un vincolo a carico del giudice civile, tenuto a conformarsi all'accertamento contenuto nelle decisioni della Autorità garante nazionale, siano esse fondate sulle norme del Trattato ovvero, con opportuna estensione, anche solo sul diritto antitrust municipale⁴. Come noto, la nostra giurisprudenza era già approdata ad esiti all'atto pratico assai

delle informazioni riservate.

² Il Considerando 34 Dir. 104/2014/UE esplicita le due concorrenti *rationes* della disciplina: “migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento”.

³ Pur senza dimenticare del tutto il contenzioso solitario, che si avvantaggia soprattutto del sensibile potenziamento delle tecniche di accesso alla prova (in particolare della *disclosure* tra privati), la Direttiva tradisce una innegabile attenzione privilegiata per il contenzioso c.d. *follow-on* ed il connesso tema del coordinamento, decisorio ed istruttorio, tra binario civile e procedimento amministrativo, antecedente o parallelo.

⁴ La Direttiva distingue nettamente tra decisioni delle Autorità garanti nazionali e decisioni delle omologhe *straniere*, con riguardo alle quali l'art. 9.2 non impone di estendere la medesima efficacia vincolante, attribuendovi efficacia di “prova *prima facie*”. In sede di recepimento l'indicazione è stata tradotta con la formula “prova valutabile insieme alle altre”, che rischia di attestarsi al

simili attribuendo alla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato il valore di c.d. "prova privilegiata". Questa figura di elaborazione pretoria, da prova particolarmente persuasiva ed autorevole ma pur sempre liberamente valutabile e quindi in linea di principio aperta alla prova contraria, si era progressivamente evoluta sino ad esigere dal convenuto l'onere di dedurre argomenti e prove nuovi e diversi rispetto a quelli già vagliati e disattesi o reputati irrilevanti nel corso del procedimento amministrativo. Rispetto a questo assetto, il vincolo formale introdotto dal legislatore europeo si connota per la maggior rigidità, precludendo del tutto la prova contraria; ma al contempo appare maggiormente circoscritto quanto all'ambito di applicazione, soprattutto se posto al confronto con talune tendenze estensive⁵.

Sia pur con differenze tutt'altro che irrilevanti, si tratta dell'espansione progressiva di una tecnica già sperimentata con riguardo alle decisioni della Commissione dall'art. 16 Reg. n. 1/03: nonostante la diversa formulazione letterale delle previsioni⁶, in entrambi i casi il giudice civile risulta in sostanza tenuto a rispettare gli accertamenti contenuti nella previa decisione non giurisdizionale. Rispetto a quanto previsto dall'art. 16 reg. CE n. 1/2003, previsione direttamente fondata sulla esigenza di leale cooperazione tra organi dell'Unione, la disciplina dettata per le decisioni nazionali, in coerenza con la diversa accentuazione delle logiche ispiratrici, esibisce tuttavia deviazioni sensibili che consistono essenzialmente.

di sotto del livello *minimo* di efficacia imposto dal legislatore europeo: infatti, l'espressione "prova *prima facie*" (*Anscheinsbeweis* nella versione tedesca) evoca piuttosto l'idea di una prova altamente persuasiva, in sostanza assimilabile alla pretoria nozione di "prova privilegiata" (nel senso che di fatto sarà appunto questa l'efficacia che verrà attribuita alle decisioni straniere: A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 665 ss., 700).

⁵ V., *si vis*, NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ., comm.*, 2018, 476 ss., 481.

⁶ L'art. 16 reg. 1/2003 è formulato in termini negativi, come dovere di non contraddire la previa decisione della Commissione, laddove con riguardo alle decisioni del Garante nazionale si adotta una formulazione in positivo (la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante "si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore") che evoca un obbligo di conformarsi al contenuto della previa decisione. Non sembra però che la difformità sintattica produca conseguenze di sensibile rilievo pratico con riguardo all'efficacia della decisione ed alla sua portata vincolante: in entrambi i casi, si vuole evitare che il giudice civile possa reputare lecita una condotta di cui sia stata constatata la contrarietà ai precetti antitrust. In senso difforme, *cfr.* tuttavia: CAROVANO, *Art. 16(1), Regolamento n. 1/2003: un revirement nécessaire. L'uniformità del diritto europeo della concorrenza e il valore giuridico delle decisioni della Commissione Europea*, in *Mercato conc. reg.*, 2019, 404 ss., secondo il quale l'art. 16 del Regolamento consentirebbe al giudice nazionale di valorizzare argomenti nuovi al fine di discostarsi dalla decisione (in sostanza evocando la tecnica del *distinguishing* rispetto ai precedenti vincolanti caratteristica degli ordinamenti di *common law*), mentre altrettanto non sarebbe consentito dalla Direttiva con riguardo alle decisioni nazionali), dovendo il giudice civile in ogni caso conformarsi ad esse a pena di nullità della sentenza.

Tenendo a mente tali differenze e dunque con le debite precisazioni, all'esperienza applicativa maturata con riguardo al citato art. 16 può comunque attingersi anche con riguardo all'art. 9 della Direttiva ed alla sua trasposizione municipale. Quest'osservazione vale, in linea di massima, per l'individuazione della tipologia di decisioni idonee ad esprimere l'efficacia vincolante in sede civile. A questo proposito, mi limito qui a segnalare che tra queste si annoverano certamente anche le decisioni assunte a seguito di procedura transazione ai sensi del neo-introdotta art. 14-*quater* l. n. 287/1990, come del resto non si dubita riguardo alle omologhe decisioni di *settlements* adottate dalla Commissione⁷. Ovviamente, poiché l'agevolazione probatoria derivante dal vincolo formale all'accertamento amministrativo discende esclusivamente dalle decisioni che formalmente constatano una infrazione ai precetti antitrust (siano esse o meno accompagnate anche da sanzione pecuniaria⁸), risulta evidente che l'impatto pratico sulle azioni civilistiche dipende strettamente dalla prassi decisionale seguita dalle Autorità e finisce in sostanza per sterilizzarsi nei periodi in cui, al di fuori delle violazioni c.d. *hard-core*, vengono privilegiati moduli di azione consensuale, quale tipicamente la decisione con impegni. È pacifico, infatti, che le decisioni con cui l'Autorità rende vincolanti gli impegni concordati con le imprese evitano a queste l'applicazione di sanzioni pecuniarie, ma non le schermano da eventuali azioni risarcitorie per i danni subiti a cause delle condotte antecedenti all'adozione di tale decisione. È altrettanto pacifico tuttavia che le stesse decisioni, come quelle omologhe della Commissione rispetto all'art. 16 Reg. 1/2003, sono del tutto estranee all'ambito applicativo dell'art. 9 della Direttiva e che semmai si discute circa l'intensità della efficacia probatoria (meramente indiziaria ovvero di prova altamente persuasiva o "privilegiata") che alle medesime può e deve comunque riconoscersi⁹, in ordine alla sussistenza di quelle condotte il cui potenziale anti-competitivo gli impegni mirano correg-

⁷ Si tratta infatti di decisioni che, fondandosi sull'esplicito riconoscimento della responsabilità, culminano nella constatazione di una violazione. Come precisa l'Avv. gen. Medina (Conclusioni 24.2.2022, causa C-588/90 *Landkreis Northeim v. Daimler*, par. 97), la decisione a seguito di transazione non si differenzia da una decisione a seguito di procedimento ordinario, dato che in sede di transazione la Commissione *non negozia* la questione della esistenza dell'infrazione. V. l'ampio contenzioso *follow-on* innescato dalla decisione della Commissione nel c.d. cartello dei *camions*, assunta appunto a seguito di transazione, sia pur "ibrida" (nella giurisprudenza nazionale, v.: Trib. Napoli, sez. impr. 23.2.2022 n. 1906, RG n. 17942/2019; anche Corte App., Milano, 21.1.2020 n. 188).

⁸ L'effetto vincolante promana dall'accertamento dell'infrazione, pur se allo stesso non si accompagni la irrogazione della sanzione pecuniaria, e quindi discende anche dalle diffide rivolte al *leniency applicant*; ma potrebbe darsi anche il caso di una infrazione non grave e non colpevole, oggetto di diffida ma non di sanzione.

⁹ Corte di giust., 23.11.2017 C-547/16, *Gasorba*, senza tuttavia chiarire precisamente quale efficacia persuasiva (indizio, o addirittura principio di prova, ma nella versione inglese "*indication, if not prima facie evidence*") debba riconoscersi alle decisioni con impegni, o meglio agli accertamenti fattuali ed alle valutazioni compiute nel corso del procedimento amministrativo. Nel senso che si tratti di prova valutabile insieme alle altre: Cass. civ., sez. I, 4.10. 2021, n. 26869, in *Danno e resp.*, 2022, 204 ss., nota di ZULIANI.

gere¹⁰. Non mi intrattengo, però, su questo pur relevantissimo tema, rinviando in proposito all'esaustiva relazione del Prof. Camilleri.

Diversamente dal Reg. n. 1/03, la Dir. 2014/104/UE attribuisce efficacia vincolante solo alle decisioni che constatano un'infrazione¹¹. La Direttiva ha inteso infatti disegnare un vincolo che opera *secundum eventum*, solo a vantaggio del danneggiato, in piena coerenza con la prevalente *ratio* della norma, che risponde certo al bisogno coordinamento decisorio, ma pone in primo piano soprattutto l'esigenza di agevolare il danneggiato-soggetto debole e quindi il risarcimento del danno in funzione complementare rispetto alla deterrenza amministrativa. Né tale asimmetria deve sollevare perplessità, dato che la facoltà di *avvantaggiarsi* di un risultato utile non confligge certo, senza che a tal fine sia necessario fare leva sulla possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, con la garanzia dei diritti di difesa del danneggiato che sia rimasto terzo rispetto al procedimento ed al giudizio amministrativo, mentre quelli della controparte sono ed anzi devono essere assicurati nel procedimento e nell'eventuale successivo giudizio amministrativo. Se ne dovrebbe ricavare altresì che l'impresa non potrà mai opporre al presunto danneggiato un vincolante accertamento negativo dell'esistenza di un'infrazione: nemmeno sulla scorta del giudicato amministrativo, il quale peraltro potrebbe benissimo fondarsi su motivi formali che nulla dicono nemmeno indirettamente circa l'esistenza della infrazione¹². Piuttosto, l'annullamento della decisione, determina di regola il pieno riespandersi della libertà di apprezzamento del giudice civile. In questo caso, venendo meno la possibilità di avvantaggiarsi della decisione, un eventuale giudizio civile – che

¹⁰ Minore attenzione è stata riservata alle decisioni cautelari di cui agli artt. 14-*bis* l. n. 287/90 e 8 Reg. 1/2003: decisioni sin qui rare ma forse destinate a trovare in futuro maggiore applicazione in settori per i quali la tempestività dell'intervento con provvedimenti di stampo inibitorio appare essenziale, come deve dirsi in particolare per i mercati digitali (per l'efficacia vincolante: FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2017, 367 ss. 379). Indipendentemente dal contingente livello di approfondimento della delibazione del *fumus*, in senso contrario al riconoscimento di efficacia formalmente vincolante in sede civile milita tuttavia il carattere provvisorio, ferma restando comunque la possibilità di valorizzarne l'efficacia persuasiva (GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss., 65).

¹¹ Conseguentemente, non vincolano formalmente il giudice civile le decisioni di archiviazione e quelle con cui l'Autorità dichiara che "in base alle informazioni di cui dispone" non sussistono le condizioni per ravvisare un'infrazione ai sensi dell'art. 15 comma 1-quater l. n. 287/1990 (DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Napoli, 2022, 86; GOISIS, *op. cit.*, 65.; cfr. FABBIO, *op. ult. cit.*, 390, attribuendo valore di prova privilegiata ad una esplicita declaratoria di insufficienza degli elementi raccolti).

¹² Il giudicato amministrativo di annullamento della diffida, se pure può in varia misura ed a seconda dei motivi proiettare la sua efficacia conformativa sulla riedizione del potere, non equivale ad un accertamento negativo della infrazione e quindi non è idoneo a pregiudicare definitivamente il giudizio civile, salva la possibilità avvalersi di tale pronuncia come elemento di prova liberamente valutabile. Consonante: DALFINO, *op. cit.*, 90.

venga comunque promosso dal danneggiato – si atteggerà come *stand-alone* e l'attore dovrà farsi carico in solitaria dei gravosi oneri di allegazione e prova.

Anche qui distanziandosi dal Reg. n. 1/03, la Direttiva presuppone che la decisione nazionale sia già stata adottata, senza postulare un dovere di evitare conflitti con decisioni in corso di emanazione e quindi senza prevedere la possibile sospensione del giudizio civile in attesa della definizione del procedimento amministrativo¹³. Tuttavia, indicazioni improntate a maggiore prudenza emergono dalla legislazione nazionale e segnatamente dalle previsioni che nel contesto delle azioni di classe e delle azioni rappresentative consumeristiche (alla lettera, solo in sede di vaglio preliminare di ammissibilità) ammettono – con formulazione eccessivamente generica, ma evidentemente ricalcata proprio sullo scenario della parallela pendenza di una istruttoria dinanzi alla Autorità garante in ordine alla medesima violazione – l'arresto facoltativo del giudizio civile già in pendenza dell'istruttoria amministrativa (art. 840-ter comma 3 c.p.c.; art. 140-septies cod. cons.). A queste si aggiunge oggi l'art. 4 comma 8 del D.lgs. n. 3/2017, frutto di iniziativa autonoma del legislatore nazionale, consentendo al giudice civile di sospendere il processo quando venga richiesto l'accesso al fascicolo dell'Autorità ed un arresto temporaneo appaia opportuno al fine di “salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza”. La disposizione finisce così per legittimare indirettamente la generale praticabilità, anche al di fuori delle azioni di classe e collettive, di un'eccezionale sospensione *facoltativa* del processo civile in pendenza (non di altro giudizio, ma) di un procedimento amministrativo “influyente”. Infine la Direttiva, diversamente dal Reg. 1/03, presuppone che, per poter riverberare in sede civile un effetto conformativo, la constatazione della violazione sia cristallizzata in una decisione divenuta definitiva per preclusione delle impugnazioni ordinarie¹⁴. In conseguenza di tale scelta, nulla la Direttiva dice circa gli effetti della decisione non ancora definitivamente stabilizzata, che fosse comunque prodotta in sede civile; né tantomeno si preoccupa dell'interferenza con il giudizio davanti al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto amministrativo. Benché il generoso regime della prescrizione disegnato dall'art. 8 comma 2 d.lgs. n. 3/2017 consenta di attendere con relativa tranquillità – almeno negli ordinamenti che

¹³ Rammenta l'Avv. gen. Szpunar, nelle sue Conclusioni nella causa *RegioJet* (5.5.2022, C-57/21, pt 43-47) che né l'art. 16 reg. 1/03 né a fortiori la Dir. 2014/104/UE impongono la sospensione obbligatoria del processo civile in pendenza del procedimento amministrativo ed anzi le norme della Direttiva in materia di divulgazione di prove presuppongono proprio la parallela pendenza dell'istruttoria amministrativa e del processo civile. Lo stesso art. 16 del Regolamento non impone necessariamente al giudice nazionale di sospendere completamente il processo, ma solo di astenersi dal dichiarare inesistente la violazione sulla quale sta indagando la Commissione. In ogni caso, anche se il processo viene sospeso, al giudice resta il potere di ordinare la divulgazione di prove in possesso della Autorità (Corte giust., 12.1.2023, C-57/21).

¹⁴ Poiché il vincolo attiene alla constatazione della infrazione, la decisione deve considerarsi *definitiva* e quindi vincolante per il giudice civile la decisione che sia stata impugnata *esclusivamente in ordine ad aspetti o “capi” non rilevanti ai fini civilistici* e tipicamente solo in ordine alla *quantificazione* della sanzione pecuniaria.

non conoscono termini di prescrizione assoluti – l’esito del giudizio amministrativo prima di intraprendere l’azione in sede civile, sono tutt’altro che infrequenti i processi avviati sulla base di decisioni non ancora stabilizzate e dalle quali è ragionevole possa ricavarsi una fonte di prova altamente persuasiva¹⁵. In simili casi, non può dirsi che la pretesa dell’attore sia fondata sulla decisione, che in quanto non ancora vincolante rileva solo come fonte di una presunzione relativa: conseguentemente, la legittimità della decisione, oggetto del giudizio amministrativo, non rappresenta a rigore un tema pregiudiziale. Siamo pertanto fuori dallo schema dell’art. 295 c.p.c.¹⁶. Escludere l’arresto necessario del giudizio civile risulta in definitiva coerente con la prevalente *ratio* dell’art. 7 d.lgs. n. 3/17, privilegiando – rispetto alla prevenzione del rischio di contrasti – il diritto della vittima ad ottenere una tutela tempestiva avvalendosi del materiale informativo ricavabile dalla decisione ancora *sub judice*. Ciò non toglie che, quando appaia opportuno alla luce dei motivi di impugnazione, resti praticabile la sospensione facoltativa del processo civile in cui la decisione venga “invocata” quale prova: come si ricava dalle già citate previsioni in materia di azione di classe che appunto prevedono la mera facoltà di sospensione anche in pendenza del giudizio amministrativo “influyente” ed in coerenza con la soluzione preferibile pure in relazione all’impugnazione delle decisioni della Commissione, nonostante queste ultime siano immediatamente vincolanti¹⁷.

¹⁵ Per il valore di “prova privilegiata”, altamente persuasiva ma non vincolante: DALFINO, *op. cit.*, 102; FABBIO, *op. ult. cit.*, 377.

¹⁶ Nel medesimo senso, con argomentazioni non pienamente coincidenti: DALFINO, *op. cit.*, 101 ss.; A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell’atto amministrativo*, cit., 134. Si consideri inoltre che un vero e proprio contrasto tra i due piani non deriva necessariamente dall’annullamento del giudicato amministrativo, posto che il motivo dell’annullamento di regola non esclude in radice l’esistenza della infrazione.

¹⁷ Si veda il quesito sollevato *ex officio* nell’ambito di un rinvio preliminare vertente sulla applicazione dell’art. 10 Dir. 2014/104/UE, nel contesto di un giudizio *follow-on* fondato sulla decisione della Commissione nel caso *Google shopping* del 2017 e promosso in pendenza del ricorso per annullamento (al momento in cui si scrive, la decisione è tuttora *sub judice*). L’Avv. gen. Kokott (Conclusioni, 21.9.2023, C-605/21 *Heureka Group*, pt. 64 ss.), precisa che, con riguardo alle decisioni della Commissione, dall’art. 16 Reg. 1/03 e dalla Dir. 2014/104/UE discende che il giudice civile non è tenuto a sospendere in pendenza dell’impugnazione contro la decisione della Commissione (sarebbe poco perspicuo un sistema che prevede una sospensione solo facoltativa prima della decisione attesa e obbligasce all’arresto quando la decisione esiste, ma viene impugnata) e che l’opportunità di attendere l’esito va commisurata *inter alia* anche alle esigenze di tutela effettiva della vittima (pt. 68). Per analoga soluzione, a fronte di decisione dell’Autorità garante nazionale, escludendo la sospensione necessaria e valorizzando gli accertamenti amministrativi non ancora definitivi: Trib. Milano 23.8.2021 n. 7025 *Logistica Med./Onorato Moby*.

2. L'irrisolta disputa sulla "natura" del vincolo sancito dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017

A fronte del vincolo oggi imposto da un'espressa disposizione di fonte euro-unitaria, che circoscrive l'autonomia procedurale degli Stati membri, l'interprete non può che prendere atto della precisa opzione normativa, a prescindere dal grado di condivisione dell'opportunità di tale soluzione¹⁸.

Se, quindi, la Direttiva induce ad adottare una interpretazione evolutiva delle norme processuali nazionali, in nome dell'esigenza di effettività espressa dalla volontà politica di incentivare il *private enforcement* a completamento dell'azione amministrativa *antitrust*¹⁹; nondimeno, l'interprete non può e non deve trascurare il complessivo equilibrio del sistema. Non stupisce quindi che, ad ormai più di un lustro dalla sua comparsa, la novità introdotta dall'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 continui ad alimentare un irrisolto dibattito, almeno tra i cultori del processo civile, intorno alla qualificazione e precisa collocazione sistematica della regola.

I vari tentativi di ricondurre la previsione nell'alveo delle categorie processuali interne possono sostanzialmente ricondursi a tre diverse impostazioni.

In primo luogo, se ne è predicato l'accostamento alla *res judicata*²⁰. In questa chiave, si è osservato che saremmo addirittura di fronte ad un inedito "iper-vincolo", di cosa giudicata e insieme di prova legale²¹. Più precisamente, si tratterebbe di un vincolo ancor più pregnante di quello che deriva dalla cosa giudicata in quanto esteso non solo al *decisum*, cioè alla constatazione della infrazione, ma pure alla ricognizione a guisa di prova legale

¹⁸ V., manifestando la propria preferenza per un più duttile coordinamento istruttorio, sulla falsariga di quello codificato per le Autorità straniere e quindi aperto alla prova contraria, di cui anzi auspica la generalizzazione *de jure condendo*: A.A. ROMANO, *op. cit.*, 706. Il coordinamento istruttorio ottiene in effetti il risultato sperato con il minimo mezzo: consente di valorizzare i penetranti poteri di indagine dell'Autorità ed evitare defatiganti duplicazioni istruttorie, senza eccessivamente comprimere i diritti di difesa e lasciando almeno formalmente intatta la libera ed autonoma valutazione giudiziale (v. *si vis* anche NEGRI, *Intervento*, in *I Conflitti economici e la giurisdizione*, cit., 247).

¹⁹ Con riguardo alle tecniche di acquisizione probatoria, v. Cass. 4.6.2015 n. 11564.

²⁰ Limitando i riferimenti ai contributi più recenti: P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991; Id., *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 195; VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di SASSANI, Pisa, 2019, 141 ss.; nonché, sia pure in chiave critica: A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, cit., 680; GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 2016, 1005.

²¹ A.A. ROMANO, *op. cit.*, 682 s., con dichiarata intenzione critica rispetto ad una soluzione che eccede quanto necessario per alleviare l'onere probatorio del danneggiato e sopravvaluta le esigenze di coerenza rispetto a quelle della difesa.

delle singole circostanze di fatto apprezzate in motivazione. Benché l'accertamento della concreta volontà di legge sempre postuli insieme un giudizio di diritto e di fatto, in questo specifico caso la misura iperbolica del vincolo deriverebbe dal dovere giudiziale di conformarsi ai singoli accertamenti fattuali anche indipendentemente dalla loro essenzialità ai fini dell'accertamento dell'infrazione²². Credo tuttavia che una simile latitudine del vincolo non risulti imposta dalla lettera della previsione: anzi, l'intenzione di circoscriverne la portata oggettiva si desume dall'esplicita esclusione delle valutazioni attinenti all'esistenza e misura del danno risarcibile del nesso causale con la condotta. Ciò che non può essere ridiscusso è solo l'esistenza di una condotta con determinate caratteristiche merceologiche geografiche e temporali, la sua attribuzione all'autore e la sua contrarietà ai precetti *antitrust*. L'asasperazione del condizionamento esercitato dalla decisione sul libero apprezzamento del giudice civile, elevando a vincolante accertamento autonomo qualsiasi circostanza fattuale menzionata nella motivazione, finisce per esacerbare il latente conflitto con i principi del giusto processo. Certo, per delimitare le affermazioni effettivamente vincolanti sarà necessario interpretare la portata decisione, che dev'essere desunta dal suo dispositivo, letto alla luce della motivazione dove si trova contenuta la descrizione della condotta illecita²³. L'esercizio di sceverare tra motivi "portanti" ed affermazioni meramente periferiche ed incidentali non credo, tuttavia, presenti difficoltà maggiori rispetto a quelle che ordinariamente si pongono con riguardo, ad esempio, alla portata del vincolo derivante dall'art. 651 c.p.p.

Più in generale, le prospettive che riconducono gli effetti della decisione dell'Autorità garante alla "cosa giudicata sostanziale" si scontrano con due dati. In primo luogo, si tratterebbe di un anomalo "giudicato non giurisdizionale", dato che, pacificamente, l'Autorità garante non è giudice e nemmeno svolge funzioni obiettivamente giurisdizionali²⁴, mancando qui la nota caratteristica della giurisdizione, i.e. la terzietà del giudice rispetto agli interessi in conflitto²⁵; in secondo luogo, l'assimilazione non regge sul piano della qualità e stabilità degli effetti dell'accertamento contenuto nella decisione adottata dall'Autorità, dato che la veste e la sostanza amministrativa del provvedimento com-

²² A.A. ROMANO, *op. cit.*, 683.

²³ La Corte di giustizia, richiesta di interpretare la portata della decisione della Commissione allegata in sede civile, ha precisato che a tal fine rileva solo il "dispositivo" letto alla luce dei motivi, escludendo invece che possano assumere rilievo, per determinare l'oggetto della violazione, le considerazioni svolte al solo fine di determinare l'importo della sanzione ed *a fortiori* documenti esterni alla decisione, come ad esempio le richieste di informazioni (Corte giust., 1.8.2022 C-588/30 *Landkreis Northeim v. Daimler*).

²⁴ Corte cost. 31.01.2019 n. 13 e Corte di giust., 31.05.2005, C-53/03, *Syfait*.

²⁵ Dirimente mi pare la circostanza che l'Autorità è legittimata a difendere le proprie decisioni nel giudizio di impugnazione, di cui è parte necessaria; che l'Autorità sia portatrice, come di regola avviene per la P.A., di un interesse proprio al perseguimento del fine generale cui è preposta, risulta poi anche dall'art. 21-bis, l. 287/1990.

portano l'astratta possibilità di autotutela e quindi il difetto di un connotato essenziale dell'accertamento giurisdizionale, cioè la non ritrattabilità da parte del suo autore²⁶.

L'accostamento agli effetti che il giudicato penale di condanna produce nei giudizi di risarcimento del danno da reato ai sensi dell'art. 651 c.p.p. è ciononostante assai diffuso e sotto molti profili calzante²⁷. In entrambi i casi, si tratta di un vincolo che opera *secundum eventum*²⁸; come il giudicato penale di condanna vincola in ordine alla "sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso", anche nel nostro caso la decisione con cui l'Autorità constata una violazione del diritto della concorrenza esige rispetto non solo in ordine all'accertamento di fatti storici nella loro materialità, ma pure in ordine alla qualificazione di tali fatti come violazioni delle norme *antitrust* ed alla loro imputazione all'autore²⁹.

Pur se anch'esso improprio, dato che qui non si tratta di una decisione proveniente dal circuito giurisdizionale, l'accostamento agli effetti del giudicato penale nei giudizi extra-penali consente comunque di mettere a fuoco il carattere *spurio* del vincolo³⁰, che rende labili i confini tra *res judicata* e prova³¹.

Da qui è breve il passo che riconduce gli effetti della decisione direttamente sul piano della prova: naturalmente in termini di prova legale ed "irrefutabile"³². In questa pro-

²⁶ DALFINO, *op. cit.*, 93 s. e, *si vis*, NEGRI *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 490.

²⁷ M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., 117 ss.; CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di ROSSI DAL POZZO e NASCIBENE, Milano, 2009, 39 ss.

²⁸ Cioè solo a vantaggio e mai contro il danneggiato assente, come si ricava dall'art. 652 c.p.p. che estende il giudicato penale assolutorio solo nei confronti del danneggiato che si fosse costituito p.c., o almeno fosse stato concretamente posto in condizioni di costituirsi essendo stato citato all'udienza preliminare o al dibattimento e sempre che il danneggiato non abbia proposto azione civile autonoma ex art. 75 c.2. c.p.p.

²⁹ Sulla portata del vincolo al giudicato penale di condanna, per tutti: CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1442 ss., 1444. La tendenziale limitazione dell'efficacia esterna del giudicato penale ai soli profili oggettivi del reato non pregiudica necessariamente la diversa soluzione prospettata con riguardo alla valutazione della colpa che l'Autorità effettui a fini sanzionatori, fermo che in ogni caso la vittima potrebbe fare leva sull'art. 2600 c.c.

³⁰ CARRATTA, *op. ult. cit.*, 1447; HENKE, *L'efficacia degli accertamenti del giudice penale nelle cause IP*, in *Diritto processuale industriale*, a cura di GIUSSANI, Torino, 2012, 89, 94; CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 248.

³¹ Come osservava già P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie*, cit.

³² DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, 101, reputandola l'unica ricostruzione costituzionalmente compatibile; CARRATTA, *Intervento*, in *I Conflitti economici e la giurisdizione*, cit., 271; BARLETTA, *Violazione di norme antitrust: aspetti processuali della nuova disciplina sui giudizi di risarcimento*, in *Ri.Da.Re.*, 2017, deducendone che l'inosservanza della decisione non comporta *de plano* la nullità della sentenza, ma solo un vizio denunciabile come violazione di legge; VINCRE, *La Direttiva UE 104/2004 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme*

spettiva, che in definitiva si pone in linea di continuità con la logica pretoria della “prova privilegiata”, emergerebbe la complanarità tra il primo ed il secondo comma dell’art. 7, che in questa chiave può essere visto come una disposizione che dispone l’efficacia del provvedimento lungo una linea crescente che dalla prova valutabile insieme alle altre (per le Autorità straniere) giunge sino alla prova legale che non ammette smentita (per l’Autorità nazionale). Sia chiaro però che si tratta di una prova *sui generis*, dato che la decisione definitiva comporta la innegabile preclusione anche del riesame della qualificazione del fatto alla stregua delle norme di diritto e dunque di una *quaestio iuris*: ed infatti, si è parlato di una “prova vestita” per sottolineare il fatto che per volontà espressa di legge in questo caso il vincolo attiene non solo all’accertamento dei fatti ma si estende “eccezionalmente anche alla qualificazione giuridica che agli stessi fatti è stata attribuita dalla Autorità”³³. Come ognuno vede, si tratta comunque di coperte troppo strette.

Una terza impostazione cerca di uscire dall’*impasse* leggendo nell’art. 7 d.lgs. 3/17 una «presunzione assoluta di illiceità della condotta accertata dall’Autorità»³⁴, collocando quindi il fenomeno sul terreno, prettamente sostanziale, della costruzione della fattispecie. Di presunzione assoluta, a proposito degli effetti attribuiti alle decisioni del Garante nazionale, discorre invero anche la Corte di giustizia in una recente pronuncia; ma lo fa al fine precipuo di individuare, secondo una interpretazione autonoma, il regime temporale di applicazione *ratione temporis* dell’art. 9 della Direttiva, alla luce del discrimine che l’art. 22 traccia tra disposizioni sostanziali e processuali³⁵: l’indicazione quindi non può essere, a mio parere, sovrastimata e valorizzata ad altri fini³⁶. Occorre infatti comprendere se ed in che modo la prospettiva che abbiamo definito “sostanziale” sia utile a risolvere altri ordini di problemi e soprattutto a colmare le lacune o le zone d’ombra della disciplina.

antitrust sul processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1153 ss., 1182; IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell’UE e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015, 163 s.

³³ CARRATTA, *Intervento*, in *I Conflitti economici e la giurisdizione*, cit., 271.

³⁴ V. anche l’art. L 481-2 *Code consommation* francese che utilizza appunto la formula lessicale «*présomption irréfragable*». Peraltro è noto che il *code civil* del 1806 ed il nostro codice civile del 1865 riconducevano a presunzione legale assoluta la stessa autorità di cosa giudicata; si rischia quindi per questa via di rinverdire antiche formule con un guadagno in definitiva solo lessicale.

³⁵ Corte di giust., 20.4.2023 C-25/21, *Repsol*. La Corte si discosta tuttavia dalle conclusioni dell’Avv. gen. (che incentrava il discrimine temporale sulla cessazione degli effetti delle condotte oggetto della causa risarcitoria), sposando una versione “debole” della non retroattività e facendo leva, indipendentemente dal momento in cui possa dirsi “esaurita” la vicenda da cui nasce la pretesa risarcitoria (momento discriminante invece con riguardo ad altre previsioni “sostanziali”, cfr. Corte giust., C-267/20, *Volvo Daf*) sul momento in cui diviene definitiva la decisione amministrativa.

³⁶ Sulla relatività del discrimine tra norme processuali e sostanziali, per tutti: DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 64. Ad ogni modo, va detto che secondo l’impostazione prevalente natura sostanziale avrebbero tutte le norme sulle prove e che così dispongono, per individuare la legge applicabile, i Regolamenti Roma I e Roma II.

Perseguendo questa prospettiva, la decisione definitiva, quando esistente, diverrebbe per espressa volontà di legge un «elemento della fattispecie»³⁷, nel senso che il giudice deve recepire la violazione e la riconducibilità al suo autore per come risultano dalla decisione definitiva, con la conseguenza che tali questioni sono espunte del *thema decidendum ac probandum*³⁸. Secondo l'Autore che ha maggiormente sviluppato questo spunto, l'adozione della decisione definitiva che accerti l'infrazione, ove allegata dall'attore a fondamento della sua pretesa, rilevarebbe in definitiva come *fatto* costitutivo del diritto al risarcimento del danno³⁹. Adottando questo angolo visuale, certamente trovano lineare spiegazione sia la preclusione di ogni prova contraria, entro i limiti oggettivi della constatazione amministrativa; sia, e soprattutto, la stessa inconcepibilità di un "distacco" del giudice dalla decisione che accerti l'infrazione⁴⁰. Questa, pur essendo un provvedimento amministrativo, sfuggirebbe al potere di disapplicazione incidentale per la semplice ragione che nel giudizio risarcitorio rilevarebbe come *mero fatto*, della cui esistenza il giudice può solo prendere atto fino a che non venga rimosso nella sede propria⁴¹. Meno persuasivo mi appare il tentativo di argomentare la riproponibilità della domanda risarcitoria, già una prima volta respinta, allegando la sopravvenuta – e quindi in precedenza non deducibile – decisione definitiva del Garante: decisione pur sempre relativa alla medesima vicenda storica, ma qui intesa quale elemento costitutivo sopravvenuto di una fattispecie concorrente⁴². Non è questa la sede per sciogliere il nodo dei conflitti tra

³⁷ PARODI *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impr.*, 2021, 1140 s.; GILBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it.dir. pubbl. comunitario*, 2016, 7 ss., osservando che allorquando il provvedimento intervenga, concretizza l'ordinamento divenendo a sola regola applicabile.

³⁸ VACCARELLA, *Motivi inerenti alla giurisdizione: problemi vecchi e nuovi*, in *I conflitti economici e la giurisdizione*, cit., 6 nota 1.

³⁹ A.D. DE SANTIS, *La Direttiva 104/2014.UE e il suo impatto sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 137 ss., ID., *Intervento in Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, Atti del XXXII Convegno nazionale, Bologna, 2020, 474 ss., 484; ID., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, Roma, 2023, 133 s.

⁴⁰ Sotto altri profili, invece, la diversa qualificazione appare neutra. Con riguardo all'onere di allegazione della decisione, se ne ricava che l'esistenza della decisione non è rilevabile *ex officio*, trattandosi di *fatto costitutivo*; peraltro, alla medesima conclusione può giungersi anche ragionando in termini di giudicato, alla luce dell'art. 1306 c.c., ovvero in termini di prova legale ed in definitiva – a prescindere dalla qualificazione – pure argomentando dalla *ratio* della previsione. Anche l'asimmetria del vincolo, che in questa chiave si spiega per il semplice fatto che in assenza di condanna amministrativa manca il fatto costitutivo "speciale", trova adeguata sistemazione anche ragionando in termini di cosa giudicata mediante il richiamo al principio sotteso all'art. 1306 c.c.

⁴¹ A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile*, cit., 134.

⁴² A.D. DE SANTIS, *La Direttiva 104/2014.UE e il suo impatto sul processo civile*, cit., 159; ID., *Intervento in Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, cit., 485.

giudicato civile e decisioni amministrative, precedenti o successive⁴³, ma credo possano sollevarsi fondate perplessità nei confronti di un ragionamento che finisce a conti fatti per ammettere (non solo per il segmento temporale futuro) il superamento del giudicato civile già formatosi ad opera di quello che, comunque, resta pur sempre un successivo accertamento amministrativo dei medesimi fatti⁴⁴.

Quel che più conta, in definitiva, è che, oltre a postulare uno sdoppiamento della fattispecie a seconda che sia o meno allegata una decisione ed inoltre che tale decisione sia già divenuta definitiva, la proposta ricostruttiva sopra delineata risulta in definitiva del tutto neutra rispetto al problema centrale sollevato dall'art. 7 d. lgs. n. 3/2017.

Indipendentemente dalla veste dogmatica di cui lo si voglia rivestire, infatti, il vincolo così istituito innegabilmente entra in tensione con i principi del giusto processo, alterando i rapporti che ordinariamente intercorrono tra potere amministrativo e giurisdizionale⁴⁵ e limitando i diritti di difesa dell'impresa convenuta in sede civile.

Il perno dell'equilibrio dell'intero sistema, come pure deve dirsi a proposito dell'art. 16 Reg. 1/03, è dunque rappresentato dall'imprescindibile necessità di un sindacato giurisdizionale effettivo e quanto più completo possibile sulla decisione amministrativa⁴⁶.

Senza pretesa di chiudere in poche battute un tema assai articolato, che mobilita questioni di vertice intorno al concetto di giurisdizione "piena" ed alla congruenza dell'attuale assetto del riparto di giurisdizione in questo settore⁴⁷, deve a questo proposito prendersi atto del progressivo assestamento della giurisprudenza amministrativa sul massimo grado di approfondimento dello scrutinio, almeno nella misura compatibile con la struttura impugnatoria del giudizio⁴⁸.

⁴³ Tema poco indagato, sul quale v.: VALERINI, *op. cit.*, 139 s.; CAROVANO, *op. cit.*, 429; e, *si vis*, le primissime osservazioni formulate (con riguardo all'art. 16 reg. 1/03) nel mio *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*. I, Torino, 2006, 95 ss.

⁴⁴ V. RUFFINI, Intervento, in *I conflitti economici e la giurisdizione*, cit., 284, argomentando dalla disomogeneità tra il giudicato civile e la decisione amministrativa. Sul tema, tutt'altro che assestato anche nei rapporti tra giudicati, si rinvia all'indagine di GRADI, *Il contrasto teorico tra giudicati*, Bari, 2020, *passim* e in part., 244 ss., 364 s., il quale propugna una lettura dichiaratamente innovativa del contrasto logico o "semi-pratico" tra giudicati relativi a rapporti collegati da pregiudizialità-dipendenza, argomentando la praticabilità di rimedi successivi quando sopravvenga una decisione sul rapporto pregiudiziale che smentisca la soluzione accolta dal *previo giudicato sul rapporto dipendente*.

⁴⁵ Certo, potrebbe dirsi che l'ambito della cognizione giudiziale risulterebbe vincolato non già da un provvedimento amministrativo, ma direttamente *dalla legge* che pone la presunzione assoluta. Resta comunque che la presunzione assoluta viene dalla legge fondata sul provvedimento amministrativo, che appunto il giudice deve per legge rispettare.

⁴⁶ Sul "corto circuito" tra garanzia dell'indipendenza del giudice, tutela dei diritti di difesa dell'impresa convenuta e pienezza del sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo, si rinvia *ex multis* a: PARODI, *op. cit.*, 1162; GOISIS, *op. cit.*, 71 ss.; e *si vis*, NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 494 ss.

⁴⁷ Si rinvia in argomento a GOISIS, *op. cit.*, 71 ss.; A.A. ROMANO, *op. cit.*, 688 ss.; DALFINO, *op. cit.*, 46 ss.

⁴⁸ Per l'esplicito riconoscimento da parte del Consiglio di Stato della necessità di esercitare, sen-

Nondimeno, pur dando per ammessa l'adeguatezza dello scrutinio che l'impresa può sollecitare dal giudice amministrativo, il vincolo sancito dall'art. 7.1 D.lgs., n. 3/2017, soprattutto con riguardo alla decisione inoppugnabile⁴⁹, resta pur sempre un fenomeno deviante rispetto alle coordinate consuete dei rapporti tra giudizio ordinario e pubblici poteri, rispetto al quale – comunque lo si qualifichi – occorre in primo luogo cogliere precisamente in che misura e con quale forza operi. A questo proposito viene in rilievo la già evocata questione se il giudice civile possa “disapplicare” la decisione, esercitando il potere che l'art. 5 l. n. 2248/1865 (All. E). riconosce in generale al giudice civile dinanzi al quale sia invocata una decisione amministrativa, ed in particolare se possa disapplicare la decisione stabilizzatasi in assenza di impugnazione. Nonostante un'allusione in tal senso contenuta nella Relazione, non può non riconoscersi che l'esercizio del potere di disapplicazione mal si concilia con la chiara intenzione del legislatore europeo di impedire all'impresa di contestare nuovamente gli accertamenti amministrativi divenuti definitivi, e quindi cristallizzatisi a valle dell'effettivo o comunque possibile vaglio giurisdizionale, offrendo così al danneggiato una base sicura dalla quale partire. Convergono d'altronde verso l'esclusione della disapplicazione sia le impostazioni che parificano il vincolo a quello derivante dal giudicato, sia le impostazioni che collocano il vincolo sul piano della prova legale o, *a fortiori*, di una presunzione assoluta *iuris et de jure*⁵⁰. Alla stessa conclusione giunge chi, prescindendo dalle categorie processualcivilistiche, prende atto dell'attribuzione *ex lege* di una vera e propria efficacia provvedimentale autonoma al capo della decisione che contiene l'accertamento dell'infrazione, escludendone conseguentemente la disapplicazione in sede civile, in quanto equivarrebbe di fatto ad annullamento dell'atto, eludendo i termini di decadenza per l'impugnazione, e comun-

za zone d'ombra, un giudizio di “maggiore attendibilità” delle valutazioni tecniche opinabili: Cons. di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Come è stato autorevolmente rilevato, *episodici* arretramenti della tutela rispetto allo *standard* di sindacato (già in precedenza avallato: Corte e.d.u. 27.12.2011, *Menarini Diagnostics*) potrebbero semmai trovare rimedio nel ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo; non invece, si chiosa, con ricorsi ai sensi dell'art. 111 co. 8 cost., dato che la Suprema Corte ha sempre rifiutato di censurare il grado di approfondimento del controllo operato dal giudice amministrativo in quanto attinente ad un *error in procedendo* (per tutte: Cass. civ., sez. un., 20.1.2014 n. 1013; *Id.*, 3.11.2021 n. 31311) e ciò a maggior ragione a valle di Corte cost. 24.1.2018 n. 6 e degli epiloghi delle vicende *Avastin* (Cass. sez. un. 5.10.2021 n. 26920) e *Randstadt* (Corte di giust. 21.12.2021 C-497/2020; Cass. sez. un., 30.8.2022 n. 25503) e della conseguente riaffermazione della tradizionale lettura restrittiva della nozione dei limiti “esterni” della giurisdizione.

⁴⁹ Ma non diversamente in definitiva pure con riguardo alla decisione confermata dal giudice amministrativo, considerando che il rigetto della impugnativa, proprio in ragione dell'attuale conformazione del giudizio amministrativo, non equivale ad una declaratoria di sussistenza dell'infrazione, promandando l'accertamento vincolante pur sempre dal provvedimento amministrativo “confermato” o, meglio, non annullato.

⁵⁰ Oltre al già citato A.D. DE SANTIS, escludono la disapplicazione, pur variamente orientati quanto alla “natura” del vincolo anche: A.A. ROMANO, *op. cit.*, 693 nt. 70; PARODI, *op. cit.*, 1160; DALFINO, *op. cit.*, 99; COMOGGIO, *Note a una prima lettura*, cit., 1009.

que avallerebbe un abuso del processo da parte delle convenute⁵¹. Resta l'espresso riferimento all'art. 267 TFUE che l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 riprende dalla Direttiva, in linea con i principi espressi dalla Corte UE nella sentenza *Masterfoods*⁵². La complessiva compatibilità sistematica del vincolo non solo postula che i diritti difensivi della parte che lo subisce trovino adeguato contrappeso nell'imprescindibile possibilità di un effettivo e penetrante vaglio giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione; che residui in capo al giudice civile un ambito non del tutto marginale di libero apprezzamento, sui profili propriamente civilistici relativi all'*an* e *quantum* del danno e ed al nesso causale; ma riposa pure sulla facoltà che al giudice civile deve restare in qualche misura aperta di svincolarsi dell'accertamento amministrativo quando lo reputi illegittimo sotto il profilo della violazione del diritto *europèo* e ciò anche quando tale accertamento, proveniente da una Autorità nazionale, non sarebbe più impugnabile dalla parte privata⁵³. In conclusione, potrebbe dirsi che la decisione definitiva pone un vincolo assoluto quanto alle constatazioni in fatto, lasciando tuttavia potenzialmente spazio, almeno a fronte di decisioni non già confermate dal giudice amministrativo, ad un dissenso in diritto, che potrebbe tuttavia esprimersi *solo* investendo la Corte di giustizia e non invece sovrapponendo una propria autonoma valutazione a quella compiuta dall'Autorità garante.

3. L'ambito applicativo del vincolo ed il suo perimetro oggettivo

Indipendentemente dalla preferenza dell'interprete circa la "natura" del vincolo, tutte le prospettive sin qui esaminate sottolineano il carattere eccezionale e derogatorio quindi del fenomeno, non ricavabile dal sistema in via interpretativa. Ed in effetti – dal momento che, di regola, il "capo di accertamento" contenuto in un atto amministrativo non riveste efficacia esterna ed autoritativa nei rapporti tra privati – per attribuirgli l'idoneità a proiettare effetti vincolanti nell'ambito di un giudizio civile (salvo solo il limitato margine offerto dall'art. 267 TFUE) non si può prescindere da un'espressa previsione

⁵¹ GOISIS, *op. cit.*, 61 s. Secondo l'Autore l'art. 7 attribuisce *ex lege* effetto imperativo all'accertamento, attribuendovi veste di provvedimento autonomo il cui effetto si esaurisce nell'autoritativa dichiarazione dell'infrazione.

⁵² Con riguardo alle decisioni della Commissione, nel senso che al cospetto di una previa decisione della Commissione, in caso di dubbio sulla sua legittimità, il giudice nazionale possa in caso di dubbio deferire la questione alla Corte UE: Corte di giustizia 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods*, cit., pt. 54.

⁵³ Con riguardo all'art. 16 reg. 1/03, nel senso che ogni dubbio di eccessiva compressione della "indipendenza" del giudice nazionale sia fugato dal potere di interpellare la Corte di giust. con un rinvio di validità: Avv. gen. Villalon, 26.6.2012 C-199/11 *Otis*, 49 ss. In arg., v. anche PULEIO, *Lo statuto dell'illecito civile anticoncorrenziale tra giustizia compensativa e regolazione del mercato*, Napoli, 2021, 319; FABBIO, *op. ut. cit.*, 374; con riguardo alle decisioni di Commissione, v.: LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 510.

di legge⁵⁴, non suscettibile pertanto di schietta applicazione analogica. Anche per chi preferisca sottolineare la continuità con la regola già sancita dall'art. 16 Reg. 1/03 e quindi la "normalità" della subordinazione del giudice alla previa decisione amministrativa entro il micro-sistema dell'*enforcement antitrust*, il risultato non muta: precisamente, nel senso che non se ne può ammettere l'applicazione in via analogica *al fuori* dal contenzioso *antitrust*.

Se ne ricava che la regola (eccezionale o speciale, ma comunque derogatoria) non si applica alle decisioni rese da altre Autorità amministrative indipendenti, competenti in altri settori⁵⁵. *De jure condito* ed in difetto di espressa previsione in tal senso, la regola nemmeno si applica alle decisioni adottate dalla medesima Autorità garante della concorrenza e del mercato nel diverso settore delle pratiche commerciali scorrette⁵⁶, nonostante la convergenza teleologica dei due complessi normativi e nonostante anche in questo contesto le tutele civili spesso poggino su preve decisioni amministrative e quindi si pongano del tutto analoghe esigenze di coerenza decisoria⁵⁷. Allo stato attuale, le esigenze di coordinamento possono trovare spazio, nelle materie diverse dal diritto della concorrenza come definito art. 2 lett. b d. lgs. n. 3/17, solo sul piano istruttorio: riconoscendo alle decisioni un valore indiziario o di prova liberamente valutabile e comunque con piena apertura alla prova contraria, ferma restando l'autorevolezza delle valutazioni compiute dall'Autorità specializzata⁵⁸. D'altronde, la prudenza nell'espandere la regola

⁵⁴ Nel senso che al legislatore sia consentito attribuire efficacia imperativa all'accertamento, ma che a tal fine occorra una previsione espressa: GOISIS, *op. cit.*, 63 s.

⁵⁵ DALFINO, *op. cit.*, 108.

⁵⁶ Nel senso che allo stato attuale le risultanze del procedimento amministrativo possano al più costituire un principio di prova: A. GENOVESE, *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur.comm.*, 2022, I, 769. Cfr. FABBIO *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con articolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss., ove già prima della Direttiva si argomentava diffusamente l'identica efficacia vincolante delle decisioni dell'Autorità nel contesto *antitrust* ed in quello delle pratiche commerciali scorrette, in quanto soluzione ricavabile dal sistema ed essenzialmente dal principio immanente di coerenza dell'ordinamento, sotteso all'art. 16 reg. 1/03. L'A. ragionava, però, di vincolo salva disapplicazione (*op. cit.*, 213).

⁵⁷ Diversa conclusione sembra potersi attingere con riguardo ai provvedimenti che l'Autorità garante assume ai sensi dell'art. 9 co. 3-*bis* l. n. 192/98, in materia di abusi di dipendenza economica di rilevanza concorrenziale. La sostanziale sovrapposizione di tale figura (cui di recente l'Autorità ricorre con maggiore frequenza; in arg. Lopopolo, in *Mercato concorrenza e regole*, 2022, 177 s.) rispetto all'abuso di posizione dominante giustificherebbe l'inclusione anche delle relative decisioni nell'orbita della Direttiva 104/2014 (MINERVINI, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM*, in *Riv. regolazione mercati*, 2022, I, 517 ss., 534 s., 560; cfr. l'art. 2 n. 3 Dir. 104/2014 con la poco perspicua formulazione dell'art. 2 lett. b del d.lgs. 3/17, che include nella nozione di diritto della concorrenza i soli artt. 101, 102 TFUE e artt. 2, 3, e 4 legge 287/1990 e limita incongruamente alle disposizioni di "altro Stato membro" l'inclusione delle norme che "perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli artt. 101 e 102 TFUE").

⁵⁸ Non mi intrattengo sui problemi che solleva l'art. 37-*bis* cod. cons., delineando un duplice

del coordinamento rigido appartiene allo stesso legislatore comunitario, il quale *fuori dal settore della concorrenza*⁵⁹ adotta un atteggiamento assai più cauto, come si ricava dall'art. 15 della Dir. 1828/2020/UE, che si limita a prescrivere l'attribuzione ad eventuali preve decisioni amministrative di una non meglio precisata valenza di prova⁶⁰. Con il d.lgs. 10.3.2023 n. 28, in sede di recepimento, il legislatore nazionale non ha tuttavia riprodotto la previsione: evidentemente stimando non ve ne fosse affatto bisogno, considerato il diffuso consenso circa l'utilizzabilità come elemento di convincimento delle decisioni provenienti da autorità indipendenti altamente qualificate⁶¹. Resta la (già prevista per le azioni di classe) facoltà di sospensione del giudizio di ammissibilità dell'azione rappresentativa "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" (art. 140 *septies* cod. cons.): certo *da sola* inidonea ad attribuire efficacia *vincolante* alle decisioni di qualsiasi autorità indipendente ed in qualsiasi materia, sembra comunque presupporre che la decisione attesa abbia almeno una qualche efficacia, appunto probatoria.

Il problema della corretta perimetrazione del vincolo si pone anche entro l'ambito suo proprio, e cioè quando la decisione accerti una infrazione *antitrust*. Come noto, infatti, il decreto di recepimento, sul punto fedele alla Dir. 2014/104/UE e diversamente dalla più generale previsione dettata con riguardo alle decisioni della Commissione dall'art. 16

binario di *public* e *private enforcement* anche nel settore delle clausole vessatorie senza tuttavia replicare anche la regola di coordinamento imposta dalla Dir. 104/2014. In arg.: G. DE CRISTOFARO, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti b-to-c e procedimenti amministrativi di competenza dell'Agcm. Il novellato art. 37-bis c.cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 517 ss., 546 s., orientato nel senso della non estensibilità *extra moenia* del vincolo. Per l'espansione in questo settore della logica della prova privilegiata: Cass. 31.8.2021 n. 23655, in *Giur. comm.*, 20022, II, 595 ss., nota DE LUCA e in *NGCC*, I, 2022, 108 ss. nota di PISTILLI.

⁵⁹ V. anche il *Digital Market Act*: normativa che pur affermando di porsi come distinta e complementare rispetto all'antitrust, di fatto ne condivide le finalità ultime di tutela del mercato ed in cui si riproduce una previsione del tutto corrispondente all'art. 16 r. 1/2003 in ragione della prioritaria esigenza di preservare il ruolo preminente della Commissione (art. 39 co. 5 Reg. 2022/1925/UE).

⁶⁰ Art. 15 Dir. 1828/2020/UE. V. anche il Considerando 64. Per un commento critico sull'atteggiamento rinunciatario del legislatore europeo: CAMILLERI, *La Dir. 1828/2020/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1053 ss.

⁶¹ Cfr. tuttavia nel senso che l'utilizzo della decisione amministrativa come prova liberamente valutabile nell'ambito di giudizi civili, al pari dell'utilizzo in funzione probatoria della sentenza resa in altro processo, abbia carattere eccezionale ed esiga previsione espressa: A.A. ROMANO, *op. cit.*, 703. Diverso l'approccio della giurisprudenza che ammette ampiamente l'uso della sentenza come prova, poco o punto sensibile alle classiche obiezioni sollevate da Calamandrei (ribadite, giungendo mettere in dubbio la compatibilità costituzionale della tecnica, soprattutto da CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 981 ss.), e che trova oggi autorevole sostegno in dottrina (CARRATTA, *Intervento*, in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Quaderni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, cit., 472), anche nella direzione applicativa certo più discutibile e cioè quando la sentenza venga invocata come "prova" contro un terzo PROTO PISANI, *Dalla dommatica astratta all'irrompere del valore del diritto di difesa della Corte costituzionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 903 ss., 915).

Reg. n. 1/2003, prende in esame solo le azioni a *petitum* risarcitorio. In altra sede, avevo ritenuto possibile ed opportuno proporre un'interpretazione moderatamente estensiva della previsione, quando necessario per meglio assicurare l'efficienza del processo civile ed avevo quindi concluso per l'estensione del vincolo a tutte le conseguenze civilistiche di un'infrazione *antitrust* ed in primo luogo alle domande di nullità o restitutorie, spesso proposte in cumulo con quelle risarcitorie⁶². Una soluzione che a mio parere tanto più consigliabile, vista la crescente enfasi sulle sanzioni invalidatorie, quale emerge in particolare dagli orientamenti del Supremo Collegio sulla sorte dei contratti a valle di intese⁶³.

Deve tuttavia prendersi atto della diversa impostazione che emerge dalla decisione resa in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di Giustizia, nell'ambito di una controversia civile in cui gli eredi di un gestore di stazione di servizio chiedevano, nei confronti del fornitore di benzina già sanzionato dal garante nazionale per violazione dell'art. 101 TFUE mediante imposizione concertata dei prezzi di rivendita, la declaratoria di nullità dei contratti di fornitura ed il risarcimento del danno⁶⁴.

La Corte infatti afferma a chiare lettere che la domanda di nullità non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 9, che unicamente contempla le domande di risarcimento (pt. 32). Tuttavia, la Corte precisa che quando la Direttiva non si applica (*ratione temporis* o perché non si tratta di risarcimento del danno), l'esigenza di preservare l'efficacia dell'*antitrust enforcement* e quindi l'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE impone di riconoscere alla decisione definitiva *quantomeno* un peso probatorio *incisivo* nei giudizi civili e, segnatamente, un valore di presunzione relativa che richiama e corrobora la *doctrine* della "prova privilegiata" intesa quale presunzione giurisprudenziale fonte di una "verità interinale" con inversione dell'onere probatorio⁶⁵. La Corte ribadisce così che, diversamente da quanto deve dirsi per le decisioni della Commissione, l'efficacia vincolante della decisione nazionale non è imposta dal diritto UE primario e nemmeno dal principio della certezza del diritto⁶⁶, ma che questo nel contempo (osta ad interpretazioni che relegano l'accertamento amministrativo all'irrilevanza ed) esige che le si at-

⁶² Cfr. diversamente orientati: DALFINO, *op. cit.*, 91; A.A. ROMANO, *op. cit.*, 694.

⁶³ Nel caso delle fidejussioni bancarie riproducenti clausole uniformi redatte secondo lo schema ABI e già considerate frutto di un'intesa restrittiva (per la nullità parziale: Cass., sez. un., 30.12.2021 n. 41994; la notorietà della vicenda esime in questa sede da citazioni dottrinali), il Supremo Collegio ha riconosciuto efficacia di prova privilegiata alla decisione emanata dalla Banca di Italia, all'epoca investita della funzione di attuare il diritto *antitrust* in tale specifico mercato (Cass., sez. I, 22.5.2019, n. 13846). Si veda anche, con riguardo al caso *Euribor*, analoga apertura alla sanzione di nullità dei mutui indicizzati (Cass. civ., sez. III, 13.12.2023 n. 34889).

⁶⁴ Corte di giust., 20.4.2023 C-25/21, *Repsol*.

⁶⁵ Corte di giust., *Repsol*, cit., pt. 63, che si esprime in termini di "prova *prima facie* dell'esistenza di detta violazione». Nel senso che fuori dal campo di applicazione *ratione temporis* della Direttiva e quindi in assenza di una esplicita previsione normativa, la decisione possa valere solo come fonte di una presunzione relativa, v. già: Avv. gen. Kokott, Conclusioni 17.01.2019 in causa C-637/17 *Cogeco comm. Inc.*, pt. 93 ss.

⁶⁶ Avv. gen. Pitruzzella, Conclusioni, 8.9.2022 in causa C-25/21 *Repsol*, pt. 99.

tribuisca un valore *quantomeno* “altamente persuasivo”, indipendentemente dal *petitum* della domanda. Evidentemente, tanto non esclude certo che il legislatore nazionale *possa* estendere l’ambito di applicazione del vincolo a tutte le “azioni civili antitrust”, con un’espressa previsione in tal senso.

La necessità di ricercare una soluzione che concili al massimo grado i diversi interessi e valori in gioco esige analoga cautela applicativa con riguardo alla corretta perimetrazione dell’ambito oggettivo del vincolo, che l’art. 7 del decreto di recepimento espressamente circoscrive alla “natura della violazione” ed alla sua “portata materiale, personale, temporale e territoriale”⁶⁷, ulteriormente chiarendo che ne esulano le questioni attinenti all’esistenza del danno e del nesso causale. Ne risulta che il vincolo, come già rammentato, non si estende oltre i confini dell’illecito come constatato nel dispositivo della decisione, letto alla luce della sua motivazione e non copre le affermazioni in fatto meramente periferiche.

L’affermazione va ulteriormente precisata, sotto due diversi profili. In primo luogo, il giudice non può prescindere dall’accertamento amministrativo che una certa condotta, con determinate caratteristiche materiali temporali e territoriali, viola la norma *antitrust*; ma questo non esclude che il danneggiato, possa sollecitare il giudice civile ad accertare che la condotta illecita abbia avuto una estensione, cronologica o territoriale, maggiore di quella già constatata⁶⁸. In secondo luogo, quando le condotte per cui è causa sono simili, ma non coincidono appieno (distinguendosi appunto sotto il profilo cronologico o territoriale) con quelle accertate dal Garante, il giudice civile non risulta formalmente vincolato. Questo aspetto della perimetrazione del vincolo è da noi emerso con particolare vivacità nell’ambito del contenzioso seriale innescato dal noto caso delle fideiussioni bancarie *omnibus*. In quel contesto, la questione è stata affrontata: sia con riguardo all’oggetto della decisione⁶⁹, sia e soprattutto con riguardo al profilo *temporale*, in relazione a contratti conclusi in un arco di tempo successivo a quello cui si riferiva l’accertamento amministrativo e come tali a rigore estranei alla sua portata vincolante⁷⁰.

⁶⁷ Incorporando i limiti oggettivi indicati nel Considerando 34 Dir. 104/2014, ed in linea con gli orientamenti della Corte di giustizia maturati con riguardo all’art. 16 reg. CE n. 1/2003 (Corte giust. 6.11.2012, C-199/11, *Otis*, par. 65).

⁶⁸ Conclusione particolarmente evidente con riguardo al vincolo asimmetrico derivante dalla decisione del Garante nazionale, che opera solo a vantaggio del danneggiato e mai *contro* di lui.

⁶⁹ Arginando la tentazione di estendere la portata della decisione oltre il perimetro delle clausole ABI espressamente considerate, che riguardavano le sole fideiussioni *omnibus* e non invece quelle specifiche ovvero le garanzie a prima richiesta (Trib. Napoli, sez. imprese, 13.4.2023 n. 3859, in *Giur. it.*, 2023, 300 ss.).

⁷⁰ Ammonisce contro la tentazione di assolutizzare la portata della pronuncia della Banca d’Italia, estendendola a contratti di molto anni successivi alle vicende sanzionate: Libertini I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, 18 ss., 31. Nella difficoltà di tracciare una linea netta di demarcazione cronologica tra “effetti” ancora ascrivibili alle condotte sanzionate e contratti per i quali invece l’esistenza a monte dell’alterazione del mercato dovrebbe essere dimostrata *ex novo*, si è quindi proposto di fondare sulla previa decisione una presun-

Anche al di fuori del caso ABI, l'orientamento della giurisprudenza specializzata parrebbe nel senso di escludere l'efficacia vincolante quando la portata anche solo cronologica della decisione non coincida con quella della decisione amministrativa⁷¹. Il comprensibile tentativo di fondare sulla previa decisione, esclusa la portata vincolante, una presunzione (giurisprudenziale) di "permanenza della violazione", che spetti alla convenuta vincere con prove idonee⁷², deve tuttavia confrontarsi con quanto statuito dalla Corte UE nel già citato caso *Repsol*. La Corte di giustizia in tale sede ha infatti ulteriormente precisato l'intensità del condizionamento che la decisione amministrativa riverbera in sede civile, prendendo in considerazione la frequente situazione in cui la domanda di risarcimento deduca condotte *non appieno coincidenti* rispetto a quelle valutate in sede amministrativa: in simile ipotesi, afferma la Corte, la decisione, lungi dal porsi come premessa vincolante (prova legale o presunzione assoluta), nemmeno può fondare una presunzione relativa (come nel diverso caso in cui vi sia identità oggettiva) potendo assumere solo il più modesto valore di mero *indizio*⁷³. Dato che la pronuncia affronta in primo luogo le domande *follow-on* che si collocano fuori dal perimetro applicativo della Dir. 104/2014 *ratione temporis* o *ratione materiae*, non risulta tuttavia chiarissimo se, come parrebbe, la medesima efficacia depotenziata competa alla decisione che verta su condotte non pienamente coincidenti con quelle dedotte in sede civile, quando la Direttiva risulta invece pienamente applicabile. Posta la necessità di valorizzare sempre la preesistente indagine amministrativa, senza tuttavia estendere indiscriminatamente il vincolo irretrattabile, dalla sentenza *Repsol* sembra emergere una sorta di scala di graduazione dell'efficacia (da presunzione assoluta, sino a mero indizio), lungo la quale dovranno trovare armonica collocazione le diverse ipotesi (incluse le decisioni con impegni e le decisioni di altri Stati membri).

zione giurisprudenziale di persistenza della violazione: CAMILLERI, *La prova privilegiata sbiadita e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, in *Foro it.*, 2023, 1667 s.

⁷¹ Ad esempio, nel contesto di una controversia relativa a condotte dell'impresa dominante protrattesi oltre il referente cronologico della decisione amministrativa, il Tribunale ha precisato che quest'ultima rileva solo come "serio elemento probatorio" e non come accertamento vincolante: Trib Milano 21.5.2020 n 2894, caso SEA. Si soggiunge però che in assenza di allegazioni da parte della convenuta che la situazione sia sotto un qualsiasi profilo mutata, il Tribunale potrebbe continuare a basarsi sulla decisione relativa alla situazione pregressa

⁷² CAMILLERI, *op. ult. cit.*

⁷³ Corte di giust. *Repsol*, cit., pt. 64. L'Avv. gen. (Conclusioni *Repsol*, cit., pt. 106 ss.) definisce – contrapponendolo alla "prova *prima facie*" intesa come presunzione relativa di fonte giurisprudenziale (pt. 107) – le nozioni di "indizio o principio di prova" in termini di elemento "che deve essere valutato e corroborato alla luce di altri elementi di prova", con espressioni che al lettore italiano richiamano alla mente la tormentata figura degli "argomenti di prova" (nell'impostazione più classica, non suscettibili di fondare la decisione se non accompagnato da prove "piene") ed il loro controverso rapporto con la nozione di "indizio" e di presunzione semplice.

5. La responsabilità nell'ambito del gruppo societario: spunti di riflessione sulla "unità economica" tra sostanza e processo

L'esigenza di contenere entro limiti rigorosi la portata del vincolo promanante dalla decisione amministrativa si ripropone anche con riguardo al suo ambito soggettivo. Non si dubita infatti che la decisione sia opponibile in sede civile solo nei confronti delle imprese *destinatari del provvedimento*, inibitorio ed eventualmente (ma non necessariamente) anche sanzionatorio, adottato dalla Autorità garante; né si dubita che altrettanto valga per le decisioni della Commissione. In linea di principio, quindi, la vincolante constatazione di una condotta anti-competitiva opera solo in pregiudizio delle imprese convenute in sede civile e che abbiano partecipato al procedimento amministrativo e come tali siano espressamente menzionate nel dispositivo di constatazione dell'infrazione⁷⁴. Si tratta di una conclusione necessitata, dato che la legittimità del vincolo presuppone la garanzia piena del diritto di difesa prima entro il procedimento amministrativo e poi mediante il potere di impugnazione giurisdizionale. Ovviamente, anche in questo caso la parte danneggiata ben può sostenere in sede civile che l'infrazione constatata in realtà ha avuto (oltre che una durata o un'estensione maggiori, pure) una "portata personale" più ampia, coinvolgendo anche altri soggetti oltre a quelli già condannati in sede amministrativa. Tanto risulta palese per il vincolo solo *in utilibus* che promana dalla decisione dell'Autorità nazionale⁷⁵, ma vale pure – come recentemente riconosciuto dalla Corte di giustizia – per le decisioni della Commissione⁷⁶. In linea di principio, però, la parte danneggiata dovrebbe a tal fine assolvere il relativo onere della prova, senza poter fare affidamento sulla decisione riguardante solo altri soggetti: l'azione civile, insomma, si atterrebbe con riguardo ai soggetti estranei all'indagine amministrativa come azione *stand-alone* o quasi *stand-alone*.

La questione assume spessore concreto soprattutto nel frequente caso di coinvolgimento nella violazione constatata in sede amministrativa di imprese appartenenti a

⁷⁴ *Ex multis*: Franck, § 33b GWB, in Immenga-Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, 7 ed. 2024, Rn., 20; Id., *Private Enforcement of EU Competition Law in Germany. Country report* (Chapter 5) in *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, 2020, a cura di WOLLENSCHLÄGER, WURMNEST, MÖLLERS, accessibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=3728716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3728716>.

⁷⁵ Anche con riguardo al giudicato penale di condanna è pacifico che esso non preclude affatto al danneggiato, pur quando si fosse costituito parte civile in sede penale, di agire in sede civile nei confronti di altri soggetti reputati corresponsabili dell'imputato condannato (ad esempio del responsabile civile non coinvolto nel processo penale), con libera ed autonoma valutazione da parte del giudice civile.

⁷⁶ Nel senso che il giudice che successivamente constatati il coinvolgimento di altre imprese nella violazione non viola l'imperativo di non contraddizione posto dall'art. 16 Reg. 1/2003/UE, in quanto la circostanza che una determinata impresa non sia stata sanzionata non equivale alla sua assoluzione da ogni addebito: Corte di giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL V. Mercedes Benz Truck Espana SL*, pt. 61.

gruppi societari. Alla stregua della sopra rammentata impostazione rigorosa in ordine ai limiti soggettivi del vincolo, se l'Autorità garante indirizza l'addebito esclusivamente alla società capogruppo, la dimostrazione dell'eventuale coinvolgimento nell'illecito di altre società appartenenti al medesimo gruppo dovrebbe dunque essere autonomamente fornita dal danneggiato, il quale peraltro potrebbe giovare delle prove raccolte nel procedimento amministrativo oltre che ricavare elementi di convincimento dalla stessa previa decisione *inter alios*⁷⁷. La conclusione, tuttavia, va rimeditata alla luce della notissima decisione adottata, nel contesto del ramificato contenzioso civile esploso a seguito del c.d. cartello dei camion, dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nel caso *Sumal*⁷⁸.

In questa notissima pronuncia, la Corte di giustizia muove dalla nozione economica e funzionale di "impresa" che campeggia al centro della disciplina sostanziale *antitrust* e della sua attuazione in via amministrativa⁷⁹ e, rivendicando al diritto unionale – oltre alla determinazione dei soggetti che possono subire un danno risarcibile a causa di infrazioni degli artt. 101 e 102 TFUE – anche l'individuazione dei soggetti tenuti a risarcire tale

⁷⁷ In questo senso: FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali*, cit., 387; NAZZINI, *The effect of decisions by competition authorities in the EU*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, 68 ss., 74 citando la pronuncia della *Court of appeal in Emerson Electric Co v Mersen UK Portslade Ltd* [2012] EWCA Civ 1559, relativa ad una decisione della Commissione che, pur menzionando la controllata in motivazione risultava indirizzata alla sola capogruppo; A.A. ROMANO, *op. cit.*, 696; implicitamente: WURMNEST, *Liability of "undertakings" in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska, Case C-724/17*, in *Common Market L.R.*, 2020, 915 ss., 927. Cfr.: SOUSA FERRO, *Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions*, in *Market and Competition L.R.*, 2019, 51 ss., 65. Con riguardo all'ordinamento francese, evidenziando le oscillazioni giurisprudenziali e la necessità di un chiarimento che accordi la prospettiva *antitrust* a quella civilistico-societaria: LACRESSE, MARCHAL in *Private enforcement of competition law in Europe*, a cura di AMARO, Bruxelles, 2021, 246

⁷⁸ Corte di giustizia, C-882/19, *Sumal*, cit., pt. 67: «l'articolo 101.1, TFUE deve essere interpretato nel senso che la vittima di una pratica anticoncorrenziale di un'impresa può proporre un'azione di risarcimento danni *indifferentemente nei confronti di una società madre che è stata sanzionata dalla Commissione europea per tale pratica in una decisione o nei confronti di una società figlia di tale società che non è oggetto di detta decisione qualora esse costituiscano insieme un'unità economica*». Nel caso di specie, l'attore, una società con sede in Spagna, deduceva di avere acquistato dalla controllata locale di una delle società indagate dalla Commissione ed agiva quindi davanti ai giudici spagnoli convenendo in giudizio solo la controllata locale, estranea al procedimento amministrativo e quindi non menzionata nel dispositivo della decisione (ma, a quanto pare, nominata invece in motivazione nel contesto della descrizione della condotta illecita).

⁷⁹ Per tutti: LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 74 ss., 418 ss.; MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, 2° ed., Milano, 2020, 330 ss.; WHELAN, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, 27 aprile 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4080911>. Sulla nozione di unità economica applicata all'abuso di posizione dominante, v. Corte giust., 12.6.2022, C-377/2020, *Enel*.

danno⁸⁰, ne porta a compimento la già principiata estensione alla dimensione civilistica⁸¹ con riguardo al discusso fenomeno della imputazione della responsabilità nell'ambito dei gruppi societari⁸². La carica innovativa della pronuncia non si limita all'esplicita estensione anche sul piano della responsabilità civilistica della dottrina della "singola unità economica" quale risulta pienamente consolidata ameno a livello di *public enforcement* e quindi nella sua declinazione in termini di "*parental liability*", cioè di corresponsabilità solidale della *holding* per le condotte anti-competitive materialmente poste in essere dalle controllate⁸³. Infatti, la Corte si spinge oltre *la direzione ascendente della responsabilità* (che consente di ascrivere la responsabilità per l'illecito alla società che esercita influenza decisiva sulle solo apparentemente autonome entità raggruppate onde scongiurare

⁸⁰ In questo senso già: Corte di giustizia, 14 marzo 2019, C-724/17, *Skanska*, con cui la Corte estende al piano della responsabilità civile la dottrina della "continuità economica" in base alla quale la Commissione, onde scongiurare l'elusione dei precetti antitrust, può imputare le sanzioni alle società "eredi" di quella, nel frattempo cessata, che ha tenuto la condotta anti-competitiva o comunque alla società risultante da eventuali trasformazioni, fusioni, incorporazioni e simili.

⁸¹ Nel senso della piena convergenza tra il piano del "*public enforcement*" e quello del "*private enforcement*" *depon*e anche l'art. 1 Dir. 2014/104/UE, da interpretarsi nel senso che "i responsabili dei danni causati da una violazione del diritto comunitario della concorrenza sono proprio le "imprese" che hanno commesso tale violazione" (*Skanska*, *cit.*, punto 35).

⁸² La letteratura sulla responsabilità delle imprese di gruppo e sulle condizioni per imputare giuridicamente alla *holding* gli illeciti commessi servendosi delle società controllate è sterminata (in generale, sul progressivo affermarsi, a partire dall'art. 2947 c.c., di un onere di vigilanza sulla corretta organizzazione interna di tutte le società del gruppo onde prevenire il rischio di illeciti: RORDORF, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del d.lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2022, 5 ss.; con particolare con riguardo alle responsabilità in materia di illeciti ambientali e di violazione dei diritti umani: CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e dei diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria ai fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security and Justice. European legal studies*, 2022, 10 ss.; ZAMMITI, *La responsabilità della capogruppo per violazione del duty of care*, in *Rivista diritto societario*, 2021, 586 ss.). Per uno sguardo in chiave comparatistica al tema, si rinvia a: BOUDERHEM, *Groups of Companies in European Comparative Law*, in *European Business L.R.*, 2021, 177 ss.; ULFBECK, *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains. Is Competition Law Leading the Way?*, in *Market and Competition L. R.*, 2019, 107 ss.; oltre l'abuso dello schermo societario ed anche del *duty of care* a carico della controllante, prougnando una vera e propria responsabilità di impresa: PETRIN, CHOUDRY, *Group Company liability*, in *Eur.Business Org. L.R.*, 2028, 61 s.

⁸³ Sull'imputazione delle ammende nell'ambito delle imprese di gruppo, per tutti: LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 423 ss. Dopo la presa di posizione della Corte di giustizia nel caso *Skanska*, nel senso che nulla osti all'estensione in sede civile dell'imputazione, in virtù della influenza determinante che la prima esercita sulla seconda, *alla controllante* delle infrazioni commesse dalla *controllata*: MANZINI, *op. cit.*, 342; WURMNEST, *Liability of "undertakings" in damages actions*, *cit.*, 928 ss. Maggiori perplessità invece emergevano con riguardo alla praticabilità di un'ulteriore estensione, precisamente nel senso di una *bottom-down liability*, che facesse rispondere dell'infrazione commessa dalla capogruppo anche tutte le controllate, ancorché non direttamente partecipanti alla violazione. In senso dubitativo: WURMNEST, *op. cit.*, 930; FREUND, *Reshaping Liability. The concept of undertaking applied to private enforcement of EU Competition Law*, in *GRUR Int.*, 2021, 731 ss., 738.

strategie elusive ed abusi della forma societaria, secondo lo schema logico che giustifica il superamento dello schermo societario per attingere al patrimonio della capogruppo⁸⁴) ed ammette una sostanzialmente inedita estensione dell'imputazione dell'infrazione anche in senso "discendente": dalla società madre, che materialmente pone in essere la condotta illecita, alla società figlia ed indipendentemente da un consapevole coinvolgimento di questa nella violazione constatata. Il risultato viene raggiunto emancipandosi dall'argomento esclusivamente incentrato sui poteri di direzione e coordinamento esercitabili dalla *holding* (e quindi su di una sorta di "colpa organizzativa"⁸⁵) e ragionando invece di una diretta imputazione dell'infrazione e della conseguente responsabilità, così amministrativa come civile, alla "singola unità economica" e conseguentemente a tutte le società – formalmente distinte, ma in realtà avvinte da vincoli organizzativi e di controllo tali da farle operare sul mercato come una impresa unitaria dal punto di vista economico⁸⁶. La Corte aggiunge, però, una precisazione che – con il pensiero rivolto essenzialmente ai casi di gruppi conglomerati – mira ad evitare l'indiscriminato coinvolgimento di tutte le controllate da una medesima *holding*. Si esige quindi, al fine di riconoscere l'appartenenza delle controllate alla medesima unità economica, che (oltre al coordinamento) sussista anche un "legame concreto" tra le attività economiche della controllata e l'oggetto dell'infrazione constatata⁸⁷. L'attore in sede civile dovrebbe quindi provare che

⁸⁴ La diretta attribuzione di responsabilità alla *holding* per condotte delle controllate transita di regola dal riscontro caso per caso di un abuso dello schermo societario, che superi il confine della lecita separazione delle sfere di responsabilità all'interno del gruppo (per tutti: GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2006, 172 ss., 294 ss.). Tuttavia, è un dato ormai consolidato il rafforzato emergere in specifiche aree di una rilevanza unitaria del gruppo e tra queste si annoverano certamente le norme che vietano condotte anti-competitive, ai cui fini la realtà economica dell'esercizio di attività di impresa prevale sulle logiche proprie del diritto societario.

⁸⁵ Così, a proposito della presunzione relativa di esercizio effettivo del potere di coordinamento in caso di controllo totalitario o quasi totalitario: LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 424.

⁸⁶ La Corte sul punto accoglie l'impostazione dell'Avv. gen. Pitruzzella, 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, pt. 38 ss., che fa leva sulla diretta imputazione dell'illecito alla "unità economica" in quanto tale, in piena sintonia con le argomentazioni sviluppate da Kersting (*Germany*, in *The EU Damages Directive Transposition in Member States*, a cura di RODGER, SOUSA FERRO, *Oxford University Press*, 2018, 125 ss., 131; ID., *Liability of sister companies and subsidiaries in the European competition law*, 27.2.2020, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=3355816>; KERSTING, OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, accessibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4032719>). Secondo Kersting, si potrebbe parlare di una responsabilità del gruppo in quanto tale, *rectius* della "singola unità economica", idonea quindi a ricadere su tutte le articolazioni interne (in senso ascendente, discendente ed anche collaterale). Per ulteriori riferimenti sullo stato del dibattito tedesco, innescato dalla ricezione della nozione di "unità economica" ai fini della responsabilità amministrativa dell'impresa (§ 81 abs. 3a GWB), anteriormente alla decisione *Sumal*: LUND, *Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft*, Tübingen, 2014, 274 ss.; WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle*, Tübingen, 2017, 65 ss.; WIEGANDT, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Tübingen, 2018, 174 ss.

⁸⁷ Corte di giustizia, *Sumal*, *cit.*, pt. 51. Così definita, quindi, la "unità economica" non coincide necessariamente con il gruppo societario, al cui interno possono sussistere diverse unità econo-

le controllate siano attive nel medesimo settore economico interessato dall'infrazione⁸⁸. Per questa via, la Corte di giustizia sostanzialmente avalla una propalazione (*quasi automatica*⁸⁹) della responsabilità all'interno della "unità economica", come sopra definita, che potenzialmente potrebbe espandersi anche in linea collaterale sino a riconoscere una "*sister-liability*", cioè la corresponsabilità di ciascuna società (attiva nel medesimo ramo e) soggetta alla direzione della medesima *holding* per l'illecito di una consorella⁹⁰.

La decisione, sotto questo profilo generalmente ben accolta dalla dottrina⁹¹, ha il dichiarato obiettivo di agevolare l'azione risarcitoria, non solo e non tanto aumentando

miche a seconda del ramo di attività (nel caso di specie, il legame consisteva nella commercializzazione ad opera della controllata del prodotto oggetto della collusione orchestrata dalla *holding*). La Corte si discosta quindi in parte dalle conclusioni dell'Avv. gen. Pitruzzella (cit., pt. 57 s.), nella misura in cui questi sembrava esigere la prova che l'attività economica della controllata fosse "in qualche modo necessaria alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale" (cit., pt. 57). Va precisato, peraltro, che il requisito aggiuntivo del "nesso speciale" con l'oggetto dell'infrazione si impone solo ai fini della imputazione discendente della responsabilità: *non* invece quando si tratti di risalire alla responsabilità della *holding*, che continua ad esigere solo la prova della influenza determinante (così esplicitamente l'Avv. gen., Conclusioni, cit., pt. 59).

⁸⁸ La Corte di giustizia (pt. 51 s.) pone a carico del danneggiato attore la prova dell'appartenenza della società convenuta alla "unitaria impresa" che ha commesso l'illecito, da considerarsi evidentemente quale fatto costitutivo della pretesa risarcitoria. Mentre ai fini della prova della influenza decisiva, il danneggiato può giovare delle presunzioni elaborate dalla Corte di giustizia in presenza di controllo totalitario o quasi-totalitario, apparentemente (e salvo lo sviluppo di "presunzioni giurisprudenziali" ispirate al canone della vicinanza alla prova) non soccorre invece alcuna inversione dell'onere della prova quanto al requisito aggiuntivo. Come è stato opportunamente osservato nella Relazione di apertura da parte del Prof. Libertini, questo aggravamento dell'onere probatorio – sostanzialmente compensando il vantaggio di potersi fondare sulla previa decisione amministrativa – rischia di ridimensionare l'effettivo impatto del nuovo principio sull'auspicata agevolazione del *private enforcement* lasciando il danneggiato in balia di defatiganti contestazioni circa la riconducibilità o meno della controllata convenuta alla medesima impresa in senso economico. In definitiva, al danneggiato si prospetta una scelta: o rivolgersi alle società espressamente condannate in sede amministrativa, anche se ciò dovesse comportare maggiori costi a causa della sede estera, ovvero rivolgersi alle controllate domestica, sopportando allora un onere probatorio aggravato (*Garnier One for all, and all for one! The Sumal decision specifies the scope of the notion of undertaking to facilitate private actions*, in <https://competition-forum.com>, 2022, 9).

⁸⁹ La geometria variabile che la figura della "unità economica" assume per effetto del requisito aggiuntivo del "nesso speciale", rappresenta l'aspetto della decisione *Sumal* sul quale maggiormente si sono incentrate le considerazioni critiche ed altresì, come immediatamente rilevato, l'aspetto di maggior debolezza, dal punto di vista del danneggiato attore.

⁹⁰ Passo che la Corte non compie espressamente, ma in direzione del quale offre impliciti appoggi argomentativi. Sulla c.d. *sister-liability*: Kersting, *Liability of sister companies and subsidiaries*, cit.; per aperture in tale direzione: WHELAN, *Private enforcement and the imputation of antitrust liability*, cit., 22

⁹¹ Tra i primi commenti: GARNIER *op. cit.*; KERSTING, OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit* (*Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2021, 651 e 2022, 14), accessibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=4032719>; SOUSA FERRO, *Binding effect of public enforcement decisions*, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4126981>. A margine del rinvio pregiudiziale: WAGENER, *Die wirtschaftliche Einheit*

la platea dei corresponsabili in solido – il che già per definizione agevola il creditore e lo tutela contro eventuali strategie elusive attuate mediante trasferimenti patrimoniali interni al gruppo – ma soprattutto eliminando le complicazioni processuali che potrebbero scoraggiare l’iniziativa dei privati quando la *holding* condannata dalla decisione amministrativa sia una società con sede all’estero. In effetti, mentre risulta del tutto evidente l’utilità di aggredire la *holding*, di regola maggiormente capitalizzata, l’utilità di coinvolgere le società controllate si coglie essenzialmente nella dimensione processuale: consentendo all’attore di indirizzare la pretesa risarcitoria nei confronti della controllata “domestica”, si favorisce *indirettamente* il radicamento della controversia nel foro dell’attore⁹², allo stesso tempo e soprattutto riuscendo ad eliminare i costi aggiuntivi imposti dalla necessità di notificare all’estero presso la sede della *holding*⁹³. Ulteriore corollario, inespresso ma implicito, si registra in ordine alle potenzialità applicative dell’art. 8.1 Reg. n. 1215/2012, dato che il danneggiato attore in sede civile ben potrebbe sfruttare – senza timore di sentirsi opporre obiezioni fondate sul carattere fittizio del litisconsorzio così radicato⁹⁴ – la sede di una qualsiasi controllata, anche in assenza di rapporti diretti con la stessa, per ivi attrarre la capogruppo⁹⁵ ed inoltre concentrare le pretese – tra loro strettamente con-

im Zivilprozess – Eine für Alle und Alle für Eine?, in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2020, 238. Buona parte della dottrina si mostra semmai preoccupata della complessità della nuova definizione di unità economica e delle sue possibili ricadute in ambiti ulteriori, ad esempio, con riguardo al calcolo del fatturato ai fini del tetto massimo delle ammende (*ex multis*: TUINENGA, *The road ahead for liability in damages actions*, in *Journal of european competition Law&Practice*, 2022, 416 ss.). In senso maggiormente critico circa la direzione discendente della responsabilità: ACKERMANN, *Das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit: Zur Expansion eines unionskartellrechtlichen Konzepts*, in *ZEuP* 2023, 529, 531; VIEIRA PEREZ, *Don’t blame the children. Why inverted and horizontal liability for antitrust infringements should be rejected*, in *Market and competition L.R.*, 2022, 15 ss.; VIEIRA PEREZ-NEVES, *The theory of Economic unit and the downward liability of subsidiaries for the sins of their parent companies: better not !*, in *CoRe*, 2022, 98 ss.; SUÁREZ, *De matrices y filiales*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 1149 ss.

⁹² Peraltro, come riconosce la Corte (*Sumal*, cit., punto 65 sg.), ai sensi dell’art. 7.2 reg. 1215/2012, anche convenendo in giudizio la controllante, autrice della violazione, l’attore potrebbe radicare la controversia nel luogo dell’acquisto avvenuto per il tramite della controllata. In arg., NEGRI, *La localizzazione del danno da “prezzo eccessivo”*, in *Giur. it.*, 2022, 2386 ss.

⁹³ Conclusioni dell’Avv. gen. PITRUZZELLA, cit., pt. 68.

⁹⁴ Circa l’opportunità di un qualche correttivo all’art. 8.1 reg. n. 1215/2012: Lund, *op. cit.*, 315 ss. Sullo stato dell’arte, dando atto della sostanziale chiusura della Corte di giustizia al vaglio di abusività in concreto: C. FRATEA, *Cross-border damage antitrust claims and private international rules on jurisdiction*, in *Private enforcement of competition law in Europe*, a cura di R. AMARO, Brussels, 2021, 123 ss., 137.

⁹⁵ Conclusioni dell’Avv. gen. Pitruzzella, cit. pt. 57 e nota 69, richiamando espressamente la tendenza, soprattutto delle corti britanniche, a riconoscere la propria giurisdizione ai sensi dell’art. 8.1 Reg. n. 1215/2012 anche nei confronti delle convenute estere, facendo leva sulla sede inglese della società controllata da una di esse, pur estranea all’accertamento dell’infrazione nei confronti della, alla sola condizione che quest’ultima pratici nel mercato inglese il prezzo di cartello. Sull’applicabilità dell’art. 8.1 reg. n. 1215/2012 nel caso compartecipazione di più imprese ad un’in-

nesse – contro tutte le diverse “imprese”, i.e. distinte “unità economiche”, partecipanti alla collusione. L'estensione della responsabilità solidale conduce così potenzialmente ad una moltiplicazione esponenziale delle possibilità di *forum shopping*⁹⁶.

Fermo che il principio così sancito inevitabilmente tracima anche sul piano interno, con riguardo al vincolo *secundum eventum* a conformarsi alla constatazione di infrazione operata in sede nazionale dall'Autorità garante⁹⁷, in questa sede vorrei brevemente soffermarmi su ulteriori profili processuali della decisione. Come già rilevato, la Corte di giustizia sancisce apertamente la *vis expansiva* del vincolo che promana dalla decisione amministrativa, emessa nel contraddittorio con una qualsiasi delle società costituenti la unitaria impresa (nel caso di specie, con la società capogruppo), nell'ambito di successivi giudizi civili risarcitori coinvolgenti altre società riconducibili alla medesima “unità economica” nell'ambito del gruppo societario. In questo modo, i contorni della portata soggettiva del vincolo non risultano più con certezza ricostruibili a priori sulla base del tenore della decisione (cioè del suo dispositivo, letto alla luce della motivazione), ma divengono suscettibili di ampliamento a posteriori previa dimostrazione della appartenenza del convenuto in sede civile alla “unità economica” di cui sia stata così accertata la responsabilità: e ciò anche quando le controllate non indagate nemmeno siano state menzionate nella motivazione della decisione. In ogni caso, posto che la nozione funzionale di impresa, quale soggetto cui si rivolgono i divieti *antitrust*, convive con la formale separazione delle società che la compongono⁹⁸ e di cui si predica la corresponsabilità so-

frazione “unica e continuata”: Corte di giustizia, 21 maggio 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims*, cit., punti 24 ss.

⁹⁶ In tema di gruppi societari, si segnala peraltro un recente rinvio pregiudiziale (C-393/23, *Athenian Brewery SA-Heineken*) con cui la Corte Suprema olandese chiede se ed in che limiti l'art. 8.1 reg. n. 1215/2012 consenta al soggetto, che subisca un danno sul mercato estero ad opera di una società con sede in tale mercato estero e condannata da una decisione del competente Garante nazionale, di convenire in giudizio tale società presso il foro della sua capogruppo olandese (non sanzionata), facendo leva *esclusivamente* sulla presunzione (astrattamente) relativa di influenza determinante a fronte di controllo quasi totalitario.

⁹⁷ Benché *Sumal* attenga al dovere del giudice nazionale ai sensi dell'art. 16 Reg. UE 1/2003 di non adottare pronunce in contrasto con la decisione già emessa o prefigurata dalla Commissione, mi sembra difficile oggi sostenere il contrario facendo leva sul riferimento contenuto nell'art. 7.1 d.lgs. 3/2017 alla portata “personale” della violazione come accertata dalla decisione. Ed infatti, da un lato l'art. 7.1 d.lgs. 3/2017 discorre di un'infrazione accertata nei confronti del suo “autore” e dall'altro lato, in piena aderenza alla Dir. 2014/104, l'art. 2 comma 1 lett a) precisa che per “autore della violazione” deve intendersi la “impresa” che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza ed è pacifico che la nozione di “impresa” in tale contesto debba leggersi alla luce dei precedenti della Corte di giustizia e quindi della piena convergenza tra il piano del “*public enforcement*” e quello del “*private enforcement*” sancita nei più recenti arresti (Corte giust., *Skanska*, cit., punto 35).

⁹⁸ Anche là dove nella legislazione speciale emerge la dimensione integrata del “gruppo societario”, resta indiscussa l'autonomia formale delle singole società aggregate nell'ambito del gruppo, che pacificamente mantengono distinta personalità giuridica. Così, nell'ambito delle crisi di impresa, dove gli artt. 284 ss. d. lgs. 14/2019 prevedono un coordinamento meramente processuale

lidale, questa estensione inevitabilmente sollecita il tema della tutela dei diritti di difesa delle società non coinvolte nel procedimento amministrativo: tema al quale in effetti la Corte di giustizia dedica espressa considerazione, alla ricerca di un compromesso che a parere di chi scrive non risulta del tutto scevro da ambiguità⁹⁹. Da un lato, la Corte afferma che alla controllata assente dovrebbe essere consentito di sollevare in sede civile tutti gli argomenti difensivi che avrebbe potuto sollevare in sede amministrativa; dall'altro lato, però, tale spazio difensivo finisce per risultare sensibilmente ridotto quando sussista una previa decisione resa nel contraddittorio della capogruppo: in questo caso, alla società controllata resta precluso contestare dinanzi al giudice civile l'esistenza dell'infrazione, potendo solo negare di essere parte della unità economica responsabile dell'illecito¹⁰⁰. La difesa si concentrerà così essenzialmente sulla sussistenza del “nesso speciale” con l'oggetto dell'infrazione, richiesto dalla Corte per disegnare i confini della “impresa in senso economico”, e solo la prassi dirà se e come tale requisito aggiuntivo verrà contestualizzato in situazioni diverse dal cartello di prezzo. Ad ogni buon conto, resta che la società “figlia” viene privata del potere di contestare l'esistenza ed i caratteri dell'infrazione ai divieti *antitrust*, cioè del primo e fondamentale tassello della sua responsabilità risarcitoria. La Corte di giustizia osserva in proposito che non militano, con riguardo alle proiezioni in sede civilistica degli accertamenti amministrativi, le medesime esigenze difensive che informano l'applicazione delle ammende, alla luce della natura quasi penale di queste ultime, ed in ultima analisi fonda la soluzione sull'esigenza di effettività del rimedio risarcitorio, inteso quale indispensabile completamento dell'azione pubblica a tutela della concorrenza. La conclusione potrebbe lasciare perplessi (tanto più con riguardo alle decisioni nazionali¹⁰¹), considerando che la legittimità dell'effetto

dei procedimenti, senza confusione delle masse attive/passive (FUIANO, *I gruppi di imprese*, in *Diritto della crisi di impresa*, a cura di TRISORIO LIUZZI, Bari, 2023, 676 ss., 704; e già, in ordine all'originaria versione delle disposizioni: C. D'ALESSANDRO, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, 1039 ss., § 5; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2002, 1015 ss.). V. anche l'art. 31 d.lgs. 276/2003 in materia di organizzazione del lavoro.

⁹⁹ Per considerazioni critiche sulla tenuta della soluzione, sotto il profilo dei diritti di difesa dei soggetti estranei al procedimento amministrativo: CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, 499 ss., 512; in argomento, si veda anche: SOUSA FERRO, *Binding effect of public enforcement decisions*, 2022, accessibile al sito <https://ssrn.com/abstract=4126981>, § 5. Cfr., diversamente orientati, giudicando la soluzione un accettabile compromesso: Piletta Massaro, *Corte di giustizia UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata*, in *Giur. it.*, 2022, 1398 ss., 1403; VIEIRA PERES, *Don't blame the children*, cit., 45, la quale (movendo da una diversa impostazione sostanziale, che ripudia qualsiasi automatismo nella estensione in senso discendente della responsabilità) reputa comunque tollerabile che la controllata non possa mettere in discussione l'ambito materiale, temporale e territoriale dell'illecito quale attribuito alla controllante.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, *Sumal*, cit., punto 54 e 67.

¹⁰¹ Nonostante l'ambiguo cenno contenuto nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3/2017, dove si discorre di efficacia della decisione nei confronti dell'autore della violazione “che ha partecipa-

vincolante nel successivo giudizio civile riposa essenzialmente sulla pienezza dei diritti difensivi garantiti al soggetto indagato in primo luogo nella sede amministrativa e poi in quella di ricorso giurisdizionale; tuttavia, il disagio scompare postulando che i diritti di difesa nella sede amministrativa siano stati esercitati per tutti dalla “unità economica” in quanto tale ed alla quale, e conseguentemente a tutte le sue componenti, viene imputata l’infrazione.

In effetti, la pronuncia *Sumal* pare a tratti adombrare ellitticamente una sorta di “entificazione” della “unità economica”, in quanto unitario centro di imputazione di rapporti giuridici ai fini della disciplina *antitrust*¹⁰². Quel che, mi pare, resta irrisolto attiene alla più precisa traduzione di questo assunto, e della sottesa nozione funzionale di impresa in senso economico, sul piano del procedimento e del processo¹⁰³.

Una prima soluzione muove dal riconoscimento della “unità economica” come soggetto di diritto o almeno “quasi-soggetto”, in quanto destinataria degli artt. 101 e 102 TFEU e della responsabilità che risulta dalla violazione degli stessi. La soggettività giuridica della unità economica, una volta ammessa sul piano sostanziale, sia pure con riguardo solo a taluni rapporti, dovrebbe necessariamente riverberarsi, con riguardo a quei me-

to o poteva partecipare al procedimento davanti all’autorità”. Volendo coltivare il già menzionato parallelo con l’art. 651 c.p.p., deve ricordarsi che quest’ultima disposizione espressamente circo-scrive l’efficacia vincolante della condanna penale all’imputato ed al responsabile civile “che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale” e, si aggiunge, che non sia stato successivamente estromesso: non accontentandosi dunque della mera legittimazione ad intervenire.

¹⁰² Corte di giustizia, *Sumal*, cit. punto 58 ss. Ancora più nettamente, si vedano le citate Conclusioni dell’Avvocato generale Pitruzzella, punti 35 e 46. In dottrina: KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries*, cit., 23.

¹⁰³ Recentemente sono stati sollevati quesiti pregiudiziali volti a chiarire i limiti di questa apparente “entificazione” e l’orientamento degli Avvocati Generali mira ad arginare i tentativi di trarne corollari ulteriori. In un primo caso, si chiede se, nel contesto di una controversia *antitrust* sia possibile notificare un atto indirizzato alla società madre presso la sede della società figlia. L’Avv. gen. Szpunar liquida agevolmente la questione rilevando che la nozione di u.e. rileva sul piano dell’attribuzione della responsabilità e non su quello strettamente procedurale con riguardo alle regole sulla notificazione dell’atto introduttivo ai sensi del Reg. 1393/2007/UE (Conclusioni, 11.1.2024, C-632/22, *Volvo AB*). In altro caso, ancora una volta relativo al cartello dei camion, si chiede invece se la nozione di unità economica possa essere invocata ai fini giurisdizionali consentendo alla società madre di agire in giudizio ai sensi dell’art. 7.2 reg. 1215/2012/UE presso il giudice dello Sato della sua sede onde ottenere il risarcimento dei danni patiti altrove dalle sue controllate estere. L’Avv. gen. Emiliou (Conclusioni, 8.2.2014 C-425/22, *MOL*) propone una risposta negativa, osservando che non vi sono esigenze di effettività della tutela giurisdizionale tali da imporre un superamento nel settore *antitrust* della giurisprudenza *Dumez*, che esclude la rilevanza ai fini della competenza internazionale dei danni subiti *par ricochet* da una persona giuridica diversa da quella che li ha inizialmente sostenuti (cfr., ipotizzando che la “unità economica” possa essere nel suo insieme danneggiata da una condotta anti-competitiva: KERSTING, *Private Law Liability of the Undertaking Pursuant to Art. 101 TFEU in Wirtschaft und Wettbewerb*, 2019, 290, accessibile al sito: <https://ssrn.com/abstract=3439973>, par. 6.)

desimi rapporti, anche sul piano processuale¹⁰⁴: riconoscendo quindi la qualità di parte in senso sostanziale e processuale direttamente alla unità economica e non invece alle sue articolazioni. Senza pretesa di voler qui sciogliere in poche battute una questione che trascende le competenze del processualista, osservo che, allo stato attuale, mi sembra difficile ragionare di un completo dissolvimento della separata personalità delle società operative¹⁰⁵, da considerarsi (ancorché solo in relazione alla responsabilità civile *anti-trust*) alla stregua di mere agenzie interne: in definitiva, l'unità economica autrice dell'infrazione risponde, anche civilmente, con i patrimoni delle società coordinate, delle quali infatti si afferma la corresponsabilità solidale¹⁰⁶. Ciò posto, sembra del pari difficile riconoscere alla "unità economica" una propria (anche limitata) soggettività, *distinta* da quella delle società che la compongono. Peraltro, paradossalmente, se così fosse, si dovrebbe semmai concludere per l'estraneità delle società assenti rispetto al procedimento ed alla decisione indirizzata nei confronti della sola "unità economica", rappresentata dalla capogruppo¹⁰⁷. La decisione emessa nei confronti dell'impresa collettiva potrebbe allora

¹⁰⁴ Sul parallelismo tra soggettività sostanziale (intesa peraltro semplicemente come idoneità ad essere centro di imputazione di rapporti giuridici) e processuale, vedi per ogni riferimento: GALANTI, *Processo senza soggetti. Contributo allo studio delle gestioni patrimoniali autonome nel processo*, Milano, 2021, 104 ss. L'A. propone peraltro un superamento di tale impostazione, sviolando la nozione di parte processuale dalla necessaria aderenza ad un "soggetto", con riguardo alle svariate figure di patrimoni autonomi adespoti ovvero "in bilico" tra soggetto ed oggetto di diritti. Per identificare una autonoma parte processuale risulta infatti sufficiente individuare un autonomo patrimonio responsabile per determinate obbligazioni (GALANTI, *op. cit.*, 237 s., patrimonio che poi agisce nel processo per il tramite di un rappresentante "peri-organico"); dall'altro lato, però, può dirsi che l'esistenza di un patrimonio autonomo risulta elemento essenziale per poter isolare una parte processuale, come nel caso della società di persone rispetto ai soci o del condominio rispetto ai condomini (con riguardo a questo secondo: S.A. VILLATA, *Tutela giudiziale e obbligazioni del condominio*, Pisa, 2023, 54).

¹⁰⁵ Come da tempo efficacemente argomentato, la nozione di "persona giuridica" non dev'essere ingenuamente ipostatizzata (per tutti: ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss., 997; GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, Bologna, 2010, 27 ss.), riducendosi a segno linguistico stenotipico di una determinata disciplina di rapporti giuridici. Sarebbe quindi improprio argomentare dal postulato della alterità soggettiva per trarne conclusioni estranee alla disciplina positiva riassunta nella nozione di persona giuridica. Così, alla stregua della giurisprudenza della Corte di giust., l'imputazione della violazione della normativa antimonopolistica (non tanto squarcia, ma) semplicemente prescinde dal c.d. "schermo" societario". Sul piano della responsabilità civile, tuttavia, mi sembra che ne derivi la responsabilità solidale delle entità coordinate, ma non necessariamente anche la creazione di una nuova e diversa "soggettività".

¹⁰⁶ Nel senso che la unità economica non sia *vollstreckbar*: OTTO, in KERSTING, OTTO, *op. cit.*, 6. Diversamente Kersting assimila il gruppo societario ad una sorta di super-società semplice, linearmente spiegando la illimitata e solidale responsabilità dei membri rispetto alle obbligazioni riferite alla impresa collettiva. Resta tuttavia da risolvere il nodo della rappresentanza (KERSTING, OTTO, *op. cit.*, 20 ss.).

¹⁰⁷ Non diversamente da quanto vale, secondo l'impostazione più persuasiva (ancorché forse minoritaria in giurisprudenza), nei rapporti tra società di persone e soci illimitatamente responsabili, ai quali in quanto terzi non dovrebbe essere opponibile il giudicato contro la società trovando

dirsi opponibile in via riflessa nei confronti delle società assenti solo ravvisando la prevalenza (sui diritti di difesa) di altri valori pari-ordinati: ed in questa logica, diversamente dal caso di estensione del vincolo in senso ascendente alla società “madre”, l’imprescindibile necessità di analoga estensione anche in senso inverso appare meno stringente.

Secondo una diversa prospettiva, si potrebbe invece muovere dalla presenza diretta di ciascuna società appartenente alla “unità economica” all’interno del procedimento in cui sia presente una qualsiasi di esse, con la conseguenza che il diritto di difesa nel procedimento amministrativo dovrebbe considerarsi esercitato anche a vantaggio di ogni società “figlia” per il tramite della capogruppo¹⁰⁸. Sviluppando questo assunto, qualsiasi sia la società contingentemente indagata dalla Autorità, alla stessa compete la rappresentanza processuale della complessiva “unità economica” e l’esercizio della difesa a vantaggio di tutte le altre componenti e così dell’intero insieme. La “unità economica” parrebbe emergere, in questa chiave, piuttosto come una sorta di *nomen* riassuntivo, che designa una pluralità di soggetti da ritenersi tutti parti sostanziali del procedimento amministrativo ed in quello presenti per il tramite di una qualsiasi delle sue componenti in una sorta di rappresentanza reciproca¹⁰⁹. In questa prospettiva, appare del tutto naturale concludere che la decisione amministrativa, assunta nel contraddittorio della capogruppo o di una qualsiasi società controllata, riguardi in realtà ed in via diretta ogni società riconducibile all’unitaria entità economica responsabile della condotta anti-competitiva. Collocandosi in questa medesima prospettiva, tuttavia, non potrebbe archiviarsi come del tutto peregrino il dubbio circa la legittimazione di tali società ad impugnare autonomamente e quindi anche a fronte della inerzia dei destinatari diretti il provvedimento amministrativo¹¹⁰, in quanto l’accertamento in esso contenuto le riguarda in via diretta pur non essendone le destinatarie nominate¹¹¹.

semmai applicazione l’art. 1306 c.c. (per tutti e per ogni ulteriore riferimento: BALENA, *Sentenze contro società di persone ed effetti per il socio*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 110 ss.; S.A. VILLATA, *op. cit.*, 145 ss., anche con riguardo al rapporto condominio-condomini; analogamente, esclude l’opponibilità del giudicato nei rapporti tra associazione non riconosciuta e soggetti che hanno agito per suo conto: Cass. civ., 18.01.2024 n. 1915. Cfr. TOTA, *Sull’efficacia contro il socio illimitatamente responsabile della condanna emessa nei confronti della società*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1098 ss., sulla scia della nota teoria della “dipendenza permanente” da noi difesa soprattutto da Luiso).

¹⁰⁸ Realisticamente nell’ambito di un gruppo societario anche la difesa in un procedimento antitrust verrà coordinata a livello di gruppo, quale che sia la società concretamente coinvolta (tanto più quando indagata sia la controllata, cui la *holding* potrebbe impartire istruzioni).

¹⁰⁹ Cfr. *Kersting, Otto, op. cit.*, 21, i quali peraltro reputano che ciascuna entità abbia la rappresentanza (in sostanza, organica) della unità economica nel suo insieme, e non invece dei singoli soggetti appartenenti al gruppo. Gli A. non si nascondono tuttavia le difficoltà connesse ad esempio al mutamento della composizione del gruppo, ovvero alla possibilità di intervento nel procedimento amministrativo.

¹¹⁰ Naturalmente, se invece la decisione viene impugnata, alle altre società (che si gioverebbero dell’eventuale annullamento) non converrebbe partecipare al giudizio di impugnazione, onde conservare integra la possibilità di contestare la propria appartenenza al gruppo.

¹¹¹ Sousa Ferro (*Binding effect of public enforcement decisions, cit.*, §5), che argomenta la compa-

ABSTRACT

Premessa una breve ricognizione del modello di coordinamento introdotto dell'art. 7.1 d.lgs. n. 3/2017, si intende dare conto degli assai diversificati percorsi qui sperimentati dalla dottrina per ambientare la "anomalia" entro la cornice sistematica del processo civile. Quale che sia la preferita qualificazione, si osserva che la limitazione della libera valutazione del giudice ad opera di una pronuncia non giurisdizionale – pur giustificata dall'obiettivo di valorizzare la speciale competenza dell'Autorità ed agevolare il contenzioso civile – non corrisponde alla regola nel nostro ordinamento e deve pertanto essere contenuta entro limiti ragionevoli. Il contributo si concentra quindi su taluni aspetti applicativi tuttora controversi ed indaga in particolare, alla luce della più recente elaborazione giurisprudenziale delle Corti comunitarie, il tema della perimetrazione dell'ambito applicativo oggettivo e soggettivo della previsione.

Foreword a brief survey of the coordination model introduced by the art. 7.1 Legislative Decree no. 3/2017, we intend to give an account of the very different paths experimented here by the doctrine to set the "anomaly" within the systematic framework of the civil trial. Whatever the preferred qualification, it is observed that the limitation of the judge's free evaluation by a non-jurisdictional ruling – although justified by the objective of enhancing the special competence of the Authority and facilitating civil litigation – does not correspond to the rule in our legal system and must therefore be contained within reasonable limits. The contribution therefore focuses on certain application aspects that are still controversial and investigates in particular, in the light of the most recent jurisprudential development of the Community Courts, the theme of the perimeter of the objective and subjective application scope of the forecast.

tibilità con i diritti di difesa del vincolo esteso ai soggetti non menzionati nella decisione proprio assumendo che la legittimazione ad impugnare la decisione amministrativa debba riconoscersi a tutte le entità che appartengono alla "unità economica" sanzionata.