

## Il private enforcement

### Cenni sulla disciplina delle azioni di risarcimento del danno conseguenti ad illeciti antitrust, alla luce del decreto legislativo 2017/3

---

#### Sommario:

Introduzione: *“il diritto a un pieno risarcimento” del danno conseguente alla violazione di disposizioni antitrust.*



1. I Principi della Direttiva:
  1. *Divulgazione delle prove.*
  2. *Effetto delle decisioni delle Autorità nazionali.*
  3. *Responsabilità solidale.*
  4. *Quantificazione del Danno.*
  5. *Decorrenza della prescrizione e composizione consensuale della controversia.*
2. Il Decreto Attuativo:
  1. *Natura del danno,*



*sua valutazione e prova 2. L'esibizione delle prove. 3. Gli effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza. 4. La modifica della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.*

---

#### Introduzione: **“il diritto a un pieno risarcimento” <sup>(1)</sup> del danno conseguente alla violazione di disposizioni antitrust**

Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (di seguito anche il “Decreto Attuativo”), in vigore dal 3 febbraio 2017 <sup>(2)</sup>, ha dato attuazione nel nostro paese alla Direttiva europea del 26 novembre 2014, n. 104 <sup>(3)</sup> contenente norme volte all’armonizzazione, nello spazio europeo, della disciplina relativa alle azioni di risarcimento del danno conseguente alla violazione di disposizioni nazionali ed europee in materia di diritto della concorrenza (di seguito anche la “Direttiva”).

Con l’espressione *“private enforcement”*, in materia di diritto della concorrenza, si intende riferirsi alle azioni civili di risarcimento del danno promosse da soggetti che ritengono di aver subito un pregiudizio a seguito di una condotta contraria alla normativa nazionale, ovvero europea, sulla concorrenza, sia la violazione già stata accertata o meno da una autorità

---

<sup>(1)</sup> Così recita la rubrica dell’art. 3 della Direttiva.

<sup>(2)</sup> In G.U. 19-1-2017, Serie generale n. 15.

<sup>(3)</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, in G.U. dell’Unione Europea 15 dicembre 2014, L 394.

nazionale o europea.

Le condotte anticoncorrenziali spesso riguardano alterazioni delle condizioni e il prezzo a cui i beni o i servizi vengono venduti o prestati, ed hanno come conseguenza sul mercato domestico ed europeo la determinazione di un sovrapprezzo per i clienti/acquirenti degli autori della violazione, che rappresenta la componente di danno principale delle azioni di *private enforcement*.

Tratto peculiare delle azioni risarcitorie per violazioni antitrust è la particolare complessità dell'esame giuridico, fattuale ed economico volto a dimostrare la fattispecie dannosa e la sua quantificazione.

Da un lato, infatti, le violazioni del diritto della concorrenza, spesso perpetrate su una vasta scala territoriale, presentano carattere transfrontaliero, circostanza che impone quindi la valutazione della disciplina di diversi ordinamenti giuridici; dall'altro, gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dal soggetto che ha tenuto il comportamento illecito, ovvero dall'autorità che sta conducendo un'indagine in relazione al medesimo, e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore.

Sul presupposto, confermato nella Direttiva, che le azioni volte all'accertamento del danno da illecito anticoncorrenziale siano uno degli elementi che contribuiscono a conferire, a livello privatistico, effettività al sistema di coercizione delle violazioni del diritto della concorrenza, e in ragione delle caratteristiche e della natura proprie di tali azioni, la medesima Direttiva si propone di sancire principi che consentano agli Stati membri di orientare in modo uniforme le proprie norme e procedure interne in modo da consentire a chiunque (persona fisica o giuridica, impresa o associazione di imprese) abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, di esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere il pieno risarcimento di tale danno, con la garanzia di una protezione equivalente in tutta l'Unione <sup>(4)</sup>.

---

## 1. I Principi della Direttiva

Recependo alcuni orientamenti già consolidati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e con l'obiettivo di rispondere all'esigenza di definire un sistema unitario di regole che eviti il rischio di approcci divergenti da parte dei giudici dei diversi Stati membri, la Direttiva enuncia alcuni principi di grande rilievo che di seguito si riassumono.

### *1. Divulgazione delle prove*

Nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno da illecito antitrust, il Giudice incaricato deve avere la facoltà, qualora ne abbia

---

<sup>(4)</sup> Cfr. art. 1 della Direttiva.

fatto istanza l'attore, sulla base di una richiesta motivata, di ordinare al convenuto o a un terzo la divulgazione di prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto. L'istanza, precisa la Direttiva, viene accolta solo dopo un *esame rigoroso* da parte del giudice che valuti la sussistenza di *proporzionalità* tra la richiesta e il sacrificio di rendere disponibili informazioni e documenti, anche riservati <sup>(5)</sup>.

La Direttiva precisa che, per assicurare l'efficace applicazione del diritto della concorrenza, i Giudici nazionali devono potere richiedere l'esibizione delle prove anche alle pubbliche autorità.

Se il destinatario della richiesta è la Commissione europea, si applicano il principio di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE e l'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 sulle richieste di informazioni. Alle richieste rivolte alle autorità pubbliche degli Stati membri si applicano i principi di cooperazione giuridica e amministrativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale <sup>(6)</sup>.

### *2. Effetto delle decisioni delle Autorità nazionali*

La Direttiva sancisce il così detto "effetto vincolante", in sede di giudizio civile risarcitorio da illecito anticoncorrenziale, dei provvedimenti definitivi delle autorità nazionali di concorrenza, ovvero dei giudici del ricorso, che accertino le violazioni del diritto della concorrenza ex art. 101 o 102 TFUE, ovvero ai sensi del diritto nazionale.

Qualora il provvedimento che accerta l'illecito antitrust sia stato pronunciato in un altro stato membro, lo stesso verrà considerato "*almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti*" <sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>.

### *3. Responsabilità solidale*

La direttiva sancisce che le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili solidalmente per il danno causato dalla violazione, con la conseguenza che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua interezza e il

---

<sup>(5)</sup> Cfr. art. 5 della Direttiva.

<sup>(6)</sup> Cfr. artt. 6 e 7 della Direttiva.

<sup>(7)</sup> Principio sancito nella pronuncia Masterfoods, Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89, Delimitis, e 14 dicembre 2000, C-344/98.

<sup>(8)</sup> La norma disciplina il valore vincolante delle pronunce delle Autorità nazionali antitrust, ricordiamo che, con riferimento alle decisioni della Commissione Europea di accertamento degli illeciti antitrust; con riferimento alle decisioni della Commissione europea, si ricorda l'articolo 16 del regolamento n. 1/2003, che, codificando alcuni principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, attribuisce preminenza alle pronunce dell'autorità europea stabilendo l'obbligo in capo ai giudici nazionali di evitare pronunce "in contrasto" con le decisioni adottate dalla stessa Commissione.

soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito.

Nel caso in cui la violazione sia stata commessa da una piccola o media impresa (PMI), come definita nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, la responsabilità solidale è limitata nei confronti dei soli propri acquirenti diretti ed indiretti (ancorché con ulteriori limitazioni).

#### 4. *Quantificazione del Danno*

In considerazione della difficoltà di quantificazione del danno in cui incorre l'attore nelle azioni di *private enforcement*, quantificazione che potrebbe rendere "diabolica" la prova, e quindi frustrare l'azione, il legislatore europeo ha sancito che, nella normativa nazionale in materia di azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust, né l'onere della prova né il grado di rilevanza della prova, richiesti per la quantificazione del danno, debbano rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento. Per tale motivo i Giudici nazionali debbono avere il potere di stimare l'ammontare del danno, qualora sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile per l'attore quantificare con esattezza lo stesso, sulla base delle prove disponibili.

La direttiva sul presupposto di fatto, riscontrato nella prassi, che in una elevatissima percentuale di casi gli illeciti integranti cartelli determinano danni, ha sancito una presunzione *iuris tantum* di sussistenza del danno, nel caso di accertamento di tale illecito.

4

#### 5. *Decorrenza della prescrizione e composizione consensuale della controversia*

La Direttiva prevede che il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento, che nel minimo deve essere di cinque anni, non inizi a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza, o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione.

Inoltre, qualora l'azione di risarcimento sia stata esperita prima dell'accertamento della violazione da parte dell'Autorità competente, la decorrenza del termine di prescrizione deve essere sospesa, ovvero interrotta, qualora l'Autorità avvii un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il risarcimento del danno. La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo <sup>(9)</sup>.

Viene inoltre stabilito che il termine di prescrizione sia sospeso per la durata del procedimento di composizione consensuale delle controversie. La sospensione del termine di prescrizione si applica solo nei confronti delle

---

<sup>(9)</sup> Cfr. art. 10 della Direttiva.

parti che sono o sono state coinvolte o rappresentate in tale procedimento<sup>(10)</sup>.

---

## 2. Il Decreto Attuativo

Il contenuto del Decreto Attuativo è sostanzialmente aderente alle disposizioni della Direttiva e ne ricalca la struttura e l'articolato<sup>(11)</sup>. Alcune previsioni europee sono state adeguate all'ordinamento giuridico nazionale (ad esempio specificando quali siano i meccanismi di composizione stragiudiziale delle controversie alternativi all'azione giudiziale di risarcimento), altre hanno richiesto l'elaborazione di concreti meccanismi che ne consentissero la concreta operatività (come nel caso della definizione delle modalità di cooperazione tra giudice nazionale e autorità garante della concorrenza in sede di esame della richiesta di esibizione di prove).

Di seguito una breve sintesi dei contenuti del Decreto Attuativo, con particolare attenzione alla disciplina in materia di quantificazione del danno, di prova dello stesso e di competenza giurisdizionale.

### *1. Natura del danno, sua valutazione e prova*

Il Decreto attuativo prevede che il risarcimento del danno da illecito antitrust “*comprenda il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni*”<sup>(12)</sup>. L'azione di *private enforcement* si iscrive nel generale ambito della responsabilità aquiliana, pertanto quanto previsto dalla Direttiva è pacifico nel nostro ordinamento, che non pone, sotto questo profilo, differenze rispetto ad altri ambiti del diritto, ossia che il risarcimento deve essere pieno, nel senso che deve porre il soggetto nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato compiuto<sup>(13)</sup>.

Su tale impostazione, il Decreto fa espresso richiamo ai principi del codice civile in materia, ai sensi dei quali: (i): il risarcimento comprende la perdita subita e il mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta

---

<sup>(10)</sup> Cfr. art. 18 della Direttiva.

<sup>(11)</sup> il Decreto Attuativo è infatti suddiviso in sette capi, che corrispondono a quelli della Direttiva, dedicati a: disposizioni Generali (artt. 1-2), esibizione delle prove (artt. 3-6); effetto delle decisioni delle autorità, termine di prescrizione delle azioni e responsabilità in solido (artt. 7-9); trasferimento del sovrapprezzo (artt. 10-13); quantificazione del danno (art. 14); composizione consensuale delle controversie (artt. 15-16); disposizioni transitorie e finali.

<sup>(12)</sup> Art. 1 comma 2 del Decreto Attuativo.

<sup>(13)</sup> La Corte di giustizia ha avuto modo di confermare, proprio con riferimento all'ordinamento italiano, che l'impostazione del danno aquiliano è idonea a soddisfare il principio di effettività dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo, assicurando il diritto del singolo al risarcimento del danno derivante da una condotta contraria alle norme sulla concorrenza, e che il diritto europeo non richiede di introdurre elementi ulteriori, in particolare elementi con connotazione punitiva, Corte di giustizia 13 luglio 2006, Manfredi, da C-295/04 a C-298/04.

della violazione (art. 1223 c.c.); (ii) in caso di concorso del fatto colposo del creditore il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (art. 1227, comma 1); (iii) il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2). Il richiamo all'art. 1226 codifica la facoltà del giudice di liquidare il danno da illecito antitrust in via equitativa, qualora non possa essere provato nel suo preciso ammontare.

Recependo il principio enunciato dalla Direttiva, l'art. 14 comma secondo del Decreto Attuativo sancisce una presunzione relativa di sussistenza del danno in caso di cartello, salva la prova contraria dell'autore della violazione.

La norma determina una sostanziale inversione dell'onere della prova. Una volta che venga dimostrato che l'illecito del cartello sia stato compiuto (circostanza provata de plano nel caso di giudizi conseguenti provvedimenti di condanna), spetterà al convenuto dimostrare che la propria condotta non ha determinato alcun pregiudizio all'attore.

L'ultimo comma dell'art. 14 del Decreto Attuativo disciplina i meccanismi di collaborazione tra giudici civili e Autorità garante, in particolare prevedendo che *“il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno”* e l'Autorità, *“salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza”*, presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica dopo aver sentito l'Autorità stessa. La disciplina attuativa ha un maggior grado di dettaglio rispetto alla omologa previsione contenuta nella Direttiva, che si limita a esplicitare genericamente il diritto del giudice all'assistenza nella *“determinazione quantitativa del danno”*.

## 2. L'esibizione delle prove

Il regime in materia di esibizione delle prove <sup>(14)</sup> rappresenta uno degli aspetti di maggior rilevanza della nuova normativa. Gli strumenti di indagine processuale appannaggio del Giudice, sino alla novella, erano disciplinate dalle norme processuali del codice di rito <sup>(15)</sup>.

Il Decreto Attuativo introduce le previsioni necessarie a dare attuazione alla Direttiva, senza ampliare la portata dello strumento, in sostanza, prevedendo

---

<sup>(14)</sup> Capo II del Decreto Attuativo.

<sup>(15)</sup> La Corte di Cassazione, con pronuncia del 4 giugno 2015, n.11564, prima dell'entrata in vigore del Decreto Attuativo, ne ha in parte anticipato i contenuti; sul presupposto della diretta applicabilità della Direttiva aveva stabilito che nelle azioni di *private enforcement* *“il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati (...), tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza (...) mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti e richiesta di informazioni (...) nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio”*.

l'attribuzione al giudice del potere di ordinare, su istanza di una parte, alla controparte o a un terzo di esibire determinate prove rilevanti ai fini della decisione (16). La nuova normativa viene ricondotta all'istituto dell'esibizione delle prove, già noto al nostro ordinamento, collocandosi rispetto alle norme generali in un regime di specialità.

L'istanza della parte deve essere motivata e contenere *“l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa”*. La divulgazione delle prove viene autorizzata qualora il Giudice rilevi da un canto l'effettiva utilità degli elementi probatori richiesti per la soluzione della controversia, dall'altro la proporzionalità dell'esibizione rispetto (a) alla valutazione dei fatti e prove disponibili, (b) ai costi per l'ottenimento delle informazioni, (c) al carattere riservato delle stesse.

La novella contempera l'obbligo di esibizione con forti presidi di garanzia relativamente alla riservatezza delle informazioni svelate.

Quando un'azione di *private enforcement* è promossa in pendenza di un procedimento di accertamento della violazione da parte di un'Autorità Garante, ovvero dopo la conclusione dello stesso (c.d. casi *follow on*) i Giudici avranno la facoltà, con le limitazioni previste dalla stessa novella, di chiedere la divulgazione di prove eventualmente incluse nel fascicolo istruttorio.

### *3. Gli effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza*

In ottemperanza alla Direttiva, il Decreto Attuativo introduce nel nostro ordinamento il richiamato principio dell'efficacia probatoria vincolante, in sede di giudizio di accertamento del danno antitrust, dei provvedimenti di accertamento della violazione da parte dell'autorità garante nazionale, prevedendo che ai fini dell'azione risarcitoria, *“si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità garante [...] non più soggetta ad impugnazioni avanti il giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”* (17).

Prima dell'adozione della novella, non sussisteva alcuna disposizione normativa in tal senso. La giurisprudenza di Cassazione aveva tuttavia

---

(16) Ai fini dell'istruzione probatoria delle cause per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale sono stati sino ad applicati l'articolo 210 c.p.c. a norma del quale il giudice può, su istanza di una parte, ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo, e l'articolo 213 c.p.c. relativo alla acquisizione quali fonti di prova nell'ambito del giudizio civile delle informazioni in possesso di una pubblica amministrazione. Ricordiamo che già sussiste nel nostro ordinamento per le controversie in materia di proprietà industriale e di diritto d'autore, un regime relativo alle esibizioni simile a quello introdotto dal Decreto Attuativo (ancorchè meno articolato. Cfr. Articolo 121 del Codice della proprietà industriale e articolo 156-bis della legge n. 33/1942 sul diritto d'autore).

(17) Art. 7 del Decreto Attuativo.

maturato un orientamento secondo il quale le decisioni dell'AGCM costituivano “*prova privilegiata*” della sussistenza del comportamento illecito accertato, in particolare con riferimento al carattere antiggiuridico della condotta <sup>(18)</sup>. Ora il Decreto, in coerenza con la Direttiva, supera l'orientamento della cassazione, rafforzando consistentemente gli effetti delle pronunce dell'AGCM, determinando di fatto una limitazione delle facoltà probatorie del convenuto.

Con riferimento agli effetti delle decisioni definitive di autorità garanti della concorrenza di altri stati membri, che accertino una violazione del diritto della concorrenza, essa “*costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale, e territoriale, valutabile insieme ad altre prove*” <sup>(19)</sup>.

#### *4. La modifica della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa*

Dal 2012, nel nostro ordinamento, la competenza a decidere le controversie in materia di *private enforcement* è attribuita alle sezioni dei tribunali specializzate in materia di impresa (c.d. tribunale per le imprese).

Attualmente ventidue sezioni aventi sede presso i Tribunali e le Corti di appello dei capoluoghi di ogni regione italiana. Poiché si è verificato che in molte di queste sezioni il numero di azioni di *private enforcement* non era sufficiente a consentire la maturazione di una specifica esperienza da parte dei giudici, si è colta l'opportunità del Decreto Attuativo per modificare la disciplina sulla competenza, prevedendo la concentrazione della stessa ad un numero ristretto di uffici.

L'art. 18 del Decreto Attuativo, apporta infatti alcune modifiche all'art. 4 del Decreto Legislativo 2003/168, sostanzialmente suddividendo i Tribunali per le imprese in tre distretti geografici e stabilendo la competenza della sezione per le imprese del Tribunale di Milano per gli uffici Giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Treviso, Trieste Venezia, Trento e Bolzano; della sezione per le imprese del Tribunale di Roma per gli uffici Giudiziari ricompresi nei distretti Ancona, Firenze l'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari; della sezione per le imprese del Tribunale di Napoli per gli uffici Giudiziari ricompresi nei distretti di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce Taranto, Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo e Reggio Calabria.

---

<sup>(18)</sup> Corte di Cassazione, sez. I civ., 13 febbraio 2009, n. 3640. In alcune sentenze successive il Supremo Collegio è andato altro, precisando che il ruolo di prova privilegiata della decisione dell'Autorità amministrativa, pur non precludendo la facoltà per il convenuto nel giudizio di risarcimento del danno di fornire la prova contraria dei fatti accertati, impedisce che possano rimettersi in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in sede di procedimento davanti all'autorità di concorrenza, (in questo senso Corte di Cassazione, sez. III civ., 20 giugno 2011, n. 13486.

<sup>(19)</sup> Art. 7 comma 2 del Decreto Attuativo.