



**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**ILLECITO *ANTITRUST* E AZIONE DI CLASSE  
Tra *public* e *private enforcement***

**Relatrice  
Prof.ssa Silvana Dalla Bontà**

**Laureanda  
Martina Carpenzano**

**Anno Accademico 2020/2021**





**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**ILLECITO *ANTITRUST* E AZIONE DI CLASSE  
Tra *public* e *private enforcement***

**Relatrice  
Prof.ssa Silvana Dalla Bontà**

**Laureanda  
Martina Carpenzano**

**concorrenza – illecito *antitrust* – *public enforcement* – *private enforcement*  
– azione di classe**

**Anno Accademico 2020/2021**



## INDICE

<b>INDICE</b> .....	I
<b>INTRODUZIONE</b> .....	1
<b>CAPITOLO I: LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i></b> .....	7
1.    La tutela della concorrenza .....	7
1.1.    La derivazione europea del diritto <i>antitrust</i> : riflessioni sulla <i>ratio</i> della tutela della concorrenza e illustrazione delle fonti UE del diritto <i>antitrust</i> .....	7
1.2.    Il <i>public enforcement</i> della tutela della concorrenza .....	11
1.3.    Il diritto <i>antitrust</i> in Italia: l'originario silenzio della Costituzione sulla tutela della concorrenza e la legge n. 287 del 1990 .....	13
2.    L'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato .....	16
2.1.    Considerazioni preliminari sul ruolo rivestito dall'AGCM e le sue funzioni in materia <i>antitrust</i> .....	16
2.2.    Il procedimento <i>antitrust</i> dell'AGCM: la disciplina .....	21
2.3.    La fase preistruttoria del procedimento <i>antitrust</i> .....	24
2.4.    L'avvio del procedimento <i>antitrust</i> .....	28
2.5.    La fase istruttoria del procedimento <i>antitrust</i> .....	30
2.6.    Le forme di partecipazione alla fase istruttoria delle imprese sospette e il tema dell'effettiva garanzia del contraddittorio in relazione alla c.d. legalità procedurale .....	31
2.7.    La specifica questione dell'accesso al fascicolo istruttorio come forma di garanzia del contraddittorio .....	33
2.8.    Lo svolgimento della fase istruttoria del procedimento <i>antitrust</i> .....	36
2.9.    La fase decisoria del procedimento <i>antitrust</i> : cenni alla disciplina e natura del provvedimento finale .....	39
3.    Il controllo giurisdizionale dei provvedimenti <i>antitrust</i> del giudice amministrativo .....	42
3.1.    La legittimazione ad impugnare e gli atti impugnabili nella fase del controllo giurisdizionale amministrativo .....	42

3.2.	Cenno alla distinzione tra atti di regolazione e provvedimenti sanzionatori.....	43
3.3.	Il tema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell’Autorità: introduzione .....	44
3.4.	La posizione della giurisprudenza amministrativa più risalente .	45
3.5.	L’orientamento restrittivo della Corte di Cassazione .....	46
3.6.	La dottrina della <i>full jurisdiction</i> e conseguenti aperture del Consiglio di Stato ad un sindacato più intenso .....	47
3.7.	La novità legislativa dell’art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e i problemi di compatibilità con i principi costituzionali e della Cedu .....	49
3.8.	Le attuali posizioni divergenti all’interno del Consiglio di Stato: la portata del sindacato del giudice amministrativo rimane una questione aperta .....	53

**CAPITOLO II: LA NUOVA AZIONE DI CLASSE QUALE STRUMENTO DI PRIVATE ENFORCEMENT .....** 53

1.	L’azione di classe quale strumento di <i>private enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i> : le ragioni della sua imprescindibilità nel nostro ordinamento.....	53
1.1.	L’azione di classe ex art. 140- <i>bis</i> c.cons.: i profili generali della precedente disciplina e il limitato perimetro della sua applicazione .....	55
1.2.	L’insuccesso dell’azione di classe consumeristica: riflessioni sulle ragioni delle difficoltà applicative della disciplina di cui all’art. 140- <i>bis</i> c.cons. ....	58
1.3.	L’introduzione di una nuova <i>class action</i> a carattere generale: un quadro generale della disciplina di cui alla l. n. 31/2019 .....	60
1.4.	I profili di indagine della nuova <i>class action</i> nel presente lavoro ai fini della valutazione della sua effettività .....	66
2.	L’annosa questione della legge applicabile nel tempo in materia di <i>class actions</i> , con specifico riguardo alle ipotesi di <i>private enforcement antitrust</i> .	66
3.	La legittimazione ad agire e il sistema di <i>opt-in</i> nell’odierna azione di classe attuato mediante il processo di adesione: riflessioni sulla portata ampliativa della l. n. 31/2019 e sull’adeguatezza del meccanismo di <i>opt-in</i> alla realizzazione del <i>private enforcement</i> .....	68
3.1.	La legittimazione ad agire nella <i>class action</i> : cenni alla duplice portata innovativa della l. n. 31/2019 .....	69

3.2.	Il mantenimento del sistema di <i>opt-in</i> in Italia: l'adesione ai sensi della l. n. 31/2019. La sopravvivenza dei problemi di efficienza della tutela collettiva e l'occasione persa di vera riforma della nuova disciplina collettiva .....	71
3.3.	I modelli di <i>class actions</i> adottati da altri Paesi: dall' <i>opt-out</i> puro statunitense ai modelli ibridi e flessibili in Europa. Possibili spunti per il legislatore italiano e riflessioni sui problemi di compatibilità dell' <i>opt-out</i> con il nostro ordinamento giuridico .....	74
3.4.	Prospettive future per il legislatore italiano: la possibile introduzione di un modello flessibile tra <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> .....	78
4.	Il rafforzamento della fase istruttoria nelle azioni collettive finalizzato a sopperire alle intrinseche difficoltà probatorie della classe: le innovazioni della l. n. 31/2019 affiancate alle disposizioni di cui agli artt. 3 ss., d.lgs. n. 3/2017 .....	80
5.	Il problema dei difensori della classe: lo schieramento dei grandi <i>law firms</i> a fianco delle imprese resistenti e la necessità di introdurre un modello imprenditoriale di rappresentanza della classe .....	85
6.	Accordi di conciliazione e transazioni collettive: la convenienza delle ipotesi declinate dalla l. n. 31/2019 in relazione all'obiettivo di riduzione dei tempi e dei costi contenzioso .....	88
<b>CAPITOLO III: L'INTERAZIONE TRA <i>PUBLIC</i> E <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 3/2017 .....</b>		<b>94</b>
1.	Il modello binario del <i>public</i> e <i>private enforcement</i> della tutela concorrenza nel mercato: l'interazione tra i due strumenti nel quadro della Direttiva (UE) 2014/104, recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 3/2017 .....	94
1.1.	Illecito <i>antitrust</i> in sede civile: la distinzione tra azioni <i>follow on</i> e <i>stand alone</i> e il relativo onere probatorio gravante sulla classe.....	100
2.	L'alleggerimento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità nelle azioni di <i>private enforcement antitrust</i> : le più incisive disposizioni del d.lgs. n. 3/2017 .....	104
2.1.	Gli ordini di esibizione nei confronti della controparte o dei terzi... ..	105
2.2.	L'esibizione delle prove contenute nel fascicolo un'autorità garante della concorrenza .....	107
2.3.	I limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza .....	112

2.4.	La valutazione del danno, la presunzione di sussistenza del danno cagionato da un cartello e l'AGCM come <i>amicus curiae</i> del giudice civile ai fini della quantificazione del danno .....	112
3.	L'accertamento della violazione delle norme <i>antitrust</i> in sede amministrativa: la portata applicativa dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, circoscritta soltanto alle azioni <i>follow on</i> .....	117
4.	L'interazione tra giudizio civile risarcitorio e provvedimento dell'AGCM: l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 .....	122
4.1.	La potestà disapplicativa del giudice civile con riguardo ai provvedimenti dell'AGCM: tra interpretazione letterale della norma e variegate posizioni dottrinali.....	126
4.2.	La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: riflessioni sull'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM.....	128
5.	L'interazione tra il giudizio civile risarcitorio e il giudizio amministrativo alla luce dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 .....	133
5.1.	L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 come arretramento della tutela giurisdizionale in sede amministrativa rispetto agli orientamenti del Consiglio di Stato che hanno dato riscontro alla <i>full jurisdiction</i> della Corte EDU .....	137
5.2.	La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: ulteriori considerazioni sulla sentenza del giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento <i>antitrust</i> .....	140
5.3.	La pienezza del sindacato del giudice amministrativo come soluzione al dibattito sulla costituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e il problema aperto della sua applicabilità ai provvedimenti non sanzionatori.....	142
6.	Il giudizio civile autonomo: uno sguardo alle azioni <i>stand alone</i> .....	144
6.1.	La mancata regolamentazione nella direttiva sul <i>private enforcement</i> delle azioni <i>stand alone</i> : critica e risvolti negativi.....	147
7.	La sospensione facoltativa dell'azione di classe: una scelta costretta per il giudice civile nel <i>private enforcement antitrust</i> ? .....	148
<b>CONCLUSIONI</b> .....		154
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....		161



## INTRODUZIONE

Lo scopo del presente lavoro consiste nell'esaminare l'interazione tra il c.d. *public enforcement* del diritto della concorrenza e il processo civile, in particolare nei casi in cui vengono incardinate azioni collettive finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust*. Tali azioni invero si configurano come uno dei possibili meccanismi di *private enforcement antitrust* a cui i soggetti privati possono ricorrere per ottenere tutela giurisdizionale a fronte del danno *antitrust* subito.

La scelta di questo interessante argomento è nata nell'ambito di un'esperienza tirocinio svolto in uno studio legale, che ha visto un personale coinvolgimento nella preparazione della difesa in un'azione di classe risarcitoria di tipo *follow on* introdotta a seguito dell'emanazione di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, successivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

La trattazione prenderà in considerazione il sistema di *public enforcement antitrust* presente nel nostro ordinamento giuridico e realizzato grazie all'attività integrata dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché del giudice amministrativo, con la finalità di determinare quali problematiche sussistono in questo ambito. In seguito, verranno esaminati taluni profili della nuova azione di classe entrata in vigore il 19 maggio 2021, con lo scopo di valutare se l'innovazione legislativa in parola risulterebbe essere idonea a rendere la *class action* uno strumento di tutela maggiormente effettivo e popolare e, di conseguenza, un meccanismo di *private enforcement antitrust* efficace. Infine, si darà conto della portata applicativa dei meccanismi di raccordo tra *public* e *private enforcement* contenuti in talune disposizioni del d.lgs. n. 3/2017, avendo un particolare riguardo per il ruolo del giudice ordinario dinanzi al quale sono state introdotte domande risarcitorie di tipo *antitrust*.

Nello specifico, il primo capitolo si occuperà di esaminare i meccanismi di *public enforcement antitrust* all'interno del nostro ordinamento giuridico, ossia l'insieme delle attività esercitate dalle autorità pubbliche con la specifica finalità, avente carattere pubblico e generale, di rendere effettiva l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza. Tali attività nel nostro ordinamento giuridico vengono espletate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dotata del compito di vigilare sul rispetto dei principi di concorrenza all'interno del territorio italiano, nonché dal giudice amministrativo, al quale è deputato il controllo giurisdizionale sui provvedimenti emessi dall'AGCM.

In primo luogo, si illustreranno le fonti e le finalità della tutela della concorrenza, partendo dal diritto dell'Unione Europea e giungendo alla problematica e tardiva introduzione della l. n. 287/1990 in materia *antitrust* da parte del legislatore italiano, il quale tutt'oggi viene criticato a causa della scarsità dell'intervento normativo nel settore della tutela della concorrenza.

In secondo luogo, ci si concentrerà sul ruolo dell'AGCM, la quale è stata istituita nella forma di autorità amministrativa indipendente in ragione dell'indipendenza, autonomia ed elevato grado di tecnicità necessari ai fini dell'esercizio delle funzioni attribuitegli dalla l. n. 287/1990 in materia *antitrust*. In particolare, l'AGCM svolge attività sia decisorie, su cui si focalizzerà la presente trattazione, che di regolazione. Le attività decisorie sono connesse al

compito principale di vigilanza sull'osservanza dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante e si esplicano con interventi *ex post* sulle condotte delle imprese operanti nel mercato che risultano essere lesive della concorrenza mediante l'emanazione di un provvedimento, che può essere sanzionatorio o di altra natura.

L'AGCM esercita la propria attività di *public enforcement antitrust* con un certo grado di discrezionalità e, in ragione della sua natura di autorità indipendente, si posiziona al di fuori del circuito di responsabilità di cui all'art. 95 Cost., nonostante vi sia un carente intervento legislativo in materia *antitrust*, con conseguenti problemi di legittimazione sostanziale dell'Autorità. Tali caratteristiche risulterebbero essere contemperate da una serie di garanzie procedurali «rinforzate», in ossequio al principio di c.d. legalità procedurale, le quali assicurerebbero un contraddittorio rafforzato con le imprese sospette nel corso del procedimento *antitrust* nonché la partecipazione di soggetti terzi portatori di un interesse qualificato.

Alla luce di tali considerazioni, il presente lavoro si occuperà di esaminare il procedimento *antitrust* espletato dall'Autorità e, in particolare, considererà la fase pre-istruttoria, seguita dall'emanazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria nonché la fase istruttoria del procedimento *antitrust*. In tale ultimo contesto, si valuteranno i meccanismi di tutela rafforzata del contraddittorio in sede procedimentale, con specifico riguardo all'accesso al fascicolo istruttorio da parte delle imprese soggette al procedimento *antitrust*. Infine, si tratterà della disciplina della fase decisoria nonché della natura dei provvedimenti emanati dall'Autorità, con particolare riguardo alle decisioni di natura sanzionatoria ovvero di accertamento dell'infrazione.

In terzo luogo, verrà considerato il controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* che la legge affida in via esclusiva al giudice amministrativo. Si menzioneranno i soggetti legittimati ad impugnare le decisioni dell'AGCM e gli atti impugnabili, operando anche una distinzione tra gli atti di regolazione e i provvedimenti sanzionatori, in ragione del fatto che il giudice amministrativo ha un diverso potere di sindacato a seconda del tipo di decisione oggetto di impugnazione.

L'analisi, in particolare, si concentrerà sul tema della portata del sindacato del giudice amministrativo, il quale è tutt'ora oggetto di un vivace dibattito che coinvolge sia la dottrina che la giurisprudenza. A questo proposito, il Consiglio di Stato ha storicamente identificato quattro fasi del procedimento *antitrust* sanzionatorio, a cui corrisponde un diverso *standard* di controllo giurisdizionale. Queste risultano essere: (i) la fase di accertamento dei fatti, (ii) la fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza, basata sull'interpretazione dei c.dd. concetti giuridici indeterminati, (iii) la fase di raffronto dei fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato, e (iv) la fase di applicazione delle sanzioni previste dalla legge *antitrust*. Mentre in relazione alla prima e alla quarta fase il potere di verifica del giudice amministrativo risulta essere pacifico (è infatti pieno e diretto), la portata del sindacato risulta essere alquanto problematica rispetto alla seconda e alla terza fase, poiché in tali ipotesi l'Autorità effettua valutazioni tecniche fondate su scienze inesatte ed opinabili. Detto dibattito, e di conseguenza anche la presente trattazione, si incentra proprio sul sindacato del giudice in relazione

all'individuazione del parametro normativo *antitrust* e al suo confronto con i fatti oggetto di accertamento.

Il presente lavoro darà conto del percorso di progressiva apertura della giurisprudenza amministrativa da un sindacato «estrinseco», secondo cui il giudice si doveva limitare a valutare *ab externo* se l'attività valutativa dell'AGCM risultava essere affetta da vizi logici, incongruenza ed eccesso di potere, ad un sindacato «debole», rispetto al quale era possibile soltanto verificare la ragionevolezza e la coerenza tecnica della valutazione tecnica (contrariamente al sindacato di tipo «forte», avente carattere sostitutivo), per poi giungere ad un sindacato «pieno ed intrinseco», maggiormente intenso in quanto esteso anche alle valutazioni tecniche dell'AGCM, con il solo limite dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi a quest'ultima.

Tale ultima impostazione ha tentato di cogliere le istanze provenienti dalla Corte di Strasburgo, la quale ha affermato, a partire delle famose sentenze Menarini e Grande Stevens, il principio secondo cui risulta essere necessario, ai sensi dell'art. 6 Cedu, assicurare la piena giurisdizione (*full jurisdiction*) nelle ipotesi in cui un organo pubblico (anche amministrativo, quale l'AGCM) emetta una sanzione «para-penale» (nel caso, il provvedimento *antitrust* sanzionatorio).

Diversamente, la Suprema Corte ha adottato in maniera costante una posizione maggiormente restrittiva, sancendo che il giudice amministrativo ha un potere di sindacato solamente «intrinseco» e «non sostitutivo», in quanto destinato ad arrestarsi di fronte all'opinabilità delle attività valutative dell'Autorità.

Tale orientamento pare, tra l'altro, essere stato recepito dal legislatore, il quale all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 ha escluso che il sindacato del giudice possa estendersi ai profili (intesi come fatti e valutazioni) tecnici opinabili «che non presentano un oggettivo margine di opinabilità del provvedimento». Detta disposizione sembrerebbe quindi porsi in diretto contrasto con le recenti aperture del Consiglio di Stato ad un sindacato pieno ed effettivo nonché con la dottrina della *full jurisdiction* elaborata dalla giurisprudenza EDU.

A causa di questo apparente «arretramento» da parte del legislatore, che è stato diversamente recepito dagli studiosi, la giurisprudenza in seno al Consiglio di Stato stesso ha adottato posizioni contrastanti: vi sono pronunce che danno pieno riscontro al dettato normativo di cui all'art. 7 cit. e, viceversa, sono rinvenibili sentenze in cui i giudici amministrativi hanno ulteriormente esteso il proprio potere di controllo, affermando un «sindacato pieno di maggiore attendibilità».

Il secondo capitolo avrà ad oggetto la nuova azione di classe introdotta dal legislatore con la l. n. 31/2019, con specifico riguardo alla sua applicabilità nell'ambito del *private enforcement antitrust*, ossia delle attività dei soggetti privati che agiscono (in questo caso collettivamente) dinnanzi al giudice ordinario con iniziative risarcitorie o inibitorie nei confronti di imprese che hanno commesso illeciti *antitrust* e per ottenere il soddisfacimento di interessi individuali. Invero l'azione di classe si pone come strumento imprescindibile di *private enforcement* in quanto permetterebbe, da un lato, di rafforzare la tutela giurisdizionale in favore di soggetti privati che hanno subito un danno da una

condotta anticoncorrenziale, in ragione degli onerosi costi connessi all'iniziativa privatistica e degli scarsi strumenti processuali (in particolare probatori) nei confronti delle imprese, e dall'altro lato, assicurerebbe l'effettività e la deterrenza dell'*enforcement antitrust*.

La trattazione darà anzitutto conto della precedente azione di classe consumeristica di cui all'art. 140-*bis* c.cons. e individuerà le ragioni del suo scarso successo, le quali sono dovute principalmente alle forti difficoltà applicative della relativa disciplina.

Successivamente verrà esaminata in maniera succinta la nuova *class action*, che ha trovato la sua *sedes* negli artt. 840-*bis*-840-*sexiesdecies* c.p.c., e delle sue novità rispetto alla precedente versione. Nello specifico, verranno poi considerati soltanto taluni profili della nuova azione di classe, con lo scopo di verificare se l'innovazione legislativa in oggetto risulti essere idonea a rendere la *class action* italiana uno strumento di *private enforcement* efficace, se non preferenziale rispetto ad altri.

In prima battuta, si affronterà il tema della legge applicabile nel tempo in materia di *class actions*, rispetto alle ipotesi di *private enforcement antitrust*, in quanto le disposizioni di cui alla l. n. 31/2019 troveranno applicazione alle condotte illecite poste in essere successivamente alla sua entrata in vigore. Tale assetto parrebbe tuttavia essere difficile da conciliare con la natura delle violazioni *antitrust*, le quali assumono spesso il carattere dell'illecito permanente o comunque a carattere continuativo.

In seconda battuta, si tratterà della legittimazione ad agire nella nuova *class action*, la quale, a seguito dell'innovazione, ha assunto un carattere generale in quanto non risulta più essere limitata a consumatori e utenti. Inoltre, verranno presentate delle riflessioni critiche sul mantenimento del sistema di *opt-in*, in cui i proponenti dell'azione di classe non hanno il potere di dedurre automaticamente in giudizio i diritti di tutti i componenti della classe (contrariamente a quanto avviene nei sistemi di *opt-out*), in ragione delle numerose inefficienze che emergono dai meccanismi di adesione delineati dal legislatore del 2019. In seguito, verranno considerati i modelli alternativi di *class actions* adottati in altri ordinamenti giuridici, partendo dal sistema di *opt-out* puro statunitense sino a modelli ibridi e più flessibili introdotti in altri Stati membri dell'Unione Europea. Alla luce di questi, verrà analizzata la compatibilità del nostro ordinamento giuridico con l'*opt-out* e la possibilità che il legislatore adotti un diverso modello di *class action*, con lo scopo di rendere la tutela collettiva maggiormente effettiva e di diffusa applicazione.

Inoltre, il presente lavoro presenterà una disamina delle disposizioni introdotte dal legislatore del 2019, in particolare all'art. 840-*quinquies* c.p.c., volte a rinforzare la fase istruttoria delle azioni di classe, con lo scopo di riequilibrare le strutturali asimmetrie informative tra i proponenti e le imprese convenute. Tali previsioni, peraltro, si affiancherebbero a quelle già previste in materia di *private enforcement antitrust* nel d.lgs. n. 3/2017, le quali saranno oggetto di indagine nel terzo capitolo.

Un ulteriore profilo che verrà affrontato sarà quello inerente ai difensori della classe, con specifico riguardo alla mancanza di incentivi economici per i grandi studi legali a rappresentare la classe e il conseguente frequente schieramento di questi a fianco delle imprese resistenti.

Infine, l'analisi in materia di azione di classe si concluderà con alcune riflessioni circa la disciplina inerente agli accordi di conciliazione e alle transazioni collettive di cui all'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. e la loro convenienza in relazione alle finalità di riduzione dei tempi e dei costi del contenzioso, soprattutto se di natura collettiva.

Il terzo capitolo si concentrerà sui meccanismi di raccordo tra *public* e *private enforcement antitrust*, e dunque tra accertamento amministrativo dell'infrazione e processo civile, previsti dal d.lgs. n. 3/2017, il quale recepisce il contenuto della Direttiva (UE) 2014/104 sul *private enforcement*. A tal fine, si chiariranno la distinzione tra azioni risarcitorie di tipo *follow on* e *stand alone* e la differente allocazione dell'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*, i quali sono da individuarsi nei medesimi previsti dall'art. 2043 c.c.

Verranno considerate talune disposizioni del d.lgs. n. 3/2017, che sono state introdotte con il fine ultimo di alleggerire l'onere della prova del danno e del nesso di causalità nelle azioni risarcitorie di *private enforcement antitrust*.

In seguito, l'analisi si concentrerà sulla portata applicativa dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017 concernente l'accertamento della violazione delle norme a tutela della concorrenza nell'ambito del *public enforcement antitrust* e, più in particolare, sul primo comma dell'art. 7 cit., il quale sancisce che la constatazione dell'infrazione operata da un provvedimento dell'AGCM non impugnato ovvero dalla sentenza passata in giudicato del giudice amministrativo in sede di impugnazione del primo ha efficacia di accertamento vincolante della violazione in capo al giudice civile. Tale disposizione risulta avere una funzione cardine di coordinamento tra *public* e *private enforcement antitrust* e opererebbe soltanto con riferimento alle azioni risarcitorie di tipo *follow on*.

Il lavoro considererà, in particolare, le due ipotesi di raccordo tra *public* e *private enforcement antitrust* previste dall'art. 7 cit.

E dunque, in primo luogo, l'interazione fra il giudizio civile risarcitorio e il provvedimento dell'AGCM, dando rilievo a quella parte della dottrina che afferma la necessità che il giudice civile possa esercitare la sua potestà disapplicativa in talune ipotesi, seppur eccezionali. Inoltre, verranno illustrati i dubbi di compatibilità costituzionale espressi da diversi autori in relazione all'ipotesi in questione.

In secondo luogo, sarà oggetto di indagine il rapporto tra il giudizio civile risarcitorio e il giudizio amministrativo. Verrà evidenziata la portata applicativa dell'inciso di cui all'art. 7 cit. inerente alla limitazione del sindacato del giudice amministrativo alle sole valutazioni tecniche che «presentano un oggettivo margine di opinabilità», la quale comporterebbe un arretramento della tutela giurisdizionale in sede amministrativa rispetto agli orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato che hanno seguito le istanze provenienti dalla Corte EDU in materia di *full jurisdiction*. In aggiunta, verranno espone le censure inerenti alla legittimità costituzionale dell'ipotesi in oggetto nonché la possibilità che il consolidamento di un sindacato pieno ed effettivo del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM si ponga come soluzione al dibattito sulla costituzionalità dell'art. 7 cit.

Successivamente, verranno considerate le azioni risarcitorie di tipo *stand alone*, con specifico riferimento all'onere probatorio gravante sulla parte

ricorrente nonché all'assenza di limitazioni relative alle questioni di fatto o di diritto inerenti alla violazione *antitrust*. In questo senso, verrà evidenziato che il legislatore europeo (seguito da quello italiano) non si è occupato di disciplinare le azioni risarcitorie *stand alone* con la stessa attenzione che ha prestato alle azioni *follow on*, con la conseguenza diversi studiosi hanno criticato tale assetto in ragione della creazione di un sistema di *private enforcement antitrust* (incentivato soltanto nelle azioni *follow on*) del tutto dipendente dalle risultanze provenienti dal *public enforcement*.

Da ultimo, il presente lavoro tratterà della previsione di cui all'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. in materia di azione di classe, la quale stabilisce che il giudice civile può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio dinnanzi al giudice amministrativo. A questo proposito, verranno evidenziate la portata applicativa della disposizione in parola nonché le critiche mosse da diversi studiosi concernenti la circostanza per cui, coordinando l'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. con le norme di raccordo previste dal d.lgs. n. 3/2017 (e in particolare con l'art. 7 cit. concernente l'efficacia vincolante dell'accertamento amministrativo), il giudice civile avrà formalmente la facoltà di sospendere il giudizio risarcitorio, ma sarà sostanzialmente obbligato a compiere tale scelta.

## CAPITOLO I: LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL *PUBLIC ENFORCEMENT*

SOMMARIO: 1. La tutela della concorrenza. 1.1. La derivazione europea del diritto *antitrust*: riflessioni sulla *ratio* della tutela della concorrenza e illustrazione delle fonti UE del diritto *antitrust*. 1.2. *Il public enforcement della tutela della concorrenza*. 1.3. Il diritto *antitrust* in Italia: il manchevole riferimento costituzionale alla tutela della concorrenza e la legge n. 287 del 1990. 2. L'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato. 2.1. Considerazioni preliminari sul ruolo rivestito dall'AGCM e le sue funzioni in materia *antitrust*. 2.2. Il procedimento *antitrust* dell'AGCM: la disciplina. 2.3. La fase preistruttoria del procedimento *antitrust*. 2.4. L'avvio del procedimento *antitrust*. 2.5. La fase istruttoria del procedimento *antitrust*. 2.6. Le forme di partecipazione alla fase istruttoria delle imprese sospette e il tema dell'effettiva garanzia del contraddittorio in relazione alla c.d. legalità procedurale. 2.7. La specifica questione dell'accesso al fascicolo istruttorio come forma di garanzia del contraddittorio. 2.8. Lo svolgimento della fase istruttoria del procedimento *antitrust*. 2.9. La fase decisoria del procedimento *antitrust*: cenni alla disciplina e natura del provvedimento finale. 3. Il controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* del giudice amministrativo. 3.1. La legittimazione ad impugnare e gli atti impugnabili nella fase del controllo giurisdizionale amministrativo. 3.2. Cenno alla distinzione tra atti di regolazione e provvedimenti sanzionatori. 3.3. Il tema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità: introduzione. 3.4. La posizione della giurisprudenza amministrativa più risalente. 3.5. L'orientamento restrittivo della Corte di Cassazione. 3.6. La dottrina della *full jurisdiction* e conseguenti aperture del Consiglio di Stato ad un sindacato più intenso. 3.7. La novità legislativa dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e i problemi di compatibilità con i principi costituzionali e della Cedu. 3.8. Le attuali posizioni divergenti all'interno del Consiglio di Stato: la portata del sindacato del giudice amministrativo rimane una questione aperta.

### 1. La tutela della concorrenza

#### 1.1. La derivazione europea del diritto *antitrust*: riflessioni sulla *ratio* della tutela della concorrenza e illustrazione delle fonti UE del diritto *antitrust*

L'introduzione di un sistema di regolazione della concorrenza tra le imprese operanti nel mercato viene storicamente collocata nel secondo dopoguerra. In particolare, si ritiene che il diritto *antitrust* abbia avuto origine negli Stati Uniti<sup>1</sup> e che sia stato successivamente recepito e tramutato in ambito europeo<sup>2</sup>. Nonostante la diversità dei principi fondanti rispettivamente il diritto *antitrust* europeo e statunitense (che ancora oggi connotano due sistemi normativi piuttosto differenti<sup>3</sup>), la maggioranza degli studiosi è concorde nell'affermare che «il fine ultimo delle normative di tutela della concorrenza (...) consiste nel proteggere il buon funzionamento dei mercati in modo tale da assicurare alla collettività il massimo benessere perseguibile»<sup>4</sup>. Pertanto, in generale, le norme *antitrust* hanno lo scopo di inibire e sanzionare condotte individuate tipicamente dal legislatore, quali ad esempio gli abusi di posizione dominante e le intese

<sup>1</sup> Storicamente lo *Sherman Act* del 1890 rappresenta la prima legge *antitrust* rinvenibile negli Stati Uniti e viene considerato all'origine del diritto *antitrust* moderno.

<sup>2</sup> L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza: Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007, 2 ss.

<sup>3</sup> Per un approfondimento circa le differenze tra il diritto *antitrust* europeo e statunitense: E. M. FOX, *Accesso ai mercati, antitrust e sistema commerciale mondiale: In cammino verso misure antitrust connesse agli scambi commerciali*, in [www.agcm.it/](http://www.agcm.it/) (20.03.2021).

<sup>4</sup> Testualmente, F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 2.

restrittive, che risultano essere lesive della libera concorrenza nel mercato<sup>5</sup>. Inoltre, il diritto *antitrust* è dotato di rilevanza e connotati fortemente politici, in quanto la tutela della concorrenza si configura come un percorso storico-culturale di adattamento della disciplina normativa e della giurisprudenza ai mutamenti sociali e globali, all'espansione e ai cambiamenti del mercato, nonché alle innovazioni tecnologiche<sup>6</sup>.

Il diritto *antitrust* europeo, a differenza di quello statunitense, non si configura come una finalità *per se* perseguita dall'ordinamento ma, al contrario, rappresenta un mezzo che permette di raggiungere obiettivi gerarchicamente sovraordinati (tra i quali spiccano la tutela dei consumatori e la realizzazione del mercato interno)<sup>7</sup>. A tale proposito, la letteratura europea, in linea con l'interpretazione fornita della Corte di Giustizia, allude alla concorrenza europea facendo riferimento alla nozione di *balanced ovvero workable competition*, con l'intento di evidenziare la funzione servente del diritto della concorrenza rispetto ad altre finalità maggiormente rilevanti<sup>8</sup>.

Il diritto della concorrenza europeo trova fondamento normativo sin dai primi trattati Comunità Europea<sup>9</sup>. Allo stato attuale, le sue fonti principali sono rinvenibili negli articoli 101 e 102 TFUE (rispettivamente sulle intese restrittive e gli abusi di posizione dominante), nel Protocollo n. 27 del TFUE sul mercato interno e sulla concorrenza, il Regolamento (CE) n. 139/2004 sulle concentrazioni, e in altre fonti derivate, quali ad esempio il Regolamento (CE) n. 2003/1 concernente l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE ovvero la recente Direttiva UE 2019/1 che disciplina i poteri delle autorità *antitrust* nazionali. Dal momento che nel settore *antitrust* le indicazioni normative non sono numerose, le fonti secondarie non vincolanti (c.d. *soft law*) hanno una forte importanza. In particolare, il ruolo della Commissione Europea, organo dotato sia di poteri regolatori che sanzionatori, è fondamentale nell'orientare sia

---

<sup>5</sup> S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, Torino, 2017, 75 ss. e 131 ss.

<sup>6</sup> Alcuni autori parlano di «relatività storica della concorrenza»: cfr. G. MONTELLA, *Diritto della concorrenza e diritto costituzionale*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 98.

<sup>7</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 12 ss. per una rassegna di esempi tratti dalla casistica della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Per una trattazione degli interessi rilevanti in materia di concorrenza europea, cfr. A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Milano, 2019, 132 ss. e 139 ss.

<sup>8</sup> Per un esame circa la definizione di *workable competition* v. T. BASKOY, *Effective Competition and EU Competition Law*, in *Review of European and Russian Affairs*, 2005.

<sup>9</sup> Dapprima il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) del 1951 agli artt. 65 e 66. Successivamente il Trattato di Roma del 1957 (CEE) agli artt. 2, 3, 85 (poi rinumerato in 81) e 86 (poi rinumerato in 82). In particolare, l'art. 2 individuava la concorrenza nel mercato tra gli obiettivi fondamentali da perseguire per la Comunità («*La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, (...) un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, (...) la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri.*»). Infine, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, è stato espunto dagli obiettivi che l'Unione Europea deve perseguire il fine della «*concorrenza non falsata*». Nonostante la simbolica regressione del riferimento alla concorrenza come obiettivo nel Protocollo n. 27 al TUE e TFUE, le norme sulle intese restrittive e l'abuso di posizione dominante non hanno subito modifiche e pertanto l'assetto normativo della tutela *antitrust* è rimasto invariato.

*ex ante* le condotte delle imprese, le quali operano nel mercato secondo quanto consigliato dai dipartimenti legali *in-house*, sia le decisioni della Corte di Giustizia, la quale spesso accoglie all'interno delle sue pronunce prassi e criteri decisionali propri della Commissione, rendendoli così vincolanti a livello europeo. La Commissione Europea, nell'esercizio dei suoi poteri d'indirizzo, adotta comunicazioni e linee guida, mentre, con riguardo ai poteri sanzionatori, spesso adotta provvedimenti in grado di condizionare gli sviluppi e il progresso del diritto della concorrenza nonché le prassi poste in essere dalle Autorità garanti nazionali<sup>10</sup>.

Le fonti europee, nel determinare gli organi competenti nell'ambito del diritto *antitrust*, attribuiscono un ruolo centrale alla Commissione, la quale ha il compito di garantire il rispetto delle disposizioni europee in tema di concorrenza<sup>11</sup>. A tale scopo, la Commissione è dotata di forti poteri decisionali nei confronti delle imprese operanti nel mercato europeo, che vengono esercitati con la finalità di far cessare le infrazioni commesse e di creare un effetto deterrente (la c.d. *moral suasion*) per tutti gli altri attori nel medesimo mercato<sup>12</sup>. In questo senso, la Commissione ha degli incisivi poteri istruttori e sanzionatori ed è posta a capo della Rete Europea della Concorrenza, formata dalla Commissione stessa e dalle Autorità garanti della concorrenza di tutti gli Stati membri. Inoltre, la Corte di Giustizia Europea riveste un ruolo fondamentale in quanto è dotata della «*competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora*»<sup>13</sup>. In questo senso, la Corte svolge una funzione di controllo giurisdizionale dei provvedimenti emanati dalla Commissione a tutela delle imprese destinatarie e di indirizzo per tutti i giudici nazionali che sono tenuti ad applicare il diritto *antitrust* europeo.

Il reg. (CE) 2003/1 si configura come uno degli strumenti con cui è stata realizzata la c.d. *modernizzazione del diritto europeo della concorrenza*, ossia il processo che delinea una prevalenza dell'approccio economico-sostanziale nei confronti del diritto *antitrust* su quello giuridico-formale («*more economic approach*») e il decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* europeo<sup>14</sup>. Il decentramento è stato realizzato attraverso la valorizzazione del ruolo dei

---

<sup>10</sup> Per quanto riguarda l'esercizio di poteri d'indirizzo: si veda ad esempio la Comunicazione «*De Minimis*» 2014/C 291/01, il Regolamento UE n. 330/2010 della Commissione (c.d. *Block Exemption Regulation*), la Comunicazione 97/C 372/03 sulla nozione di mercato rilevante e la Comunicazione 2006/C 298/11 relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese. Inoltre, con riguardo ai provvedimenti sanzionatori della Commissione particolarmente incidenti, si veda, *inter alia*, il provvedimento emanato nei confronti di Intel successivamente impugnato di fronte alla Corte di Giustizia (C. Giust. UE, sez. VII, 6 settembre 2017, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*, causa C-413/14 P), i recentissimi provvedimenti contro Google (cfr. *Google Search (Shopping)*, caso AT.39740 e *Google Android*, caso AT.40099) in cui la Commissione ha creato e applicato una nuova nozione di *market test* a causa della gratuità dei servizi offerti da Google, ed infine il cambio di orientamento nei confronti della fusione tra *Facebook* e *Whatsapp*, prima autorizzata con la decisione M.7217 del 2014 e successivamente oggetto di sanzione nel 2017 con la decisione M.8228.

<sup>11</sup> Art. 105 TFUE.

<sup>12</sup> Si vedano le disposizioni dall'art. 17 all'art. 24 del Regolamento (CE) 2003/1.

<sup>13</sup> Così, l'art. 31, par. 1, reg. (CE) 2003/1.

<sup>14</sup> D. J. GERBER, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2007, 1235 ss.

giudici nazionali e delle Autorità nazionali *antitrust* degli Stati membri, ai quali viene attribuito il potere di applicare direttamente la normativa *antitrust* europea<sup>15</sup>. Inoltre, la modernizzazione segna il passaggio da un sistema di controllo generale *ex ante* esercitato della Commissione, avente ruolo primario, nei confronti delle Autorità nazionali ad un controllo *ex post* soltanto delle condotte che la Commissione, le Autorità nazionali *antitrust* e i giudici sospettano essere restrittive della concorrenza. Il reg. (CE) 2003/1 delinea un sistema di tutela della concorrenza che in sostanza si basa su una combinazione di integrazione e decentramento che «mira a garantire l'unità e il mantenimento delle differenze nazionali»<sup>16</sup>. In questo senso, il regolamento ha istituito la Rete europea della concorrenza (REC), formata dalle Autorità nazionali *antitrust* e dalla Commissione, le quali operano secondo un sistema di competenze parallele (tra l'altro non basate esclusivamente sul criterio territoriale di attribuzione)<sup>17</sup>. La collaborazione avviene sia verticalmente, poiché la Commissione ha dei poteri di controllo, indirizzo e avocazione, sia orizzontalmente, tra le varie Autorità nazionali *antitrust*.

A tal proposito è opportuno fare riferimento alla recente Direttiva UE 2019/1 approvata dal Parlamento europeo ma non ancora implementata nell'ordinamento italiano<sup>18</sup>. Tale normativa rappresenta l'ultimo avanzamento nell'ambito della modernizzazione del diritto *antitrust* europeo (in particolare nell'elemento della decentralizzazione) poiché disciplina i poteri e le strutture di cui le Autorità garanti nazionali dovranno essere dotate<sup>19</sup>. In questo senso la Direttiva si pone come specificazione e conseguenza logica del reg. (CE) 2003/1, colmandone alcune lacune, e prevede una serie di disposizioni volte a conferire alle Autorità nazionali poteri di applicazione più efficaci e penetranti<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> V. artt. 4, 5 e 6 del reg. (CE) 2003/1. A questo proposito, il Considerando n. 7 del Regolamento (CE) 2003/1 stabilisce che «Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato». Dello stesso tenore è il Considerando n. 8.

<sup>16</sup> Cfr. S. DEL GATTO, *La rete europea per la concorrenza: Una rete a maglie troppo larghe?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1265 ss. L'obiettivo è quello di assicurare sia l'efficiente divisione del lavoro tra le autorità sia l'applicazione efficace e uniforme delle regole di concorrenza dell'Unione europea.

<sup>17</sup> Si vedano le disposizioni dall'art. 11 all'art. 16 del reg. (CE) 2003/1 che disciplinano il coordinamento tra le autorità nazionali *antitrust* e la Commissione. Inoltre, è opportuno ricordare che la REC opera in quei casi in cui gli artt. 101 e 102 TFUE sono applicabili.

<sup>18</sup> Allo stato attuale, tale direttiva non è stata ancora implementata dallo Stato italiano nonostante il termine ultimo fosse il 4 febbraio 2021. Ad ogni modo, la legge di delegazione europea 2019-2020 all'art. 6 prevede quali siano i principi e criteri di attuazione della direttiva.

<sup>19</sup> S. MARINO, *Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 536 ss.

<sup>20</sup> Lo scopo della direttiva è «di garantire le pre-condizioni per la creazione di un *level playing field* per le imprese ed i consumatori, prevedendo per le autorità nazionali un insieme minimo di caratteristiche in termini di indipendenza, risorse, poteri di indagine e sanzionatori, nonché meccanismi di cooperazione reciproca». Così argomentano, F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1015 ss., i quali fanno riferimento alla proposta di direttiva da parte della Commissione europea, al tempo non ancora

Tali previsioni includono, ad esempio: maggiori garanzie di indipendenza, la predisposizione di adeguate risorse (proprie, umane, finanziarie, tecniche e tecnologiche), e l'attribuzione di poteri e competenze allineati a quelli della Commissione europea (tra cui poteri consultivi, ispezioni a sorpresa, poteri di audizione, poteri decisionali più incisivi)<sup>21</sup>.

In generale, si possono individuare cinque aree di applicazione del diritto europeo *antitrust*: (i) intese e pratiche restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE), (ii) abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE), (iii) controllo delle concentrazioni (o fusioni) (reg. CE n. 4064/89), (iv) aiuti di stato (artt. 107 e 108 TFUE) ed infine (v) divieti di riconoscimento di diritti speciali o esclusivi ad imprese pubbliche o imprese che offrono servizi di interesse economico generale (art. 107 TFUE).

## 1.2. Il *public enforcement* della tutela della concorrenza

Il sistema di tutela della concorrenza sino ad ora delineato costituisce il c.d. *public enforcement* del diritto *antitrust*, ossia l'insieme delle attività condotte dalle autorità pubbliche, le quali esercitano i loro poteri amministrativi (dunque autoritativi) con la finalità di rendere effettiva l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza nel mercato<sup>22</sup>. In questo senso vengono garantiti gli interessi pubblici e generali attinenti al mercato e alla generalità dei consociati.

A livello europeo, il *public enforcement* viene realizzato mediante l'attività integrata dei soggetti pubblici sopra menzionati, ossia la Commissione Europea, la Corte di Giustizia, nonché le Autorità nazionali *antitrust* e i giudici nazionali quando applicano direttamente le norme di diritto *antitrust* europeo. A livello nazionale, come si vedrà nel proseguo, il *public enforcement* è affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (anche nota come AGCM) congiuntamente al giudice amministrativo in sede di controllo giurisdizionale.

Alla nozione di *public enforcement* si contrappone quella di *private enforcement*. Il *private enforcement* concerne le attività dei soggetti privati (quali, ad esempio, imprese concorrenti e consumatori) che individualmente o collettivamente agiscono dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* ovvero la tutela inibitoria (*rectius*, la cessazione delle condotte illecite)<sup>23</sup>. Tali soggetti privati tutelano interessi esclusivamente propri, e non generali.

Anche l'introduzione di un sistema di *private enforcement* nell'ordinamento italiano è dovuto dall'impulso europeo in tema di tutela risarcitoria dei privati. Ancora prima del formale riconoscimento normativo della possibilità per i

---

approvata, ma poi integralmente confluita nel testo finale, che non ha subito particolari modifiche rispetto alla proposta.

<sup>21</sup> Si vedano le disposizioni contenute nella dir. (UE) 2019/1, e in particolare dall'art. 4 all'art. 16. La direttiva inoltre prevede una serie di norme dettagliate, o ad armonizzazione piena, nella specifica materia dei programmi di clemenza. V. anche M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid «La riforma delle Autorità indipendenti».

<sup>22</sup> Cfr., *inter alia*, M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 235 ss. e G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 3 ss.

<sup>23</sup> Per tutti, C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, Napoli, 2015.

soggetti privati di ottenere tutela giurisdizionale nei confronti di una condotta anticoncorrenziale, il diritto *antitrust* europeo aveva già ritenuto ammissibile che singoli individui potessero agire di fronte al giudice ordinario per ottenere tutela giurisdizionale sulla base dell'efficacia diretta degli artt. 101 e 102 TFUE<sup>24</sup>. Successivamente, la Direttiva (UE) 2014/104 ha recepito e positivizzato le istanze provenienti dalla giurisprudenza europea e ha posto una serie di norme volte ad «assicurare l'effettività della tutela del diritto al pieno risarcimento del danno subito per violazione del diritto della concorrenza, attraverso un'applicazione omogenea in tutti gli Stati membri»<sup>25</sup>. Tale Direttiva è stata implementata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di cui si tratterà più approfonditamente nel terzo capitolo del presente lavoro.

Le due forme di tutela della concorrenza sono tra di loro autonome poiché non sussiste un «vincolo di pregiudizialità formale tra l'azione promossa dai privati e l'accertamento delle violazioni da parte delle Autorità di concorrenza»<sup>26</sup>. Dunque è possibile che azioni di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* (nazionale o europeo) vengano promosse sia a valle di provvedimenti sanzionatori dell'AGCM o della Commissione Europea (c.dd. azioni «*follow on*») sia precedentemente o indipendentemente dall'avvio di un procedimento da parte delle Autorità *antitrust* (c.dd. azioni «*stand alone*») <sup>27</sup>. Nonostante i due modelli di *enforcement* abbiano quindi ambiti di applicazione autonomi e finalità distinte<sup>28</sup>, è evidente come questi siano tra loro

---

<sup>24</sup> In questo senso, è stato fondamentale il ruolo della Corte di Giustizia che ha affermato in diverse sentenze storiche l'efficacia diretta degli artt. 101 e 102 TFUE. V., *inter alia*, C. Giust. UE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, causa C-453/99; C. Giust. UE, 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.*, causa C-295/04. Inoltre, per una trattazione sistematica del diritto *antitrust* europeo in tema di tutela degli individui accompagnata ad una disamina della relativa casistica della Corte di Giustizia, si faccia riferimento a A. HARTKAMP, C. SIEBURGH, W. DEVROE, *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, London, 2017.

<sup>25</sup> Così argomenta B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni: considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 165 ss.

<sup>26</sup> F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 286.

<sup>27</sup> G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione in Europa e diritto privato*, 2018, 489 ss.

<sup>28</sup> Una delle numerose pronunce della giurisprudenza amministrativa, con riguardo a tali distinzioni, illustra che «(...) *public enforcement* e *private enforcement* non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita. Gli strumenti di *public enforcement* svolgono una funzione tipicamente 'punitiva' ed 'afflittiva' e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati. La pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione 'punitiva', per quanto costituisca, come anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare, un interesse giuridicamente rilevante, non ha, tuttavia, la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l'azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di *private enforcement*. Si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti. Proprio in nome di tale autonomia, non è possibile stabilire (...) una sorta di 'preferenza' a favore dei rimedi di *public enforcement* rispetto a quelli di *private enforcement*» (Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, in *Foro amm.*, 2015, con nota di F. MARINI BALESTRA, R. TREMOLADA). Dello stesso tenore sono Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904 e Cass., sez. I, 30 maggio 2014, n. 12186, in quanto entrambe affermano testualmente che «La distinzione tra tutela pubblica (*public enforcement*) e tutela privata (*private enforcement*) si fonda sulla diversità dei presupposti della tutela pubblica che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si

complementari e diano origine ad un sistema binario di tutela della concorrenza in grado di garantire una maggiore effettività delle norme *antitrust*. Infatti, se da un lato il *private enforcement* mira a risarcire il danno illegittimamente cagionato ad individui o imprese concorrenti, dall'altro tali esborsi da parte delle imprese rappresentano un costo aggiuntivo rispetto alla sanzione amministrativa. In questo senso, anche il *private enforcement* assume un connotato di deterrenza. Su tali considerazioni ci si concentrerà nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

### 1.3. Il diritto *antitrust* in Italia: l'originario silenzio della Costituzione sulla tutela della concorrenza e la legge n. 287 del 1990

La disciplina europea della concorrenza è stata introdotta in Italia soltanto con l'approvazione della legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

Prima di tale momento, l'ordinamento giuridico italiano non prevedeva alcuna normativa *antitrust* e, in particolare, i commentatori del tempo evidenziavano l'assenza all'interno della Carta costituzionale di un riferimento esplicito alle questioni della «concorrenza» o il «mercato». Alcuni reputavano una forzatura porre a fondamento della tutela della concorrenza l'art. 41 Cost., avente ad oggetto la libertà di iniziativa economica, poiché questa, secondo l'interpretazione prevalente al tempo, rimarrebbe comunque subordinata ad altri principi, quali l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana. In generale, si rilevava come «la disposizione non si riferisse unicamente ad una tutela di tipo capitalistico, bensì ad una tutela per tutti coloro (...) intenti ad intraprendere un'iniziativa di tipo economico» e pertanto che «l'obiettivo del Costituente fosse quello di inserire elementi di socializzazione del potere politico (dirigismo, Stato pianificatore, nazionalizzazioni ex art. 43 Cost.) in una Carta fondamentale in cui l'appropriazione da parte dei privati dei mezzi di produzione valesse come presupposto di futuri provvedimenti di politica economica e sociale che tuttavia non aveva ancora fatto i conti con la progressiva erosione della sovranità statale da parte del mercato unico europeo e della globalizzazione (...)»<sup>29</sup>. Pertanto il riferimento ad una sorta di «forzatura» era basato sulla considerazione che l'introduzione del valore del mercato concorrenziale come valore fondante dell'ordinamento costituisse una rilevante distorsione dell'ordinamento giuridico e dei suoi principi fondanti. In questo senso, il problema dell'introduzione del metodo competitivo, così come disciplinato dai Trattati europei, nell'ordinamento italiano non ha comportato solo l'approvazione della legge n. 287 del 1990 ma anche una modifica dell'assetto normativo e costituzionale vigente in Italia<sup>30</sup>.

---

pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale (T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713). Nel nostro ordinamento, pertanto (...) l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria ed il provvedimento assunto dal Garante non è vincolante per il giudice ordinario neppure nel caso, come quello in esame, in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo.»

<sup>29</sup> Così si è espresso G. MONTELLA, *op. cit.*, 93.

<sup>30</sup> Si fa qui riferimento alla modifica degli artt. 11 e 117 Cost. e al principio di prevalenza delle norme europee sulle norme costituzionali. Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

Ciò nonostante, al giorno d'oggi risulta ormai principio consolidato che l'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. costituisce il fondamento della tutela della concorrenza. Infatti, proprio una pronuncia della Corte Costituzionale del 1982, che sottolinea come la libertà di concorrenza integri la libertà di iniziativa economica spettante a tutti gli *imprenditori*, ha riconosciuto che nel dettato costituzionale vi sia «una propensione per una struttura di mercato concorrenziale tale da far assurgere il mercato stesso a valore costituzionale»<sup>31</sup>.

Alla luce di tale orientamento, il legislatore ha fatto proprie le istanze provenienti dalla Corte Costituzionale<sup>32</sup>, e ha cristallizzato il riferimento all'art. 41 Cost. nell'art. 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287, come segue: «*le disposizioni della presente legge, in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica (...)*».

La legge n. 287/1990 ha rappresentato il meccanismo di adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme e principi già consolidati a livello europeo. Infatti, sino ad allora il sistema giuridico italiano era orientato in senso dirigitico e corporativo ed inoltre era basato su una concezione del c.d. Stato imprenditore, operante in un sistema di invertenti pubblici nell'economia<sup>33</sup>. Tali caratteristiche hanno comportato una tendenziale riluttanza da parte dello Stato italiano (e il conseguente ritardo) nell'adozione di una disciplina *antitrust*<sup>34</sup>.

---

V. anche SERVIZIO STUDI, CORTE COSTITUZIONALE, *Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti*, maggio 2014.

<sup>31</sup> Testualmente, G. MONTELLA, *op. cit.*, 95. La pronuncia a cui si fa riferimento è Corte Cost., 16 dicembre 1982, n. 223. Nella medesima sentenza si legge che «La libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi». In dottrina, v. A. MONTANARI, *op. cit.*, 113 ss.

<sup>32</sup> *Ex multis*, Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270

<sup>33</sup> Tra l'altro non è possibile affermare che tali concezioni siano del tutto superate. Lo Stato italiano non ha ancora adottato una disciplina adeguata al modello di tutela della concorrenza posto in essere e consigliato dalle istituzioni dell'Unione Europea. A tal proposito il *Country Report* redatto dalla Commissione Europea nel 2020 ha rilevato che non vi è stato *nessun* progresso per quanto riguarda «*la rimozione delle restrizioni alla concorrenza anche mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza*» e che «*nelle politiche in materia di concorrenza non si è (...) riscontrato nessun progresso, in quanto non solo non sono state presentate nuove iniziative, ma si sta ancora esaminando la possibilità di fare passi indietro*». In questo senso, pertanto, la Commissione (nella raccomandazione n. 3) invita lo Stato Italiano a compiere dei progressi nella regolazione della concorrenza, anche mediante l'adozione di una nuova legge annuale sulla concorrenza (cfr., Relazione per Paese relativa all'Italia che accompagna la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea e all'Eurogruppo, COM(2020) 150 final). Inoltre, a dimostrazione del fatto che l'Italia sia ancora molto rigida nell'adozione di adeguate riforme in tema di concorrenza, il Dossier delle Camere del 25 gennaio 2021 avente ad oggetto la proposta del Governo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) evidenzia come «il Piano non fa (...) riferimento alla concorrenza nell'ambito del funzionamento dei mercati, aspetto esplicitamente considerato dalla V Commissione della Camera nella relazione sulle Linee guida del PNRR» (cfr. GOVERNO, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - (PNRR) doc. XXVII, n. 18, La proposta del Governo*, 12 gennaio 2021).

<sup>34</sup> «La l. n. 187/1990 nasce, per un verso, perché il processo di liberalizzazione promosso dagli organi comunitari e la progressiva e globale apertura delle frontiere rafforzò la competizione e pose in concorrenza gli stessi sistemi nazionali nella loro globalità, costringendo

Per quanto riguarda la sua portata, la legge n. 287/1990 non ha un contenuto innovativo o diversificato rispetto al modello originario europeo. In generale, questa assume come parametro di riferimento le norme sostanziali contenute nel TFUE e nel reg. (CE) n. 4064/89, apportando delle modifiche irrilevanti o comunque minori. Le legge, infatti, individua le condotte sanzionabili nelle intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2), gli abusi di posizione dominante (art. 3) e le concentrazioni di imprese (art. 5). Tra l'altro, ad ulteriore conferma della stretta connessione con il diritto sostanziale *antitrust* europeo, l'art. 1, comma 4, stabilisce che l'interpretazione delle norme contenute nella suddetta legge «è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materie di disciplina della concorrenza» con la conseguenza che i principi *antitrust* europei, contenuti in norme comunitarie, pronunce della Corte di Giustizia e prassi decisionali (in particolare della Commissione Europea), prevalgono sui principi, se pur esistenti, di diritto interno.

Peraltro, tale assetto normativo nazionale è per così dire parallelo rispetto a quello delineato in ambito europeo. Infatti, a seconda del caso concreto, gli organi competenti italiani dovranno applicare la normativa e i meccanismi europei quando sussistono le condizioni di applicazione del diritto *antitrust* europeo<sup>35</sup>. Alternativamente dovranno applicare le fonti del diritto nazionale e rispettare le procedure ivi previste. Le fonti di diritto nazionale includono, oltre alla legge n. 287/1990, il d.p.r. 30 aprile 1998 n. 217 avente ad oggetto il Regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM e il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 che traspone la Direttiva 2014/104/UE, relativa alle 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 questo senso, risulta essere evidente come anche a livello di diritto interno le autorità pubbliche non abbiano estensivamente legiferato nel settore *antitrust*, con la

---

gli Stati e le relative imprese ad organizzarsi di conseguenza. (...) Di conseguenza, per restare all'interno del processo di creazione del mercato unico europeo l'Italia doveva necessariamente dotarsi degli strumenti indispensabili per affrontare la competizione e rispettare, al pari degli altri partner, le regole del gioco. Per altro verso non si può nascondere come fortissime furono pure le pressioni degli organi comunitari a dotarsi di questi strumenti (...). L'arretratezza o la mancanza di normative di regolazione e disciplina dei mercati era divenuta incompatibile con la nostra appartenenza alla Comunità Europea»: così, F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 19. V. anche I. CIPOLLETTA, *La cultura della concorrenza in Italia*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 47 ss.

<sup>35</sup> Le condizioni di applicazione sono tre. La prima è la sussistenza del requisito *ratione personae*, ossia che la violazione riguardi un'impresa che conduce un'attività economica (cfr. i famosi casi C. Giust. CE, sez. VI, 24 ottobre 1996, *Commissione c. Viho Europe BV*, causa C-73/95; 18 marzo 1997, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, causa C-343/95; 21 ottobre 2001, *Firma Ambulanz Glockner c. Landkreis Südwestpfalz*, causa C-475/99: «any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed»). Il secondo requisito *ratione materiae* sussiste in tutti i casi in cui si applica il diritto europeo e la fattispecie non è espressamente esclusa dalle disposizioni europee (ad esempio in materia di trasporti, agricoltura e armi e munizioni). La terza condizione (*ratione loci*) è soddisfatta quando la condotta delle imprese ha avuto luogo in uno Stato membro ed è «di natura tale da incidere sensibilmente sul commercio tra Stati membri» (ai sensi delle *Comunicazioni della Commissione Europea* 2014/C 291/01 e 2004/C 101/08).

conseguenza che allo stato attuale la materia anticoncorrenziale, nonostante la sua specialità e rilevanza politico-economica, presenta numerose lacune.

A livello di *public enforcement* italiano, gli organi competenti per la tutela della concorrenza sono l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM o, semplicemente, Autorità) e il giudice amministrativo. Per l'effetto, tale assetto riflette un modello binario di *enforcement* del diritto *antitrust* in Italia: da un lato, amministrativo e, dall'altro, giurisdizionale. In generale, L'AGCM ha funzioni di regolazione e di sanzione in materia *antitrust*, paragonabile al ruolo svolto dalla Commissione a livello europeo. Il giudice amministrativo ha invece il potere di controllo giurisdizionale sui provvedimenti adottati dall'AGCM a tutela delle posizioni giuridiche soggettive lese dalle decisioni dell'Autorità.

## 2. L'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato

### 2.1. Considerazioni preliminari sul ruolo rivestito dall'AGCM e le sue funzioni in materia *antitrust*

L'AGCM si colloca nel novero delle autorità amministrative indipendenti e la sua funzione principale è quella di vigilare sul rispetto dei principi di concorrenza all'interno del territorio italiano, con particolare riguardo alle intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione<sup>36</sup>.

L'istituzione in tale peculiare forma dell'Autorità garante, attuata mediante la legge n. 287/1990, deriva dalla necessità di assicurare che la funzione tecnica di regolazione economica venga esercitata da soggetti giuridici estranei al potere politico. A tale necessità consegue il fatto che l'Autorità è dotata del carattere di indipendenza rispetto agli altri poteri (e in particolare rispetto a quelli di controllo ed indirizzo da parte dell'esecutivo) e che, pertanto, questa non debba rispondere del suo operato al Governo, ponendosi al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.<sup>37</sup>.

L'indipendenza nell'espletamento delle sue attività e la conseguente sostanziale irresponsabilità e impossibilità di assoggettare l'Autorità al Governo comportano un *deficit* di democraticità ma trovano fondamento e giustificazione nelle garanzie attinenti ai procedimenti decisionali dell'AGCM (la c.d. legalità procedurale) e nel successivo eventuale controllo giurisdizionale della sua attività<sup>38</sup>. Dal punto di vista strutturale e organizzativo, l'Autorità è dotata di

---

<sup>36</sup> L'AGCM, infatti, è dotata di altre funzioni, quali la tutela del consumatore dalla pubblicità ingannevole (ai sensi del Codice del consumo, contenuto nel d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, e della legislazione successiva, tra cui il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145), l'attribuzione del rating di legalità alle imprese richiedenti (disciplinata dal decreto interministeriale del 20 febbraio 2014, n. 57), la vigilanza sui rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare, la repressione degli abusi di dipendenza economica che abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, la vigilanza sulla commercializzazione dei diritti sportivi, i poteri consultivi attribuiti dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di trasferimento delle radiofrequenze e di analisi dei mercati rilevanti dei prodotti e servizi relativi alle comunicazioni elettroniche.

<sup>37</sup> L'art. 10, comma 2, l. n. 287/1990, infatti, stabilisce che «l'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio».

<sup>38</sup> Sul punto v. S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, 764 ss. e V. COZZOLI, C. NARDONE, *Promozione e tutela della*

autonomia organizzativa e finanziario-contabile<sup>39</sup>. Questi ultimi si configurano come elementi essenziali per garantire un'effettiva indipendenza dell'Autorità. Inoltre, gli ulteriori aspetti che caratterizzano l'AGCM sono la neutralità e l'elevata tecnicità che connotano i suoi processi decisionali<sup>40</sup>.

In passato, taluni autori più risalenti, argomentando in favore della tesi secondo cui l'Autorità assume una natura giurisdizionale o quasi-giurisdizionale, attribuivano a questa anche i requisiti propri della funzione giudicante, ossia l'imparzialità e la terzietà rispetto ad interessi pubblici e privati<sup>41</sup>. Ad ogni modo, una importante pronuncia della Corte Costituzionale del 2019 ha definitivamente chiarito che l'AGCM ha natura amministrativa e non giurisdizionale.

Nello specifico, la Corte ha negato che l'Autorità sia dotata del requisito della terzietà e, al contrario, ha riconosciuto che questa sia portatrice di un interesse pubblico specifico (ossia la tutela della concorrenza e del mercato), escludendo perciò una sua posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale<sup>42</sup>. In particolare, secondo la Consulta, la

---

*concorrenza: Il rapporto tra Parlamento e Autorità Antitrust*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 23 ss.

<sup>39</sup> L'autonomia è garantita anzitutto dalle modalità di selezione e nomina dei componenti del Collegio. L'art. 10, l. n. 287/1990, prevede che i componenti vengano nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e funzionalità, e ciò diversamente rispetto ad altre autorità indipendenti, i cui membri sono in tutto o in parte di nomina governativa. Inoltre, il mandato è settennale e non rinnovabile. I componenti non possono svolgere in parallelo attività professionali private o ricoprire altri pubblici uffici. La durata limitata del mandato, l'inamovibilità e il regime di incompatibilità costituiscono elementi importanti ai fini della garanzia di indipendenza e autonomia. Inoltre, l'organizzazione interna è definita mediante le previsioni contenute nella Delibera AGCM, 24 maggio 201, n. 2 6614 recante il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tale regolamento delinea una separazione tra funzioni decisorie, di indirizzo e controllo, e funzioni istruttorie. Le prime sono affidate all'organo collegiale e le seconde agli uffici. Per una trattazione esaustiva del tema v. B. C. CALINI, *Procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018, 7 ss.

<sup>40</sup> M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 702 ss.

<sup>41</sup> M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 5 ss. offre una panoramica circa il dibattito sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'Autorità. Si veda anche F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, 2003.

<sup>42</sup> Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13. In tale notoria pronuncia la Corte costituzionale ha negato che l'Autorità abbia la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale nell'ambito di un procedimento sanzionatorio. Nel fare ciò, ha chiarito la natura di autorità amministrativa dell'AGCM, degli interessi da essa perseguiti e delle funzioni esercitate. In questo senso ha chiarito che l'Autorità, ai fini dell'esercizio del potere di sollevare questioni di costituzionalità, non si può configurare come giudice poiché il requisito della terzietà non è presente sulla base di vari argomenti, tra cui rilevano: (i) l'AGCM è parte resistente nel processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, in quanto portatrice di un interesse pubblico specifico e dotata di ampi poteri discrezionali, e ciò è ontologicamente incompatibile con la funzione di giudice con la «posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»; (ii) l'art. 21-bis, l. n. 287/1990, «lungi dal riconoscere all'AGCM la qualità di giudice, le avrebbe attribuito quella opposta di parte processuale per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo di atti amministrativi in contrasto con la tutela della concorrenza (in tal modo l'Autorità, solitamente operante quale parte resistente nel processo amministrativo,

discrezionalità delle funzioni esercitate dall'AGCM, tratto incompatibile con la funzione giurisdizionale, emerge nei suoi poteri para-regolatori e consultivi attribuitigli dagli artt. 21, 22, 23, 24, l. n. 287/1990 e «nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli 'impegni' e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-*ter* e 15, comma 2-*bis*, della legge *antitrust*)»<sup>43</sup>. In altri termini, nonostante vi siano dei tratti para-giurisdizionali e dunque non riconducibili al paradigma dell'amministrazione, come ad esempio il carattere accentuatamente contenzioso dei procedimenti e le garanzie del contraddittorio nella fase istruttoria condotta dall'Autorità, la sua natura rimane comunque amministrativa.

L'Autorità garante svolge essenzialmente due tipologie di attività: attività di regolazione e attività decisorie.

La prima prevede l'esercizio di un potere regolatorio con riguardo al settore di competenza dell'AGCM, ossia la tutela della concorrenza<sup>44</sup>. Tale potere viene esercitato mediante forme di intervento *ex ante* che si declinano in modi differenti. Da un lato, vi è la c.d. attività di *moral suasion* o di *advocacy*, avente carattere ausiliario, nei confronti di poteri pubblici e dei soggetti privati e volta a promuovere e stimolare la concorrenza. Questa si esplica in poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo con riguardo ai «casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato»<sup>45</sup>. Inoltre, l'Autorità può esprimere pareri «circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni»<sup>46</sup> e presenta relazioni annuali sullo svolgimento della propria attività destinate al Parlamento e relazioni al Governo sulle azioni da promuovere in settori specifici (quali, appalti pubblici, imprese concessionarie e distribuzione commerciale)<sup>47</sup>. In aggiunta, l'Autorità esercita attività consultive, così come disciplinate dall'art. 22, l. n. 287/1990, mediante pareri su iniziative legislative o regolamentari e pareri (su richiesta o d'ufficio) sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato. Infine, l'art. 21 attribuisce espressamente all'AGCM il potere di impugnare atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Dall'altro lato, la funzione regolatoria dell'AGCM si esplica mediante l'esercizio dei poteri sanzionatori ed inibitori che le vengono attribuiti dalla legge, che sebbene si configurino come poteri di tipo decisorio risultano comunque essere idonei a realizzare un'attività di tipo regolatorio. Tali poteri, infatti, vengono esercitati nell'ambito delle valutazioni amministrative riservate e

---

assumerebbe anche la qualità di ricorrente)». Per una disamina più approfondita della suddetta pronuncia: N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 807 ss.

<sup>43</sup> Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

<sup>44</sup> R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità «sostanziale», legalità «procedurale» e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1 ss.

<sup>45</sup> Art. 21, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>46</sup> Art. 21, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>47</sup> Artt. 23 e 24, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

dunque sulla base della discrezionalità tecnica<sup>48</sup> (e non di valutazioni discrezionali amministrative) in quanto la legge *antitrust* che individua gli illeciti anticoncorrenziali è caratterizzata da «fattispecie aperte» contenenti i c.dd. concetti giuridici indeterminati<sup>49</sup>. Ad esempio, tali concetti possono concernere la nozione di mercato rilevante o di posizione dominante<sup>50</sup>. Pertanto, spetta proprio all'AGCM, nell'esercizio dei suoi poteri decisorii, determinare il contenuto di tali parametri mediante apprezzamenti non attinenti alle scienze giuridiche, quanto piuttosto a scienze economiche e dunque opinabili. Infatti, «quando (...) è chiamata a qualificare fatti complessi suscettibili di varia valutazione attraverso un giudizio a contenuto scientifico, perché la norma attributiva del potere, avvalendosi di concetti giuridici indeterminati di tipo empirico, rinvia a nozioni tecnico-scientifiche che in sede di applicazione della fattispecie concreta presentano margini di opinabilità»<sup>51</sup>, l'Autorità, nell'accertare la sussistenza di un illecito *antitrust*, contribuisce a completare il contenuto delle norme *antitrust* (utilizzando nozioni e regole tecnico-scientifiche) e in questo modo esercita un'attività di natura creativa (e non meramente dichiarativa)<sup>52</sup>. Tali poteri regolatori non sono ben inquadrabili all'interno della classica tripartizione dei poteri dello Stato e per tale ragione si pongono diversi problemi di carattere costituzionale, tra cui problemi di legittimazione sostanziale, compatibilità con la riserva di legge e con il principio rappresentanza democratica.

Il secondo tipo di attività svolto dall'Autorità si esplica nella funzione decisoria. Infatti, l'Autorità ha il compito principale di vigilare sull'osservanza dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante secondo quanto previsto dagli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990 e in aggiunta applica in

---

<sup>48</sup> D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 2 sottolinea che la discrezionalità tecnica riguarda «quegli aspetti dell'azione amministrativa non regolati (o non compiutamente regolati) dalla legge, e, quindi, in quanto tali, involgenti un apprezzamento soggettivo dell'autorità applicante». Per un approfondimento del tema della discrezionalità tecnica nonché del margine di opinabilità dell'attività amministrativa, cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118 ss.

<sup>49</sup> S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU in Federalismi.it*, 2017: l'autrice effettua una disamina circa il significato di concetti giuridici indeterminati e la loro *ratio* nell'ambito della tutela della concorrenza. Infatti, l'autrice chiarisce che «I concetti giuridici indeterminati sono dei mega-concetti (*Oberbegriff*), da cui, attraverso l'interpretazione, estrapolare nuove fattispecie che possono essere ad essi ricondotte, che rappresentano gli strumenti più adeguati per superare la difficoltà di una 'completa tipizzazione di ipotesi già definite' o, come è stato affermato, il ricorso ai concetti normativi indeterminati è determinato da 'un volontario allargamento del vincolo della legge, al fine di permettere un adattamento delle decisioni alle circostanze particolari del singolo caso'». In particolare, ricorda che la categoria del concetto giuridico indeterminato «attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva, fissandone direttamente tutti i termini mediante riferimenti determinati ed univoci (...), ma rinvia, per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti indeterminati che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici».

<sup>50</sup> F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 54 ss. per un apprezzamento della nozione di mercato rilevante e 184 ss. con riguardo all'abuso di posizione dominante.

<sup>51</sup> Testualmente, M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 707.

<sup>52</sup> Non si tratta invero di una mera sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

via decentrata agli artt. 101 e 102 TFUE (a partire dall'entrata in vigore del reg. (CE) 2003/1). Tale attività di *enforcement* si esplica con un intervento *ex post* da parte dell'Autorità, la quale individua le condotte lesive della concorrenza e che, a seguito dell'avvio di un procedimento, emette un provvedimento sanzionatorio (o inibitorio) di intese e abusi di posizione dominante<sup>53</sup>. Tuttavia, non tutti i procedimenti avviati dall'AGCM si concludono con l'emissione di provvedimenti sanzionatori. L'Autorità, infatti, essendo dotata di poteri discrezionali, può anche adottare decisioni di concessione di un'autorizzazione in deroga, con cui l'Autorità dichiara che un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 l. n. 287/1990 è autorizzata nella misura in cui soddisfa le condizioni di cui all'art. 4 della stessa legge concernente la non applicabilità del divieto. Tale autorizzazione può essere successivamente revocata qualora vengano meno i presupposti esistenti al momento della concessione o qualora l'impresa beneficiaria abusi dell'autorizzazione (ad esempio, fornendo informazioni false o incomplete).

Inoltre, l'Autorità può adottare decisioni di accettazione degli impegni proposti dalle parti ai sensi dell'art. 14-*ter* l. cit. senza accertare l'eventuale infrazione, nel caso in cui questi siano «tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria»<sup>54</sup>. In materia di concentrazioni, l'AGCM valuta la compatibilità con il diritto *antitrust* delle operazioni comunicate ai sensi dell'art. 16 l. n. 287/1990 e ha il potere di vietare le operazioni che comportano «la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza»<sup>55</sup>. Inoltre, l'Autorità vigila sul rispetto dell'art. 8, comma 2-*bis*, l. n. 287/1990, che «impone la separazione societaria delle imprese che operano in regime di monopolio e che offrono servizi di interesse economico generale, laddove intendono operare in settori diversi»<sup>56</sup>.

Infine, l'Autorità può adottare i c.dd. programmi di clemenza. L'art. 15, comma 2-*bis*, l. n. 297/1990, attribuisce all'Autorità la potestà normativa per definire «in conformità con l'ordinamento comunitario, (...) i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie del diritto comunitario». Nel 2007 l'AGCM ha adottato una Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni, la quale è stata successivamente rivista nel 2013 in due occasioni<sup>57</sup>. La ragion d'essere dei programmi di clemenza trova

---

<sup>53</sup> Peraltro, l'art. 14-*bis* l. n. 287/1990 attribuisce all'AGCM il potere di emanare d'ufficio misure cautelari nel corso o contestualmente all'apertura del procedimento *antitrust* qualora vi sia il rischio di un grave e irreparabile danno per la concorrenza (*periculum in mora*) e la violazione delle norme *antitrust* appaia *prima facie* fondata (*fumus boni iuris*). Per una più completa disamina del tema, v. M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, Torino, 2006, 163 ss. In relazione alla più recente prassi dell'Autorità, v. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 307 ss. e B. C. CALINI, *op. cit.*, 223 ss.

<sup>54</sup> Art. 14-*ter*, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>55</sup> Art. 6, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>56</sup> Così si è espressa B. C. CALINI, *op. cit.*, 10.

<sup>57</sup> La Comunicazione è stata introdotta in attuazione dell'art. 14, comma 2, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (decreto Bersani), che ha introdotto l'art. 15, comma 2-*bis*, l. n. 287/1990. La Comunicazione si basa sulle previsioni contenute nella Comunicazione della Commissione sulla

fondamento nella facilitazione dell'individuazione e della prova dell'esistenza dei cartelli, per loro natura segreti e difficilmente individuabili, mediante la concessione dell'immunità dalla sanzione o la sua riduzione alle imprese che contribuiscono a consentire l'accertamento dell'infrazione o rafforzino l'impianto probatorio alla base del procedimento *antitrust*<sup>58</sup>.

## 2.2. Il procedimento *antitrust* dell'AGCM: la disciplina

Come anticipato, la legge, nel disciplinare l'attività dell'AGCM, regola e delimita i poteri e le funzioni esercitate dall'Autorità attribuendo alla stessa diversi margini di discrezionalità a seconda del tipo di funzione che viene esercitata. In aggiunta, nel fare riferimento al carattere dell'indipendenza e all'ampia discrezionalità di cui gode l'Autorità, si è detto che questi sono temperati da garanzie «rinforzate» di carattere procedimentale. Infatti, una comune affermazione è quella secondo cui il procedimento *antitrust* sia strutturato in modo tale da assicurare un «contraddittorio rafforzato con i soggetti destinatari dell'esercizio dei poteri amministrativi e per la partecipazione dei soggetti terzi interessati»<sup>59</sup>. In altre parole, il procedimento *antitrust*, a differenza dei procedimenti amministrativi tradizionali, è caratterizzato dalla previsione di ampie garanzie partecipative a favore delle parti interessate tali da delineare meccanismi di legalità procedurale tesi a compensare il *deficit* di legittimazione democratica e una carente proliferazione legislativa in materia *antitrust* (ossia la carenza di legittimazione sostanziale)<sup>60</sup>. Peraltro, tali lacune legislative concernono non solo, come già visto, le norme a tutela della concorrenza (quindi finalizzate a sanzionare condotte anticompetitive), ma anche la disciplina del ruolo e delle funzioni dell'AGCM, le quali sono rimaste ancora piuttosto «nebulose» e su cui il dibattito dottrinale e giurisprudenziale non si è

---

non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (96/C 207/04) e sull'*ECN Model Leniency Programme*, da ultimo modificato nel 2012.

<sup>58</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 13 dicembre 2010, n. 36126 opera una ricognizione dell'istituto dell'ammissione al programma della clemenza. Nell'individuare la disciplina e le finalità afferma che «Il programma di clemenza consiste nella concessione, ad opera delle autorità di controllo, dell'immunità o del beneficio della riduzione dell'ammenda per quelle imprese che decidano di collaborare: che denunciano, cioè, la propria partecipazione al cartello e forniscono elementi decisivi per individuare l'esistenza di un'intesa ed i partecipanti alla stessa. Il programma è riferito alle violazioni più gravi (*hard core*) dell'art. 81, ovvero alle intese orizzontali segrete, quali quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati. Il programma di clemenza può assumere accentuata rilevanza soprattutto ove si tenga presente l'elevato grado di difficoltà che sovente accompagna l'individuazione delle intese (segnatamente con riferimento alla complementare problematicità del reperimento di opportuni elementi probatori); pur non potendosi sottacere, fin da ora, come l'applicazione dell'istituto intrinsecamente si presti ad un impiego potenzialmente distorsivo, laddove vengano in considerazione condotte 'opportunistiche' di operatori che, veicolate dalla mera esigenza di sottrarsi all'irrogazione di sanzione, ovvero dall'opportunità di 'usare' la *leniency* per arrecare pregiudizio alle imprese concorrenti». Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 362 e 24 ottobre 2014, n. 5277; T.A.R. Lazio, 27 luglio 2020, n. 8519; 20 aprile 2018, n. 4406; 17 novembre 2011, n. 8945.

<sup>59</sup> Così testualmente B. C. CALINI, *op. cit.*, 12.

<sup>60</sup> *Ex multis*, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, cit., 25 ss.

ancora esaurito. In questo senso, si ritiene che, in assenza di un sistema completo e puntuale di regole e obblighi definiti *ex ante* dal legislatore, la carenza del valore della legalità sostanziale nell'attività di *regulation* dell'Autorità debba essere compensata dalla legalità procedurale e quindi dal potenziamento delle forme di coinvolgimento dei soggetti interessati al procedimento *antitrust*<sup>61</sup>.

Il quadro normativo in cui si inserisce il procedimento *antitrust*, parallelamente a quanto avviene per le fattispecie sostanziali, è particolarmente sintetico e si limita a delineare le fasi principali del procedimento in maniera sommaria. La legge n. 287/1990 disciplina il procedimento in materia di intese e abusi di posizione dominante agli artt. 12-15, mentre le norme di attuazione della disciplina procedimentale sono contenute negli artt. 6-14 del d.p.r. n. 217/1998 (c.d. Regolamento sulle procedure istruttorie). Tali previsioni delineano un procedimento che si articola in tre fasi distinte: la fase preistruttoria, la fase istruttoria e la fase decisoria.

Nonostante queste norme disciplinino esclusivamente il procedimento applicabile nelle ipotesi di condotte contrarie agli artt. 2 e 3, l. n. 287/1990, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che tale procedimento, e in particolare, l'art. 14 l. cit. «assume carattere tendenzialmente tipico e ad applicazione generale nel senso che, ordinariamente e prevalentemente, l'Autorità agisce ed esercita i suoi poteri nelle forme derivanti dalle previsioni dell'art. 14 stesso» e dunque viene applicato in «ipotesi legali omogenee di accertamenti tecnico-economici» qualora sia necessaria «una fase accertativa in senso tecnico-procedimentale»<sup>62</sup>. In sintesi, quando l'Autorità esercita un'attività di accertamento o di valutazione di una data condotta, questa è tenuta ad agire nelle forme di cui all'art. 14 l. n. 287/1990<sup>63</sup>. Diversamente, negli altri casi, il procedimento applicato può essere quello definito dalla legge n. 689/1981. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha individuato tra queste ipotesi i casi di inottemperanza alla diffida o di mancata ottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva in un'operazione di concentrazione, di cui rispettivamente agli artt. 15, co. 2 e 19, co. 2, l. n. 287/1990<sup>64</sup>. Nella prassi, l'Autorità ha applicato il procedimento di cui alla legge n. 689/1981 ad ulteriori ipotesi<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Cfr. R. TITOMANLIO, *op. cit.*; UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, 4 ss.

<sup>62</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307. È inoltre opportuno specificare che, ai sensi dell'art. 54, co. 5, l. 6 febbraio 1996, n. 52, l'Autorità applica il medesimo procedimento di cui si tratterà nel presente capitolo sia quando applica in maniera decentrata gli artt. 101 e 102 TFUE che quando agisce ai sensi del diritto *antitrust* nazionale.

<sup>63</sup> La giurisprudenza amministrativa ha stabilito che la disciplina di cui all'art. 14 della legge n. 287/1990 deve essere applicata in via preferenziale rispetto alle diverse norme previste nella legge sul procedimento amministrativo (v. l. n. 241/1990). Cfr. sempre Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307, ma anche T.A.R. Lazio, sez. I, 4 luglio 2011, n. 5843.

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2010, n. 1307 e T.A.R. Lazio, sez. I, 9 agosto 2010, n. 30460.

<sup>65</sup> Nello specifico, si fa riferimento alle fattispecie previste dalla legge n. 287/1990 di cui agli art. 14, comma 5, (rifiuto di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti, o ipotesi in cui vengono fornite informazioni non veritiere), art. 19, comma 1, (inottemperanza alla decisione di autorizzazione di un'operazione di concentrazione soggetta ad impegni o alla decisione che vieta un'operazione di concentrazione), e art. 14-ter, comma 2, (inottemperanza

Peraltro, occorre precisare che l'assenza di una compiuta regolamentazione in materia deriva anche dal fatto che l'Autorità non dispone di una potestà regolamentare generale in materia *antitrust*, diversamente da altri ambiti (quali, ad esempio, le pratiche commerciali scorrette). In questo senso, l'Autorità, a differenza della Commissione europea, non ha fatto largo uso degli strumenti di *soft law* per indirizzare le condotte delle imprese nel mercato, limitandosi ad intervenire a valle dell'introduzione di nuovi istituti nella legge n. 287/1990 per meglio definire le modalità procedurali di cui avvalersi<sup>66</sup>. Soltanto di recente vi sono state delle aperture a questo tipo di strumenti, ad esempio con riferimento alle Linee guida in materia di sanzioni per la definizione delle modalità di calcolo delle sanzioni applicate dall'AGCM oppure le Linee guida in materia di programmi di *compliance*<sup>67</sup>.

Tali carenze e lacune normative hanno comportato la necessità per i giudici amministrativi di ricorrere ad altre fonti del diritto per poter ovviare a tali ostacoli nell'esercizio della propria funzione di controllo giurisdizionale. Ad esempio, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, l'art. 31 l. n. 287/1990 rinvia alle sezioni I e II della legge n. 698/1981 «*in quanto applicabili*» per le ipotesi in cui vi siano dubbi interpretativi o lacune legislative<sup>68</sup>. Nonostante la sommarietà del procedimento di cui alla legge n. 698/1981 e la sua diversa natura penalistica, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente esteso la portata del rinvio alla legge n. 698/1981, le cui disposizioni diventano applicabili al procedimento *antitrust* in generale «in quanto applicabili». Nello stesso tenore estensivo, il giudice amministrativo ha ritenuto applicabili in materia *antitrust* una serie di disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), nonostante la legge n. 287/1990 non contenga alcun rinvio espresso, adducendolo a «parametro di riferimento privilegiato per l'interprete (...) in materia *antitrust*»<sup>69</sup>. In aggiunta, il giudice amministrativo ha spesso fatto riferimento al diritto *antitrust* europeo per cercare di colmare le lacune interpretative in tema procedimentale. Ad esempio, richiamando le disposizioni del reg. (CE) 2003/1, gli orientamenti della Corte di Giustizia (ivi inclusi i principi generali del diritto europeo e le soluzioni a problematiche di carattere

---

alla decisione con impegni), mentre non ha fatto lo stesso nell'ipotesi di cui all'art. 14-ter, comma 3, (riapertura d'ufficio di un procedimento per inottemperanza alla decisione con impegni).

<sup>66</sup> Cfr. *Comunicazione sull'applicazione dell'art. 14-bis della legge n. 287/1990 in materia di misure cautelari*, approvata con Delibera AGCM, 14 dicembre 2006, n. 16218; *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter l. n. 287/1990*, modificata da ultimo con Delibera AGCM, 6 settembre 2012, n. 23863; *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge n. 287/1990*, da ultimo modificata con Delibera AGCM, 31 luglio 2013, n. 24506.

<sup>67</sup> Si fa riferimento, rispettivamente, alle *Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative* adottate con provvedimento dell'AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152 nonché alle *Linee guida sulla compliance antitrust*, adottate con provvedimento dell'AGCM del 25 settembre 2018, n. 27356.

<sup>68</sup> Le sezioni I e II disciplinano, rispettivamente, i profili sostanziali e procedurali delle sanzioni amministrative.

<sup>69</sup> Così B. C. CALINI, *op. cit.*, 18, la quale offre una sintesi delle ipotesi in cui le norme contenute nella legge n. 241/1990 vengono applicate in materia *antitrust*, menzionando anche le rispettive pronunce della giurisprudenza amministrativa.

procedimentale così come declinati dalla Corte) e le prassi applicative della Commissione (in particolare alle sue comunicazioni e linee guida).

### 2.3. La fase preistruttoria del procedimento *antitrust*

La fase preistruttoria si configura come la prima fase del procedimento *antitrust*. La sua finalità consiste nel permettere all'Autorità di decidere se avviare il procedimento istruttorio ovvero se archiviare la pratica. Gli uffici dell'AGCM risultano essere l'organo preposto al suo espletamento e questa si caratterizza principalmente per l'apertura del fascicolo istruttorio. L'art. 12, l. n. 287/1990, rubricato «Poteri di indagine», stabilisce che l'Autorità procede all'espletamento dell'istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti sanciti negli artt. 2 e 3 a valle della valutazione degli elementi conosciuti d'ufficio o sulla base di segnalazioni da parte di soggetti terzi.

Occorre precisare che l'avvio dell'istruttoria costituisce l'esercizio di un potere d'ufficio, avente lo scopo di assicurare la tutela oggettiva del mercato a garanzia di un interesse pubblico generale (e non di posizioni individuali degli altri operatori del mercato). Dunque, nel caso in cui il fascicolo istruttorio venga aperto sulla base di segnalazioni di soggetti terzi, tali denunce costituiscono meri atti di impulso (e non istanze di parte). Peraltro, non vi sono particolari forme o procedure per trasmettere le segnalazioni all'Autorità e perciò queste possono avvenire semplicemente via e-mail, fax, *pec* o recandosi personalmente all'Ufficio del Protocollo dell'Autorità<sup>70</sup>.

L'interesse del segnalante è definito dall'art. 6, comma 4, del Regolamento sulle procedure istruttorie nella parte in cui afferma che il provvedimento di avvio dell'istruttoria è notificato anche «ai soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un *interesse diretto, immediato ed attuale*, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria». I soggetti titolari di un interesse diretto, immediato ed attuale possono essere, nello specifico, imprese concorrenti (attuali o potenziali), controparti contrattuali dell'impresa denunciata (quali ad esempio i clienti) ovvero i consumatori finali della stessa.

Ciò nonostante, nella prassi, l'Autorità generalmente non compie una valutazione circa la sussistenza dell'interesse del segnalante rispetto all'accertamento dell'infrazione denunciata. Infatti, proprio perché le denunce si configurano come atti di mero impulso, l'Autorità (dotata di poteri d'ufficio) può decidere di avviare il procedimento *antitrust* a prescindere dalla natura dell'interesse del soggetto denunciante (e dunque anche nel caso in cui tale interesse sia manchevole). Nondimeno, secondo alcuni autori, «il controllo circa la titolarità di un interesse *diretto, immediato e attuale*, oltre ad essere contemplato dal dettato normativo, è auspicabile quantomeno in sede di eventuale avvio dell'istruttoria in quanto il segnalante, laddove destinatario della notifica del provvedimento di avvio del procedimento, avrà in quel contesto

---

<sup>70</sup> Salvo che per la comunicazione volontaria delle intese, la richiesta di autorizzazione delle intese in deroga, la comunicazione di operazioni di concentrazione. L'Autorità in tali casi mette a disposizione un modulo sul proprio sito. Inoltre, è anche possibile interloquire con l'Autorità in forma anonima, nonostante non vi sia un canale ufficiale di trasmissione delle segnalazioni anonime.

accesso ad un importante complesso informativa in merito alle infrazioni oggetto di contestazione»<sup>71</sup>. La segnalazione viene trasmessa dall'Ufficio del Protocollo alla Direzione competente per materia dell'AGCM<sup>72</sup>.

In questa fase, il Direttore della Direzione ricevente assegna il fascicolo ad un determinato funzionario<sup>73</sup> e la Segreteria della Direzione competente invia una lettera al segnalante dando atto della ricezione della segnalazione e comunicando il contatto del funzionario responsabile. Diversamente, nei casi in cui il fascicolo istruttorio viene aperto sulla base di indagini svolte autonomamente dagli uffici, è il Direttore stesso ad aprire un fascicolo istruttorio che viene poi affidato al funzionario, il quale è responsabile di far confluire al suo interno tutte le informazioni circa le possibili infrazioni commesse.

In questa fase del procedimento, gli uffici dispongono di informazioni limitate circa la possibile infrazione e pertanto sono tenuti a svolgere una serie di accertamenti preistruttori. In particolare, cercano di approfondire le informazioni trasmesse dai segnalanti o già conosciute e di integrarle con ulteriori nuovi elementi forniti dal soggetto denunciante o contenuti in altri fascicoli dell'Autorità. Allo stato attuale, l'Autorità non dispone nella fase preistruttoria né di poteri di ispezione né tantomeno di poteri sanzionatori in caso di mancata trasmissione di informazioni o di informazioni false. Tale carenza di potere è stata però colmata con le disposizioni della Direttiva UE 2019/1, le quali devono ancora essere trasposte nel nostro ordinamento.

La fase preistruttoria si svolge generalmente senza il contraddittorio con il soggetto indagato. Pertanto, l'eventuale partecipazione di quest'ultimo è rimessa alla discrezionalità dell'AGCM, che può decidere di preservare la segretezza delle indagini allo scopo di salvaguardare la buona riuscita di eventuali future ispezioni a valle dell'avvio del procedimento ovvero può scegliere di avviare un dialogo negoziale con il soggetto denunciato. La giurisprudenza amministrativa ha in ogni caso considerato legittima la circostanza per cui l'impresa denunciata non partecipi alla fase prodromica dell'avvio del procedimento sulla base del fatto che «l'art. 12 della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità proceda ad istruttoria, 'valutati gli elementi in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse'» e che il «termine 'valutare', oltre ad implicare una *prima delibazione* sulla sussistenza delle presenti violazioni, non può che comportare un'*iniziale e minimale attività*, anche istruttoria, diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di verificare la sussistenza quanto meno di un *fumus* in ordine alle violazioni da contestare»<sup>74</sup>. Dunque, per la giurisprudenza, la fase preistruttoria integra una «procedura

---

<sup>71</sup> B. C. CALINI, *op. cit.*, 37.

<sup>72</sup> Cfr. Art. 12, comma 5, del Regolamento di organizzazione e funzionamento. Nello specifico, ai sensi dell'Allegato 1 del Regolamento di organizzazione e funzionamento, vi sono cinque Direzioni settoriali: (i) Direzione Energia e Industria di base, (ii) Direzione Comunicazioni, (iii) Direzione Credito, Poste e Turismo, (iv) Direzione Agroalimentare, Farmaceutico e Trasporti, (v) Direzione Manifatturiero e Servizi. Ogni Direzione è presieduta da un Direttore. L'attività delle Direzioni è coordinata, programmata e indirizzata dalla Direzione Generale Concorrenza e responsabile di questa è il Direttore generale.

<sup>73</sup> *Ex artt.* 13, comma 9, lett. b), e 18, comma 2, Regolamento di organizzazione e funzionamento.

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

*preliminare*, anteriore sul piano logico e temporale all'avvio dell'istruttoria formale, che si connota, pertanto, sul piano funzionale, per essere diretta a consentire la delibazione di elementi già posseduti, in vista dell'apertura di una vera e formale procedura istruttoria da svolgere nel contraddittorio dei soggetti interessati: ben si comprende, pertanto, che siffatta natura e tale specifica destinazione finalistica delle procedure in questione implicano quanto meno l'attenuarsi dell'esigenza, se non dell'opportunità, di un pieno contraddittorio»<sup>75</sup>.

Inoltre, nell'ambito della fase preistruttoria, è possibile che un soggetto interessato formuli istanza di accesso agli atti contenuti nel fascicolo. Nella prassi l'Autorità non concede tale accesso almeno sino al momento di avvio del procedimento istruttorio ovvero di archiviazione del caso perché sarebbe difficile qualificare l'interesse della parte istante. Tuttavia, nonostante non vi sia stata ancora una pronuncia definitiva dell'Autorità, vi possono essere casi in cui il soggetto istante ha un interesse diretto, immediato e attuale che potrebbe portare all'accoglimento della relativa istanza<sup>76</sup>.

Per quanto riguarda la durata della fase preistruttoria, la legge n. 287/1990 non fissa un termine entro cui questa deve concludersi. In questo senso, la durata della fase preistruttoria risponderebbe a due diverse esigenze: da un lato, l'opportunità di espletare approfondimenti istruttori<sup>77</sup> e, dall'altro, la necessità di intervenire celermente per porre fine alla presunta infrazione<sup>78</sup>. A tal proposito, si segnala una recente apertura della giurisprudenza amministrativa alla possibilità di annullare il provvedimento di chiusura del procedimento a causa dell'eccessiva durata della fase preistruttoria per un lasso di tempo ingiustificato, in linea con il principio secondo cui anche il procedimento *antitrust* deve rispettare il principio di ragionevole durata del procedimento ai sensi dell'art. 6 Cedu<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2013, n. 7265 riteneva non corretto l'orientamento che argomentava in favore dell'estensione delle garanzie procedurali di cui alla legge n. 287/1990 alla fase preistruttoria, affermando che «l'informalità di tale fase e la considerazione della sua stretta strumentalità rispetto a quella, eventuale, dell'istruttoria, nel corso della quale il contraddittorio è pienamente assicurato dalla disciplina speciale, sono fattori che inducono a disattendere l'assunto dell'applicabilità anche al caso di specie delle norme della l. n. 241/1990, intese come enunciazione di principi generali ivi operanti».

<sup>76</sup> Ad esempio, questo può essere il caso di rigetto di un'istanza di misure cautelari da parte dell'Autorità.

<sup>77</sup> Cfr. l'art. 6, comma 3, Regolamento sulle procedure istruttorie stabilisce che «il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli *elementi essenziali* in merito alle presunte infrazioni» e dunque pone un onere istruttorio in capo all'Autorità.

<sup>78</sup> Ad ogni modo, B. C. CALINI, *op. cit.*, 44 ss. ha stimato che in media le fasi preistruttorie hanno avuto una durata media di cinque mesi per l'anno 2016 e lo stesso vale anche per gli anni passati. Inoltre, si rinvia alla medesima opera per la trattazione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale sull'applicabilità del termine di 90 giorni per la contestazione della violazione ex art. 14, l. 689/1981, alla fase preistruttoria *antitrust*.

<sup>79</sup> V. Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512. Nel caso di specie, l'Autorità aveva avviato il procedimento quattro anni dopo il ricevimento della segnalazione e a distanza di più di un anno dall'acquisizione degli elementi conoscitivi a fondamento dell'avvio del procedimento. Il giudice ha riconosciuto l'applicabilità delle disposizioni relative all'immediatezza delle contestazioni di cui alla legge n. 689/1981 e ha inoltre chiarito che «[a] prescindere dalla applicabilità nei procedimenti *antitrust* del termine di cui all'art. 14 l. 689/1981, non può giustificarsi il compimento di una attività di preistruttoria che si dilunghi oltre un lasso di tempo ingiustificatamente prolungato, poiché altrimenti si violerebbero i principi generali di cui alla

Allo stato attuale (e cioè sino alla trasposizione della Direttiva UE 1/2019) l'Autorità in questa fase non può esercitare poteri di *enforcement* simili a quelli della Commissione. Tuttavia, l'Autorità gode di una certa discrezionalità nel poter dare priorità all'istruzione di determinati fascicoli rispetto ad altri, mentre non si ritiene possibile che l'Autorità possa non dare seguito a segnalazioni relative a fatti di minore gravità o di interesse non primario e dunque archiviare un fascicolo perché di «interesse minore»<sup>80</sup>. Ad ogni modo, si prospetta che lo scenario muterà una volta che lo Stato Italiano trasporrà la Direttiva UE 2019/1, dando, in particolare, applicazione all'art. 4, comma 5, che stabilisce che «le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza hanno il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE» e che «nella misura in cui tali autorità sono tenute a prendere in considerazione le denunce formali, esse hanno il potere di respingere tali denunce a motivo del fatto che non le considerano delle priorità investigative»<sup>81</sup>.

La conclusione della fase preistruttoria avviene mediante la chiusura del fascicolo istruttorio e si esplica mediante l'archiviazione di una denuncia ovvero l'emanazione di un provvedimento formale di avvio del procedimento. Nell'ipotesi in cui gli uffici ritengano che la denuncia sia infondata, questi propongono all'Autorità la sua archiviazione. Nonostante l'art. 12 della l. n. 287/1990 e l'art. 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie non disciplinano la forma e i requisiti di pubblicità della decisione di archiviazione, è pacifico che l'AGCM adotti comunque un provvedimento espresso. L'Autorità dà atto dell'archiviazione mediante una lettera a firma del Segretario generale inviata al solo segnalante, non soggetta a pubblicazione.

La giurisprudenza ha inoltre stabilito che anche le decisioni di archiviazione devono essere puntualmente motivate in quanto «esprimono pur

---

legge 241 del 1990 sulla certezza ed efficienza dell'agire amministrativo nell'interesse sia della Pubblica amministrazione che del privato sottoposto al procedimento».

<sup>80</sup> Il giudice amministrativo ha evidenziato che l'AGCM ha uno specifico dovere di valutare approfonditamente le *notitiae criminis* e che questa ha la facoltà di archiviazione, dopo aver adeguatamente motivato la propria decisione, soltanto in assenza dei presupposti di legge. Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751.

<sup>81</sup> Si veda il Considerando 23 della Direttiva:

«Le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza dovrebbero essere in grado di organizzare l'ordine di priorità dei loro procedimenti ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in modo tale da garantire l'uso efficace delle loro risorse e per potersi concentrare sulla prevenzione e sulla cessazione delle condotte anticoncorrenziali che distorcono la concorrenza nel mercato interno. A tal fine, dovrebbero poter respingere le denunce a motivo del fatto che non costituiscono una priorità, con l'eccezione, se del caso, di quelle presentate dalle autorità pubbliche che hanno competenza concorrente a un'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e del diritto nazionale della concorrenza. Ciò non dovrebbe pregiudicare la facoltà delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza di respingere le denunce per altri motivi, come per esempio l'incompetenza, o di decidere che non hanno motivo di intervenire. Nei casi di denunce depositate formalmente, tali reiezioni dovrebbero poter formare oggetto di un ricorso effettivo ai sensi del diritto nazionale. Il potere delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza di organizzare l'ordine di priorità dei loro procedimenti istruttori non pregiudica il diritto di un governo di uno Stato membro di comunicare alle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza norme di indirizzo generale o orientamenti sulle priorità che non riguardino indagini settoriali o procedimenti specifici di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.»

sempre valutazioni dell'Autorità circa l'inesistenza di sufficienti elementi di 'fumus' in ordine alla violazione» e che «l'obbligo di motivazione, oltre a rappresentare un principio immanente esteso alla generalità dei provvedimenti amministrativi nell'ordinamento interno, rappresenta (...) uno dei principi fondamentali del diritto comunitario in materia di concorrenza»<sup>82</sup>. Pertanto l'Autorità nella motivazione deve dare conto del ragionamento adottato, con l'effetto di consentire ai soggetti interessati di valutare qualora la decisione sia inficiata da vizi contestabili in sede giurisdizionale.

Tali considerazioni sono in linea con la lenta graduale apertura della giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto in capo al segnalante la legittimazione ad impugnare i provvedimenti di archiviazione davanti al giudice amministrativo<sup>83</sup>. È opportuno precisare che a tale risultato non si è giunti per il fatto che il denunciante risulti essere titolare di un diritto derivante dalla sua segnalazione. La giurisprudenza ha infatti riconosciuto che i *terzi controinteressati* sono legittimati ad impugnare la decisione di archiviazione<sup>84</sup> soltanto nel caso in cui siano «titolari di una posizione qualificata e differenziata, e dunque subiscano un pregiudizio chiaramente riferibile alla propria sfera individuale»<sup>85</sup>.

#### 2.4. L'avvio del procedimento *antitrust*

In alternativa all'archiviazione del caso, nelle ipotesi di presunta violazione degli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990, gli uffici formulano una proposta di avvio del procedimento al Collegio, il quale può richiedere ulteriori approfondimenti, disporre l'archiviazione della denuncia ovvero l'avvio dell'istruttoria<sup>86</sup>.

L'art. 6, comma 3, del Regolamento sulle procedure istruttorie identifica il contenuto necessario del provvedimento di avvio dell'istruttoria stabilendo che «*deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge*». In tal senso, emergono due ordini di requisiti: la definizione della condotta oggetto di accertamento (*thema decidendum*) e la tutela dei diritti di partecipazione e difesa delle parti all'interno del procedimento.

Risulta evidente come il primo requisito sia essenziale ai fini della garanzia del secondo. Invero la puntuale definizione del *thema decidendum*, secondo la giurisprudenza amministrativa, si declina nel principio processuale di *immutabilità dei fatti contestati*<sup>87</sup> secondo cui qualora emergano nuovi o

---

<sup>82</sup> Così T.A.R. Lazio, sez. I, 10 ottobre 2006, n. 10200.

<sup>83</sup> Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597 e 20 maggio 2011, n. 3013.

<sup>84</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715 nonché Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865.

<sup>85</sup> Si è espressa così B. C. CALINI, *op. cit.*, 59. A tale proposito è stata riconosciuta la legittimità ad impugnare in capo alle imprese concorrenti, alle associazioni di consumatori, associazioni professionali o di categoria.

<sup>86</sup> Ex art. 6, comma 1, del Regolamento sulle procedure istruttorie.

<sup>87</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085. Nel caso di specie, in cui il provvedimento finale concerneva fatti ulteriori non dedotti in sede di avvio del procedimento e

ulteriori fatti, questi non possono contribuire ad estendere oggettivamente o soggettivamente l'istruttoria avviata. Tale principio consente anche di evitare le c.dd. *fishing expeditions* da parte dell'Autorità, proprio perché l'individuazione in termini vaghi della condotta oggetto di accertamento determina l'esercizio di poteri istruttori in via esplorativa<sup>88</sup>.

Ai sensi dell'art. 6, comma 4, del medesimo regolamento, il provvedimento di avvio è notificato alle imprese e agli enti interessati (i c.dd. *terzi controinteressati*<sup>89</sup>), «nonché ai soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria». Dal momento in cui ricevono la notifica di avvio del provvedimento, le imprese sospette dell'infrazione indicata nel provvedimento assumono la qualifica di *parti necessarie* del procedimento<sup>90</sup>. La notifica del provvedimento di avvio produce due effetti principali: l'interruzione del termine di prescrizione quinquennale per l'esercizio della potestà sanzionatoria<sup>91</sup> e l'attribuzione all'AGCM dei poteri istruttori necessari all'accertamento (con i conseguenti diritti di partecipazione delle parti al procedimento).

Successivamente, ai sensi dell'art. 6, comma 7, il provvedimento viene pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai fini della partecipazione al procedimento dei terzi controinteressati non destinatari della notifica, e in particolare «i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria»<sup>92</sup>. Inoltre, nella prassi, l'Autorità dà notizia dell'avvio del procedimento anche sul proprio sito istituzionale. Ciò risulta essere particolarmente rilevante con riguardo alla possibilità per i soggetti privati di

---

l'Autorità aveva invocato a propria difesa l'art. 21-*octies*, l. 241/1990, il giudice aveva evidenziato che «non è mancata la mera comunicazione dell'avvio di procedimento, ma un'intera sequenza di momenti di contraddittorio, la cui assenza, in una materia caratterizzata da complessi accertamenti e valutazioni tecnico-economiche, nonché da rilevantissimi profili sanzionatori, non può ridursi ad un mero vizio formale del provvedimento finale, costituendo il corretto contraddittorio procedimentale un modo di essere intrinseco all'esercizio del potere, cioè un momento 'sostanziale' dell'esercizio dei poteri accertativo-sanzionatori dell'Autorità».

<sup>88</sup> Tale principio è stato sancito anche a livello europeo. Si veda, ad esempio, C. Giust. UE, 14 novembre 2012, *Nexans France e Nexans c. Commissione*, causa T-135/09.

<sup>89</sup> È raro che l'Autorità notifichi il provvedimento a soggetti diversi dalle parti necessarie e dai segnalanti. Invero, Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271 ha evidenziato che i terzi controinteressati sono i «soggetti diversi dai diretti destinatari del provvedimento finale, nei cui confronti quest'ultimo può produrre un pregiudizio» e che «si deve trattare in ogni caso di soggetti su cui il provvedimento incide in via diretta e non semplicemente in via riflessa e derivata». Ad ogni modo, tali soggetti possono comunque fare istanza di partecipazione al procedimento.

<sup>90</sup> Nei confronti di queste si tratta dunque di un atto ricettizio poiché il provvedimento deve essere notificato alle imprese sospettate per produrre i suoi effetti.

<sup>91</sup> Detto termine è previsto dall'art. 28 l. n. 689/1981 ed è applicabile nei casi in cui l'Autorità applica gli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990. Nelle ipotesi in cui l'Autorità applica in via decentrata gli artt. 101 e 102 TFUE, la prescrizione è disciplinata dall'art. 25 del Regolamento (CE) n. 1/2003 ed è equivalente.

<sup>92</sup> Art. 7, comma 1, lett. b) del Regolamento sulle procedure istruttorie.

venire a conoscenza di potenziali illeciti *antitrust* e di ricorrere agli strumenti di *private enforcement* per ottenere tutela di fronte al giudice civile.

Con riferimento al provvedimento di avvio dell'istruttoria, giova evidenziare che secondo la giurisprudenza tradizionale tali atti non possano essere autonomamente e immediatamente impugnabili. Si tratta infatti di «atti preparatori» e dunque gli eventuali vizi degli atti interni al procedimento devono essere contestati in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo, idoneo invece a ledere le posizioni giuridiche soggettive dei destinatari<sup>93</sup>.

## 2.5. La fase istruttoria del procedimento *antitrust*

Lo scopo della fase istruttoria è quello di raccogliere le informazioni necessarie a verificare la fondatezza dell'infrazione sospettata così come descritta all'interno del provvedimento di avvio.

L'art. 14, comma 2, l. n. 287/1990, attribuisce all'Autorità ampi strumenti di ricerca delle prove. Tra questi vi sono: (i) la facoltà di richiedere alle imprese, enti e persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; (ii) la facoltà di disporre ispezioni ai fini di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; (iii) la facoltà di disporre perizie e analisi economiche e statistiche; (iv) la facoltà di consultare esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. All'interno di questa fase, l'Autorità dispone di ampi margini di discrezionalità con riguardo alla scelta degli strumenti di investigazione da utilizzare nonché alle modalità e tempistiche con cui esercitare i suoi poteri. Tale discrezionalità trova comunque dei limiti, in primo luogo, nel *thema decidendum* definito nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, e, in secondo luogo, nel rispetto del principio di proporzionalità. Il presente lavoro non tratterà nello specifico i meccanismi di funzionamento dei vari strumenti istruttori menzionati. Nondimeno, è bene rimarcare che tali strumenti, a seguito della trasposizione della Direttiva UE 2019/1, verranno ulteriormente potenziati e incrementati con l'effetto di parificare i poteri istruttori dell'AGCM a quelli della Commissione a livello europeo<sup>94</sup>.

Gli uffici sono l'organo preposto all'espletamento della fase istruttoria, e in particolare, sono deputati, oltre che alla formulazione della proposta di avvio dell'istruttoria, ad inviare le richieste di informazioni e ad organizzare *lato sensu* l'indagine, tenendo informato il Collegio degli accertamenti svolti (ex art. 8, comma 3, Regolamento sulle procedure istruttorie). Il Collegio, quindi, ha il potere di decisione con riguardo agli atti più rilevanti dell'istruttoria (quali, ad esempio, l'avvio del procedimento o l'autorizzazione alle ispezioni).

---

<sup>93</sup> *Inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9565 e T.A.R. Lazio, sez. I, 20 febbraio 2004, n. 1631. Per scrupolo argomentativo, è opportuno fare riferimento ad una più recente giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865) che ha temperato questo principio, ammettendo la possibilità di impugnare il provvedimento di avvio dell'istruttoria qualora sussistano due condizioni: (i) l'interesse dedotto in giudizio è distinto da quello che il ricorrente può far valere impugnando il provvedimento conclusivo del procedimento; e (ii) «gli atti impugnati evidenziano una valenza *ex se* lesiva dell'interesse legittimo dedotto in giudizio, nel senso che il loro eventuale annullamento potrebbe produrre un'utilità che non sarebbe più conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento».

<sup>94</sup> Si vedano le disposizioni della direttiva dall'art. 6 all'art. 9.

## 2.6. Le forme di partecipazione alla fase istruttoria delle imprese sospette e il tema dell'effettiva garanzia del contraddittorio in relazione alla c.d. legalità procedurale

Volgendo lo sguardo alla posizione delle parti del procedimento *antitrust*, si rileva come, a partire dall'avvio del procedimento, queste possono partecipare attivamente al procedimento<sup>95</sup>. La partecipazione procedimentale rappresenta ad ogni modo un onere per la parte, la quale deve sistematicamente esercitare i propri diritti nel corso del procedimento *antitrust*, pena impossibilità di far valere i relativi vizi in sede giurisdizionale<sup>96</sup>.

I soggetti legittimati a partecipare alla fase istruttoria sono individuati dall'art. 7, comma 1, del Regolamento sulle procedure istruttorie e si identificano nei: (i) «soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 6, comma 4» e dunque le parti necessarie, i segnalanti e terzi controinteressati; e (ii) «soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria». Tale seconda categoria comprende, tra l'altro, i clienti delle imprese oggetto di accertamento, le loro associazioni di categoria e le imprese concorrenti. La loro partecipazione però è subordinata ad un'istanza di partecipazione motivata.

La tutela del contraddittorio nell'ambito della fase istruttoria si declina in diversi modi.

In primo luogo, si reputa che il contraddittorio tra le parti sia assicurato mediante la notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria. L'onere di notifica in capo all'Autorità impone a questa di formalizzare la propria accusa (che, si ricorda, non potrà mutare sulla base del principio di immutabilità dei fatti contestati) e che potrà esercitare i propri poteri di *enforcement* solo dopo la notifica. Tali poteri dovranno pertanto essere esercitati «nel pieno e ampio confronto cartolare e orale»<sup>97</sup> in cui prevalgono i principi della completezza informativa nei confronti delle parti interessate e della definizione di tutte le questioni procedurali e sostanziali sin dall'inizio del procedimento *antitrust*.

In secondo luogo, si ritiene che il contraddittorio nella prassi risulti essere rafforzato rispetto a quanto disposto dalla legge n. 287/1990, la quale assicura

---

<sup>95</sup> In dottrina italiana, M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2003, 358 ss. A livello giurisprudenziale europeo, C. Giust. UE, 30 settembre 2003, *Atlantic Continer Line e altri c. Commissione*, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98; C. Giust. UE, 20 febbraio 2001, *Mannensmannrohren-Werke c. Commissione*, causa T-112/98.

<sup>96</sup> C. Giust. UE, 26 aprile 2007, *Bolloré c. Commissione*, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125-126/02, T-128/02, T-129/02 e da T-132/02 a T-136/02; C. Giust. UE, 12 dicembre 2012, *Almamet c. Commissione*, causa T-410/09; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 ottobre 2016, n. 11169.

<sup>97</sup> B. C. CALINI, *op. cit.*, 155.

soltanto il contraddittorio cartolare<sup>98</sup>. Nello specifico, a tutti i soggetti che possono partecipare all'istruttoria (parti necessarie, segnalanti e terzi controinteressati, terzi ammessi su base volontaria) è assicurato il pieno contraddittorio scritto. Questi, invero, possono presentare agli uffici memorie scritte in punto di fatto e di diritto, documenti, deduzioni, pareri e hanno il diritto di accedere al fascicolo istruttorio. Tali materiali confluiscono tutti all'interno del fascicolo istruttorio.

In aggiunta, i destinatari della notifica provvedimento di avvio hanno un «diritto rafforzato al contraddittorio orale»<sup>99</sup> poiché hanno il diritto di essere sentiti in audizione dinnanzi agli uffici e in audizione finale di fronte al Collegio (artt. 7, comma 3, e 14, comma 5, del Regolamento sulle procedure istruttorie). Le parti eventuali possono essere sentite dagli uffici soltanto qualora questi lo ritengano utile (art. 8, comma 2, del Regolamento) e all'audizione finale soltanto in caso di accoglimento della relativa istanza da parte dell'Autorità (art. 14, comma 6, del Regolamento). A tal proposito, *l'International Competition Network* incentiva le autorità garanti nazionali ad avviare forme di dialogo informale con le parti con lo scopo di agevolare un confronto effettivo che accompagni la formazione del provvedimento finale.

È opportuno precisare che il termine per essere sentiti dinnanzi agli uffici è fissato nel provvedimento di avvio e di norma corrisponde a 30 giorni dalla notifica dello stesso. La richiesta di audizione deve essere formulata entro 15 giorni dalla scadenza di tale termine. Pertanto, risulta evidente che tale breve distanza faccia sorgere diversi problemi inerenti alla garanzia effettiva del contraddittorio. Anzitutto perché al tempo dell'audizione gli uffici hanno già avuto a disposizione diversi mesi per esaminare tutto il materiale istruttorio raccolto e dunque hanno già maturato il loro convincimento circa i fatti contestati all'impresa sospetta. Contrariamente, le imprese destinatarie del provvedimento dispongono di poco tempo per esaminare la documentazione acquisita e dunque non possono prepararsi efficacemente per far valere a pieno le proprie ragioni nell'ambito dell'audizione. Inoltre, in caso di accesso al fascicolo, gli uffici si limitano a fornire copia del materiale istruttorio ma non di quanto raccolto mediante ispezioni presso altre parti o terzi, con la conseguenza che il fascicolo istruttorio viene conosciuto solo parzialmente dall'impresa. Per l'effetto l'impresa sospetta non è messa nella posizione di conoscere tutti gli elementi a proprio carico.

Tale asimmetria informativa tra parte pubblica e privata, ossia tra l'organo procedente nel contesto del *public enforcement* e l'impresa sospetta di aver commesso un illecito *antitrust* (e dunque soggetta alla possibilità di essere destinataria di sanzioni pecuniarie piuttosto elevate), comporta la violazione dei principi di trasparenza, buona amministrazione e *due process*<sup>100</sup>. Oltre a pregiudicare il pieno ed effettivo contraddittorio, tale assetto non assicura una effettiva interlocuzione con il destinatario del provvedimento nello stadio iniziale

---

<sup>98</sup> L'art. 14, comma 1, l. n. 287/1990, sancisce la facoltà per i titolari o i legali rappresentanti delle imprese e degli enti interessati a cui è stato notificato l'avvio del procedimento di «presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria».

<sup>99</sup> B. C. CALINI, *op. cit.*, 162.

<sup>100</sup> V. *Annotated ICN Guidance on Investigative Process* recante delle linee guida in materia di trasparenza e *due process* così come presentate nel corso dell'ultima conferenza annuale dell'*International Competition Network*.

della procedura a discapito dell'efficienza ed efficacia dell'indagine nel suo complesso.

In terzo luogo, la pienezza del contraddittorio è garantita dalla facoltà di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio. Le fonti normative che disciplinano l'accesso agli atti acquisiti dall'Autorità sono plurime e dunque le parti possono formulare istanza di accesso secondo le diverse tipologie di accesso: (i) in via generale, l'accesso procedimentale ai sensi della legge n. 287/1990; (ii) in via residuale, il tradizionale accesso informativo disciplinato dalla legge n. 241/1990; e (iii) le due forme dell'accesso civico disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013 e dell'accesso civico generalizzato, inserito nel d.lgs. n. 33/2013 ad opera del d.lgs. n. 97/2016.

## 2.7. La specifica questione dell'accesso al fascicolo istruttorio come forma di garanzia del contraddittorio

Il presente lavoro si concentrerà solamente su alcuni aspetti dell'accesso procedimentale, ossia quello delle parti in pendenza del procedimento istruttorio e ai sensi della legge *antitrust*<sup>101</sup>. Nello specifico, tale forma di accesso è menzionata dall'art. 10, comma 5, l. n. 287/1990, che deferisce all'Autorità la disciplina attuativa delle «procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione». L'art. 13 del Regolamento sulle procedure istruttorie, tuttavia, fa riferimento principalmente ai soggetti che possono accedere agli atti e alla tipologia di informazioni riservate, rinviando ulteriormente ad una delibera collegiale la disciplina delle modalità di esercizio del diritto di accesso. Tale delibera però non è mai stata adottata e pertanto l'interprete ha spesso dovuto fare affidamento sulle fonti normative e giurisprudenziali europee per sopperire a tali lacune legislative.

L'accesso al fascicolo istruttorio si configura come uno strumento per ovviare all'asimmetria informativa tra le parti e rappresenta una diretta espressione del principio europeo, recepito dai giudici nazionali, della parità delle armi, «il quale non implica che alla parte venga assicurato un accesso completo alla documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio, ma che essa sia messa in grado di identificarne il contenuto (...) per consentire alla parte di valutarne la possibile rilevanza per la propria difesa (c.d. uguaglianza procedurale)»<sup>102</sup>.

I soggetti legittimati all'accesso sono i destinatari della notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria e i terzi intervenuti nel procedimento<sup>103</sup>. L'accesso al fascicolo istruttorio può essere richiesto in qualsiasi momento a partire dalla notifica di avvio del procedimento. I terzi intervenienti possono presentare istanza una volta che è stata emanata la decisione del funzionario responsabile di ammissione della loro partecipazione al procedimento. La

---

<sup>101</sup> V. B. C. CALINI, *op. cit.*, 166 ss. per un approfondimento sulle altre forme di accesso agli atti del procedimento.

<sup>102</sup> B. C. CALINI, *op. cit.*, 167. Sul principio della parità delle armi: nella giurisprudenza europea, C. Giust. UE, 29 giugno 1995, *Solvay c. Commissione* causa T-30/91; a livello nazionale, Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

<sup>103</sup> *Ex art. 13, comma 1, del Regolamento sulle procedure istruttorie.*

richiesta di accesso si effettua mediante istanza scritta e motivata. Il responsabile del provvedimento decide entro 30 giorni, informandone il Collegio, ma la data di accesso può essere anche successiva<sup>104</sup>. Decorsi inutilmente 30 giorni dalla richiesta, quest'ultima si intende respinta con conseguente possibile applicazione dell'art. 25, comma 4, l. n. 241/1990 sul giudizio amministrativo avverso il silenzio. L'accesso avviene presso gli uffici dell'Autorità e le operazioni vengono verbalizzate dal funzionario procedente.

Qualora l'accesso venga negato, tacitamente o espressamente, la parte interessata ha l'onere di esperire l'azione di cui all'art. 116 c.p.a. e quindi può solamente censurare il diniego in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo. La parte nel proprio ricorso al giudice amministrativo dovrà evidenziare in che modo il diniego si è tradotto in una lesione del proprio diritto di partecipazione o di difesa, indicando «quali elementi presi in considerazione dell'Amministrazione siano stati sottratti alla conoscenza, o indicando le parti del provvedimento lesivo che facciano riferimento a elementi indebitamente preclusi e decisivi per le proprie difese»<sup>105</sup>.

A questo proposito, la giurisprudenza amministrativa distingue tra documenti che costituiscono prova dell'illecito *antitrust* e documenti che contengono elementi a difesa delle imprese sospette. Nel primo caso, il diniego di accesso «deve essere posto in diretta connessione con l'impianto accusatorio dell'Autorità e con l'utilizzo di tali documenti ai fini della prova dell'infrazione»<sup>106</sup>. Secondo la giurisprudenza, il mancato accesso a tali documenti non avrebbe come effetto l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento, ma solamente l'esclusione di questi come mezzi di prova<sup>107</sup>. Tale impostazione, che si fonda sulla giurisprudenza europea, investita della questione dell'accesso contestuale all'impugnazione del provvedimento finale, presenta delle incongruenze, poiché presuppone che la parte interessata (onerata della tempestiva impugnazione del diniego) conosca quale sia il valore da attribuire al documento (non conosciuto) al momento della presentazione del ricorso, nonostante il provvedimento finale non sia stato ancora adottato dall'Autorità. Nel secondo caso, relativo al mancato accesso ai documenti che possono contenere elementi a difesa, dagli atti di causa deve emergere il nesso tra l'esigenza di accesso e il proficuo esercizio del diritto di difesa. Il Consiglio di Stato ha infatti sottolineato come in tali casi «incombe sul richiedente l'accesso dimostrare – in base al contenuto proprio degli atti della procedura in relazione alla quale deve svolgersi l'esercizio della difesa – la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla 'conoscenza' necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili»<sup>108</sup>. Nondimeno risulta alquanto difficile per

---

<sup>104</sup> Ex art. 13, comma 11, del Regolamento sulle procedure istruttorie.

<sup>105</sup> Così T.A.R. Lazio, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3041. Nello stesso senso v. T.A.R. Lazio, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945.

<sup>106</sup> B. C. CALINI, *op. cit.*, 173.

<sup>107</sup> Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102.

<sup>108</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568. A livello europeo, C. Giust. UE, 6 settembre 2017, *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P ha stabilito che la mancata comunicazione di possibili elementi a carico dell'impresa può incidere sulla

la parte interessata dimostrare il valore del documento ai fini della propria difesa, dal momento che non vi ha avuto accesso. Secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, tale ambiguità potrebbe essere in qualche modo superata laddove gli uffici predispongano un indice del fascicolo dettagliato e forniscano, ove richiesto, indicazioni circa le informazioni omesse, in modo da consentire la valutazione della loro rilevanza<sup>109</sup>.

In ogni caso, l'eventuale accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità del diniego (tacito o espresso) del diritto di accesso non ha come conseguenza la dichiarazione dell'illegittimità del provvedimento finale adottato *medio tempore*. Diversamente, tale accertamento impone l'esperimento degli adempimenti istruttori necessari per acquisire al fascicolo di causa gli atti a cui la parte non ha avuto accesso, con l'effetto di consentire all'interessato di illustrare compiutamente le proprie censure<sup>110</sup>.

A seguito della richiesta di accesso al materiale istruttorio, gli uffici possono fare ricorso al c.d. differimento dell'accesso ai sensi dell'art. 13, comma 10, del Regolamento sulle procedure istruttorie<sup>111</sup>. Nella prassi, gli uffici fanno ampio uso di tale facoltà, con la conseguenza che buona parte della documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio rimane inaccessibile alle parti almeno fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie. Inoltre, le parti, qualora intendano salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite all'Autorità, possono presentare agli uffici istanze di riservatezza, le quali devono «contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi»<sup>112</sup>. Allo stesso modo, nella prassi, gli uffici valutano le richieste di riservatezza soltanto prima dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, e quindi quasi al termine della fase istruttoria, sulla base di una valutazione delle informazioni ivi menzionate (e dunque della loro idoneità a fondare l'accusa).

Tali pratiche si pongono in netto contrasto con l'esercizio del diritto di difesa e rischiano di compromettere la garanzia del contraddittorio in quanto non consentono alle parti di avere cognizione sin dall'inizio del procedimento degli elementi a disposizione dell'Autorità, la quale (teoricamente) non dovrebbe aver ancora maturato un convincimento definitivo circa la condotta dell'impresa<sup>113</sup>. Ad ogni modo, il richiedente in caso di differimento dell'accesso può comunque esperire ricorso al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 25, comma 4, l. n. 241/1990, censurando il provvedimento di differimento viziato da motivazione carente o manchevole in merito alle ragioni del differimento. La

---

legittimità del provvedimento finale se e nella misura in cui la parte dimostra che «la mancata comunicazione di tale documento ha potuto influenzare, a suo detrimento, lo svolgimento del procedimento e il contenuto della decisione».

<sup>109</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80; B. C. CALINI, *op. cit.*, 175.

<sup>110</sup> *Inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2007, n. 6469; T.A.R. Lazio, sez. I, 15 dicembre 2017, n. 12407; T.A.R. Lazio, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 80.

<sup>111</sup> Testualmente la disposizione stabilisce che «l'ufficio può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni, e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie».

<sup>112</sup> Art. 13, comma 7, del Regolamento sulle procedure istruttorie.

<sup>113</sup> Di recente, T.A.R. Lazio, sez. I, 8 novembre 2017, n. 12447.

stessa tutela giurisdizionale è offerta qualora gli uffici rigettino espressamente l'istanza di riservatezza con provvedimento motivato ai sensi dell'art. 13, comma 8, del Regolamento sulle procedure istruttorie<sup>114</sup>.

In tale contesto, è opportuno fare menzione della modalità di accesso al fascicolo istruttorio da parte dei terzi che non siano parte del procedimento. In questo senso, la disciplina del c.d. accesso informativo di cui agli artt. 22 ss. l. n. 241/1990 garantisce l'accesso ai documenti del procedimento istruttorio a chiunque abbia interesse per la tutela di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti e in ossequio al principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Tale forma di accesso è però consentita una volta che il procedimento *antitrust* si è concluso e comunque non in maniera assoluta, ma con riguardo a documenti che non contengano informazioni riservate o segreti commerciali e laddove «la parte interessata dimostri la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi, all'uopo dimostrando la concreta consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili, non essendo sufficiente l'allegazione di esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso»<sup>115</sup>.

L'accesso informativo risulta essere particolarmente rilevante con riguardo alle attività di denuncia e segnalazione. La giurisprudenza amministrativa ha infatti riconosciuto che i soggetti denunciati e destinatari di una segnalazione hanno un interesse qualificato e che l'accesso è ammissibile soltanto se questo esprime «un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è presentata» e che tale interesse non sia «del tutto eterogeneo rispetto all'oggetto dell'attività amministrativa posta in essere dall'Autorità»<sup>116</sup>. Peraltro, si rileva come l'Autorità in tali ipotesi ammette l'accesso ai documenti necessari non solo ai fini del ricorso delle parti avverso una decisione dell'Autorità, ma anche per tutelare la propria posizione in un altro processo amministrativo o per esperire un'azione risarcitoria in sede civile<sup>117</sup>.

## 2.8. Lo svolgimento della fase istruttoria del procedimento *antitrust*

Il procedimento *antitrust*, come già osservato, è caratterizzato dal principio di immutabilità dei fatti contestati. Pertanto nei casi in cui l'Autorità intenda contestare nuovi illeciti alle imprese destinatarie del provvedimento di avvio ovvero imputare le stesse condotte ad imprese terze, è tenuta a formulare una nuova formale contestazione così da garantire un pieno ed effettivo

---

<sup>114</sup> Il Regolamento sulle procedure istruttorie contempla alcune ipotesi inerenti alle esigenze di riservatezza della parte istante. Tra queste vi sono: (i) i segreti commerciali ex art. 13, comma 3; (ii) le informazioni riservate ex art. 13, comma 2; ed infine (iii) le note interne, i verbali collegiali e i documenti relativi ai rapporti con le altre istituzioni ai sensi dell'art. 13, commi 5 e 6.

<sup>115</sup> Cons. Stato, sez. I, 25 marzo 2015, n. 1585. V. anche Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472.

<sup>116</sup> Testualmente T.A.R. Lazio, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615. V. anche Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191 e T.A.R. Lazio, sez. I, 11 giugno 2004, n. 5601.

<sup>117</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2016, n. 1344 e T.A.R. Lazio, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344.

contraddittorio procedimentale<sup>118</sup>. Tale nuova contestazione deve essere formulata all'interno di un (nuovo e diverso) provvedimento di estensione (oggettiva o soggettiva) del procedimento, dotato dei requisiti di cui all'art. 6, comma 3, del Regolamento sulle procedure istruttorie, che deve essere notificato a tutte le parti del procedimento e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità.

La possibilità che vi possa essere un'estensione soggettiva ovvero oggettiva del procedimento può nella prassi comportare la lesione del principio di immutabilità dei fatti contestati e di garanzia del contraddittorio. Infatti, nonostante un orientamento giurisprudenziale<sup>119</sup> abbia escluso che l'Autorità possa effettuare nuove contestazioni in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie senza che vi sia stato un precedente provvedimento di estensione, più recentemente è stato sostenuto che nell'ambito della comunicazione delle risultanze istruttorie è possibile muovere contestazioni diverse da quelle iniziali nella misura in cui le parti abbiano un «ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l'imputazione e fornendo prove a discarico»<sup>120</sup>. Alla luce di tale impostazione, si rileva come la mancata formale contestazione avrebbe l'effetto di privare le parti del diritto di partecipare al procedimento e di esercitare a pieno i loro diritti e facoltà durante tutto il suo corso.

La legge n. 287/1990 e il Regolamento sulle procedure istruttorie non fanno alcun riferimento ad un termine generale per la conclusione del procedimento istruttorio. Il termine viene fissato nel provvedimento di avvio dall'Autorità, in quanto si tratta di un suo elemento essenziale<sup>121</sup>. Ad ogni modo, non si tratta di un termine perentorio e può essere prorogato dall'Autorità con un provvedimento, il quale essendo un atto infra-procedimentale non può essere impugnato direttamente ed immediatamente ma solo congiuntamente al provvedimento di chiusura del procedimento<sup>122</sup>. La discrezionalità dell'Autorità nel determinare in sostanza la durata del procedimento (e di prorogarne il termine di chiusura d'ufficio), qualora esercitata in maniera indiscriminata, può sollevare questioni inerenti alla compatibilità con il principio di ragionevole durata del procedimento ai sensi dell'art. 6 della Cedu<sup>123</sup>.

Ai sensi dell'art. 14 del Regolamento sulle procedure istruttorie, il Collegio, una volta accertata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti, autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie alle imprese<sup>124</sup>. La comunicazione si

---

<sup>118</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085.

<sup>119</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5085.

<sup>120</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.

<sup>121</sup> *Ex art. 6, comma 3, del Regolamento per le procedure istruttorie.*

<sup>122</sup> Tale discrezionalità dell'Autorità è stata comunque limitata dalla giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto legittima la proroga del termine di chiusura del procedimento qualora sia: (i) motivata da necessità istruttorie sopravvenute; e (ii) deliberata prima della scadenza del termine di conclusione già fissato. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

<sup>123</sup> V. in questo senso T.A.R. Lazio, sez. I, 7 ottobre 2013, n. 8671. In dottrina, C. FRATEA, *I diritti di difesa delle imprese nei procedimenti comunitari antitrust*, Università di Verona, 2006.

<sup>124</sup> La giurisprudenza ha ammesso che il Collegio, nell'ambito del giudizio di non manifesta infondatezza, possa formulare osservazioni sulla comunicazione, nonostante quest'ultima sia un atto dell'organo requirente (gli uffici) connesso alla fase istruttoria espletata dagli uffici stessi. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 1° luglio 2015, n. 8778 sulla compatibilità con l'art. 6 Cedu e l'art. 47 della Carta di Nizza.

configura come un documento predisposto dagli uffici che dispone in maniera dettagliata l'intero assetto probatorio (*rectius*, documentale) e le risultanze della fase istruttoria condotta dall'Autorità. Tale atto cristallizza il perimetro della contestazione nei confronti dell'impresa, la quale a questo punto può esprimere la propria posizione sui fatti contestati ed esercitare a pieno i propri diritti di difesa. In questo senso, trova applicazione il c.d. *principio di corrispondenza tra imputazione e sanzione*.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti stabilito che «il provvedimento finale non può contenere imputazioni diverse da quelle contestate con (...) [la] comunicazione [delle risultanze istruttorie,] che costituisce la definitiva delimitazione dell'imputazione»<sup>125</sup>. Qualora il provvedimento finale contenga contestazioni diverse da quelle dedotte nella comunicazione, la decisione finale sarebbe *in parte qua* invalida. La diversità delle contestazioni attiene alle ipotesi in cui vengano contestate nuove infrazioni, ossia ipotesi di «difformità sostanziale o mutamento della natura intrinseca della violazione sanzionata rispetto a quella preventivamente contestata», con la conseguenza che sarebbe necessario procedere ad una nuova contestazione per modificare l'imputazione. La stessa sorte spetterebbe al provvedimento conclusivo che si fondi su una motivazione fattuale diversa da quella dedotta nella comunicazione, in quanto comporterebbe una lesione del diritto di difesa delle imprese destinatarie<sup>126</sup>.

Infine, le parti possono presentare istanza entro il termine di cinque giorni dal ricevimento della Comunicazione per essere sentite all'audizione finale davanti al Collegio. Ad essa partecipano il *plenum* collegiale, il Segretario generale, il responsabile della Direzione competente, il responsabile del procedimento e «ogni altro funzionario la cui presenza sia ritenuta utile allo svolgimento dell'audizione stessa» (ossia gli altri funzionari che hanno espletato la fase istruttoria)<sup>127</sup>.

L'audizione di norma si apre con la presentazione del caso da parte degli uffici, a cui seguono le presentazioni dei segnalanti e dei terzi controinteressati o intervenuti e, in ultima istanza, le presentazioni delle imprese soggette all'accertamento istruttorio. Di regola le parti hanno a disposizione tra i 10 e i 20 minuti a seconda della complessità del caso di specie. Le parti possono chiedere l'assegnazione di un termine più ampio per specifiche esigenze difensive, nonostante nella più recente prassi tale richiesta trovi raramente accoglimento, in contrasto con il principio secondo cui nel procedimento *antitrust* l'oralità rappresenta una garanzia specifica volta a realizzare un contraddittorio rafforzato. L'audizione finale si configura come l'unica sede in cui le parti possono interagire direttamente con il Collegio (l'organo decidente) senza il filtro degli uffici. Inoltre, l'audizione finale rappresenta l'ultima occasione in cui le parti possono far valere elementi ed argomenti nuovi, anticipati nelle memorie di replica, in quanto di regola la data dell'audizione finale coincide con il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori. Quest'ultimo termine segna il momento di chiusura della fase istruttoria,

---

<sup>125</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2012, n. 1192. V. anche T.A.R. Lazio, sez. I, 23 marzo 2005, n. 12835 e Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744.

<sup>126</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744.

<sup>127</sup> V. art. 19, comma 2, Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, Provvedimento AGCM del 24 maggio 2017, n. 26614.

demandata agli uffici, e determina l'apertura della fase decisionale del procedimento *antitrust*, di competenza del Collegio. Infine, una volta spirato tale termine, si cristallizzano in maniera definitiva il *thema decidendum* del procedimento e gli elementi probatori su cui si fonderà la decisione.

## 2.9. La fase decisoria del procedimento *antitrust*: cenni alla disciplina e natura del provvedimento finale

A seguito della chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori svolta dagli uffici, il Collegio esercita la sua potestà decisionale in quanto organo dell'AGCM preposto all'emanazione del provvedimento finale. In questo senso, in seno ad un'autorità indipendente quale l'AGCM, agli uffici (dotati di funzioni istruttorie) e al Collegio (organo decidente) sono affidate due funzioni distinte ed indipendenti e per tale ragione i due organi dovrebbero operare in reciproca autonomia. A tale proposito, è stato evidenziato come il Collegio e gli uffici non siano in realtà pienamente autonomi, in quanto non solo fanno parte dello stesso ente (l'AGCM) ma sussistono diversi casi in cui il Collegio interviene nella fase inquirente. Tali circostanze inevitabilmente minerebbero la posizione di terzietà e imparzialità che il Collegio dovrebbe assumere in qualità di organo giudicante. Ad ogni modo, la giurisprudenza amministrativa non ha accolto tali preoccupazioni ritenendo che non sussistano problemi di oggettività della decisione finale del Collegio<sup>128</sup>.

Ai fini della decisione, il Collegio valuta in maniera indipendente e autonoma il contenuto della comunicazione nonché tutti gli argomenti ed elementi che le parti hanno presentato nel corso del procedimento.

Il provvedimento di chiusura dell'istruttoria non ha un contenuto tipico, ma deve contenere elementi informativi e di analisi che consentano alle parti ed eventualmente al giudice in sede di impugnazione del provvedimento di ripercorrere il ragionamento logico e giuridico seguito dall'Autorità. Il provvedimento deve illustrare in maniera completa i fatti accertati della fase istruttoria e i presupposti normativi di riferimento, ivi inclusi gli elementi di carattere economico (quali, ad esempio, la nozione di mercato rilevante o di abuso di posizione dominante). Inoltre, deve tenere conto sulle argomentazioni difensive presentate dalle parti e del contenuto della Comunicazione (con riguardo all'illecito contestato e alle motivazioni a supporto) in ossequio al principio di corrispondenza tra imputazione e sanzione. Il provvedimento deve poi essere adeguatamente motivato, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 241/1990.

Il provvedimento finale può configurarsi come una decisione di chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione nelle ipotesi in cui l'Autorità ritenga che l'infrazione contestata in sede di avvio non sussista. In alternativa, l'Autorità può anche dichiarare che la condotta in questione sia compatibile con la legge e dunque che gli artt. 2 o 3 della legge n. 287/1990 non siano stati violati. Inoltre, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990 l'Autorità può emanare una decisione di concessione di un'autorizzazione in deroga qualora le condizioni di cui all'art. 4 della stessa legge vengano soddisfatte. L'Autorità può concludere il procedimento *antitrust* senza accertare l'illecito anche nel caso in

<sup>128</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2015, n. 8778 e 22 marzo 2016, n. 1164.

cui l'impresa sospetta abbia presentato impegni idonei a far venire meno le condotte anticoncorrenziali sospettate in sede di avvio del procedimento (art. 14-ter l. n. 247/1990).

Nei casi in cui il Collegio ritenga che il materiale probatorio raccolto dagli uffici in fase istruttoria sia idoneo a provare la contrarietà agli artt. 2 o 3 l. n. 287/1990 o agli artt. 101 o 102 TFUE, l'Autorità emana un provvedimento di accertamento dell'infrazione. In questo senso, l'accertamento si estende sia alla natura dell'infrazione, quanto alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale. Qualora la condotta anticoncorrenziale sia ancora in corso, l'Autorità esercita il suo potere di diffida, fissando alle imprese «il termine per l'eliminazione delle infrazioni»<sup>129</sup>. Il potere di diffida è caratterizzato da un'ampia discrezionalità e ha una finalità non soltanto inibitoria delle condotte illecite ma anche ripristinatoria della situazione antecedente alle violazioni<sup>130</sup>.

Ai sensi dell'art. 15, l. n. 287/1990, nei casi in cui vengano accertate «infrazioni gravi», l'Autorità dispone del potere di irrogare una «sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida». Tale potere sanzionatorio assolve a una duplice funzione: punitiva, nei confronti dell'impresa che ha commesso illeciti *antitrust*, e di deterrenza generale, nei confronti delle altre imprese operanti nel mercato<sup>131</sup>. Nonostante si tratti di sanzioni amministrative, è stata pacificamente riconosciuta la natura sostanzialmente penale delle sanzioni *antitrust* dapprima ad opera della giurisprudenza della Corte EDU e successivamente anche dai giudici nazionali<sup>132</sup>. La Corte di Strasburgo in una celebre pronuncia ha individuato i c.dd. *criteri Engel* idonei a qualificare una sanzione in senso penale<sup>133</sup>. Nello specifico, i criteri Engel sono: la qualificazione giuridica data all'illecito dal diritto interno, la natura dell'illecito, e la natura e il grado di severità della sanzione. Applicando tali criteri, la Corte ha riconosciuto la natura penale, sulla base della nozione di «accusa penale» ex art. 6 CEDU, anche a determinate sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti (tra cui l'AGCM)<sup>134</sup>. Tale impostazione è stata recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>135</sup>.

La discrezionalità dell'Autorità nell'irrogare le sanzioni è temperata dalla previsione per cui la sanzione deve essere proporzionata alla «gravità e durata dell'infrazione» (ex art. 15, l. n. 287/1990). Inoltre, l'AGCM è tenuta a dare

---

<sup>129</sup> Ex art. 15, comma 1, l. n. 287/1990. Tale potere è previsto anche dall'art. 5 del Regolamento (CE) 2003/1.

<sup>130</sup> Per una disamina del contenuto delle diffide e del relativo termine di ottemperanza: B. C. CALINI, *op. cit.*, 254 ss.

<sup>131</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3029.

<sup>132</sup> In dottrina, cfr. B. RABAI, *op. cit.* e M. DELSIGNORE, *op. cit.*

<sup>133</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, ricorso n. 5100/71.

<sup>134</sup> Cfr. in dottrina, B. NASCIMBENE, *Le sentenze Grande Stevens, Menarini: Problemi e prospettive*, in *Rivista Eurojus*, 2014. In giurisprudenza, Corte EDU, 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*, Serie A, ricorso n. 8269/78; 21 marzo 2006, *Valico S.r.l. c. Italia*, ricorso n. 70074/01; 21 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08; 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

<sup>135</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596. Più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2021, n. 2081 e 6 ottobre 2020, n. 5883. Si veda anche Cass., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929.

conto in maniera rigorosa e trasparente delle modalità di calcolo della sanzione nell'ambito della puntuale motivazione del provvedimento sanzionatorio, con lo scopo di consentire alle imprese destinatarie e al giudice amministrativo in sede di impugnazione (a cui in tali ipotesi è devoluta la giurisdizione nel merito ex art. 134 c.p.a.) di conoscere l'*iter* logico seguito dall'Autorità<sup>136</sup>.

Il provvedimento finale viene notificato ai soggetti destinatari, segnalanti e terzi controinteressati o intervenuti nel procedimento da un funzionario incaricato dall'Autorità. L'art. 26, l. n. 287/1990, prescrive la pubblicazione sul Bollettino dell'AGCM dei soli provvedimenti di accertamento dell'infrazione o sanzionatori. Tuttavia, nella prassi l'Autorità pubblica anche tutti gli altri provvedimenti adottati. La pubblicità-notizia dei provvedimenti dell'Autorità risulta essere particolarmente rilevante con riguardo al *private enforcement*, in quanto assicura che tutti i consociati vengano a conoscenza delle infrazioni accertate e possano eventualmente agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soggettivi.

Il provvedimento finale può essere modificato dall'Autorità soltanto nelle ipotesi di errore materiale ovvero di calcolo. Per quanto riguarda la sua natura, la decisione dell'AGCM si configura come un provvedimento amministrativo avente natura di accertamento autonoma (e non meramente dichiarativa) e carattere autoritativo, e dunque non paritario, in quanto risulta essere onere del destinatario impugnare tempestivamente il provvedimento, pena la sua efficacia vincolante in sede civile<sup>137</sup>. Invero, ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, il quale riporta il contenuto dell'art. 9, par. 1, Direttiva (UE) 2014/104, ai fini del risarcimento del danno derivante da un illecito anticoncorrenziale, il provvedimento dell'AGCM che non viene impugnato di fronte al giudice amministrativo acquista efficacia di accertamento vincolante per il giudice civile, il quale quindi deve considerare la componente dell'illecito *antitrust* come già accertata e da questi non sindacabile<sup>138</sup>. Di conseguenza, il provvedimento *antitrust* avrebbe efficacia *ultra partes* in quanto sarebbe «in grado di raggiungere tutti i soggetti la cui sfera giuridica, direttamente o indirettamente, è interessata dall'esercizio del potere» assegnato all'Autorità e dunque non soltanto le imprese destinatarie (interessate) ma anche i controinteressati, ossia i «soggetti che potrebbero subire un pregiudizio dell'adottando

---

<sup>136</sup> Per una trattazione dottrinale esaustiva delle sanzioni *antitrust* v. B. C. CALINI, *op. cit.*, 323 ss. V. anche: *Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative* adottate con provvedimento dell'AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152; *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a) del Regolamento n. 1/2003*, in G.U.U.E. C210/2006.

<sup>137</sup> F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss. Taluni autori parlano anche di «natura mista» del provvedimento finale in quanto l'AGCM non solo accerta l'illecito *antitrust*, sanzionando l'impresa destinataria, ma esercita anche un «potere d'ordine» volto a ripristinare e reintegrare l'interesse pubblico violato (*rectius*, la tutela della concorrenza e del mercato) mediante l'implementazione di una serie di comportamenti (cfr. M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019).

<sup>138</sup> Il terzo capitolo del presente lavoro si concentrerà sulla portata di tale disposizione e sulle sue conseguenze.

provvedimento»<sup>139</sup>. Pertanto il provvedimento sarebbe idoneo a spiegare i suoi effetti nei confronti di un numero di soggetti astrattamente indeterminabile senza la necessitata partecipazione da parte di questi al procedimento *antitrust* ovvero al successivo eventuale processo amministrativo.

### 3. Il controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* del giudice amministrativo

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a., la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti adottati dall'AGCM è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed è in particolare rimessa alla competenza funzionale di primo grado del T.A.R. Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. c), c.p.a. Il procedimento si svolge secondo le forme del rito abbreviato, disciplinato dall'art. 119, c.p.a., con conseguente dimezzamento dei termini processuali, ad esclusione del termine di proposizione del ricorso fissato a 60 giorni. La ripartizione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria in materia *antitrust* è operata sulla base del criterio del *petitum* e non della classica distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. L'art. 33, l. n. 287/1990, infatti, sancisce che le azioni di nullità e di risarcimento del danno devono essere promosse davanti al giudice ordinario.

#### 3.1. La legittimazione ad impugnare e gli atti impugnabili nella fase del controllo giurisdizionale amministrativo

Il giudizio amministrativo nei ricorsi avverso i provvedimenti *antitrust* si configura come un giudizio di carattere impugnatorio. Alla luce di diversi mutamenti giurisprudenziali, ad oggi, i soggetti ad oggi legittimati ad impugnare il provvedimento emanato dall'AGCM sono, oltre alle imprese destinatarie del provvedimento (in quanto parti interessate<sup>140</sup>), i terzi controinteressati portatori di un interesse differenziato e qualificato<sup>141</sup>. Fra questi, è possibile enucleare le imprese concorrenti dei soggetti destinatari del provvedimento<sup>142</sup> e i clienti di quest'ultime, a condizione che siano titolari di un interesse concreto e attuale direttamente pregiudicato dal provvedimento impugnato<sup>143</sup>. Allo stesso modo, anche le associazioni di consumatori sono legittimate ad impugnare i provvedimenti<sup>144</sup>. Ad ogni modo, la partecipazione al procedimento non si

---

<sup>139</sup> B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: Accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 77 ss.

<sup>140</sup> La giurisprudenza più risalente riteneva che solo tali soggetti fossero legittimati ad impugnare i provvedimenti *antitrust*. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 1996, n. 1792.

<sup>141</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013; 23 luglio 2009 n. 4597; 9 giugno 2008 n. 2761; 21 marzo 2005 n. 1113; 3 febbraio 2005 n. 280; 14 giugno 2004 n. 3865

<sup>142</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865. Risulta essere legittimato anche il concorrente denunciante avverso il provvedimento di archiviazione (v. Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597 e 20 maggio 2011, n. 3013).

<sup>143</sup> L'ammissibilità del ricorso è dunque subordinata alla verifica dell'esistenza di un interesse all'accertamento dell'infrazione e all'inibizione della condotta. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 14 luglio 2010, n. 25434 e 24 febbraio 2004, n. 1715.

<sup>144</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751.

configura come un requisito sufficiente e necessario ai fini dell'attribuzione della legittimazione ad agire<sup>145</sup>.

Inoltre, non tutti gli atti dell'AGCM sono impugnabili. Anzitutto non sono impugnabili gli atti emessi dall'Autorità nell'esercizio di poteri non autoritativi, quali, ad esempio, quelli adottati nell'esercizio di poteri non decisori (tra cui *inter alia* pareri e deduzioni ai sensi degli artt. 21, 23 e 24, l. n. 287/1990). Nemmeno gli atti preparatori e infra-procedimentali possono essere impugnati autonomamente in quanto improduttivi di effetti esterni. Diversamente, gli atti conclusivi del procedimento *antitrust* sono tutti autonomamente e immediatamente impugnabili poiché idonei ad incidere sulla sfera giuridica dei soggetti interessati. Tra le varie tipologie di provvedimenti finali che la giurisprudenza ha ritenuto impugnabili, quelli di cui la presente trattazione terrà conto sono le decisioni di accertamento dell'infrazione, con diffida e/o sanzione pecuniaria<sup>146</sup>.

### 3.2. Cenno alla distinzione tra atti di regolazione e provvedimenti sanzionatori

A tale proposito, è opportuno anche distinguere le ipotesi in cui vengono impugnati provvedimenti sanzionatori, rispetto ai quali «i margini di opinabilità delle valutazioni tecniche effettuate e dell'analisi economica svolta sono più stringenti», dai casi in cui viene in gioco l'attività di regolazione dell'AGCM, in cui invece tali margini di opinabilità sono più ampi. Nel primo caso, come si vedrà, il sindacato del giudice è pieno ed effettivo. Nella seconda ipotesi, si ritiene invece che il giudice «non deve poter sindacare in modo pieno fatti e valutazioni, ma deve arrestarsi di fronte a scelte di merito sul contenuto della regolazione da adottare»<sup>147</sup>. L'elemento che contraddistingue tali due casi è la discrezionalità. Nelle attività di regolazione, l'Autorità esercita *ex ante* la discrezionalità tecnica mediante l'introduzione di regole dirette ad orientare il comportamento degli operatori economici del mercato. Nei casi di sanzione, la discrezionalità tecnica viene esercitata *ex post* ed è attività vincolata in senso proprio, poiché i provvedimenti sanzionatori hanno ad oggetto condotte già realizzate dagli operatori economici in violazione di regole predeterminate (dalla legge o dall'Autorità nell'esercizio delle funzioni di regolazione)<sup>148</sup>.

L'attività di regolazione svolta dall'AGCM è strettamente collegata sia con la questione del difetto di legalità sostanziale (poiché il legislatore nell'attribuire i poteri regolatori spesso non delimita il loro oggetto e non determina dei criteri generali a cui l'Autorità deve attenersi) sia al tema del difetto di legittimazione

<sup>145</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.

<sup>146</sup> Si ricorda che la giurisprudenza ha ritenuto impugnabili una serie di provvedimenti che pur essendo infra-procedimentali, possono essere idonei a ledere immediatamente la posizione giuridica soggettiva del destinatario. Tra questi: il provvedimento di avvio del procedimento nel caso in cui l'AGCM sia manifestamente incompetente ad avviarlo, il provvedimento che dispone l'ispezione, il provvedimento con cui gli uffici negano l'accesso al fascicolo istruttorio o nel caso di silenzio, e il provvedimento di rigetto dell'istanza di audizione.

<sup>147</sup> UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, 5.

<sup>148</sup> Sul punto v. anche R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale* nella Relazione tenuta al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati», tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013.

democratica che caratterizza l'Autorità (che nelle attività di regolazione esercita una funzione normativa). La giurisprudenza amministrativa ha cercato di superare tali problematiche valorizzando il principio di legalità procedimentale e potenziando il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere. Proprio perché gli atti di regolazione vengono adottati da un'autorità che presenta un forte *deficit* di legittimità sostanziale e che si sottrae al circuito della responsabilità politica, tali atti devono essere emanati nel rispetto di un procedimento strutturato e garantito sotto il profilo del contraddittorio e della partecipazione delle parti interessate.

In tale contesto, la giurisprudenza amministrativa opera un sindacato che tiene conto della natura normativa di tali atti e che tende a verificare il pieno rispetto delle garanzie procedimentali. Il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione è stato di recente improntato alla figura dell'eccesso di potere, la quale consente di valutare il rispetto dei principi di coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità e adeguatezza<sup>149</sup>.

### 3.3. Il tema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità: introduzione

Il Consiglio di Stato ha storicamente identificato quattro fasi del procedimento amministrativo a cui corrisponde un diverso *standard* di sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori<sup>150</sup>. Queste sono: (i) la fase di accertamento dei fatti; (ii) la fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza, basata sull'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati (quali ad esempio il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, e le intese restrittive della concorrenza); (iii) la fase di raffronto dei fatti accertati con il parametro contestualizzato; e (iv) la fase di applicazione delle sanzioni previste dalla disciplina vigente.

Con riguardo alla prima fase di accertamento dei fatti, è pacifico che il giudice amministrativo abbia il potere di verificare direttamente e pienamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti sanzionatori<sup>151</sup>. Conseguentemente, gli elementi di prova raccolti dall'Autorità così come le prove a difesa introdotte dalle imprese sospette di aver commesso illeciti *antitrust* possono essere valutate dal giudice senza alcuna limitazione<sup>152</sup>.

Rispetto alla fase di applicazione delle sanzioni pecuniarie (la quarta fase), il sindacato del giudice è pieno e sostitutivo, in quanto esteso al merito. Tale conclusione, già precedentemente consolidata in giurisprudenza, è stata confermata dall'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., il quale devolve alla giurisdizione amministrativa di merito «le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti». Pertanto,

---

<sup>149</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *op. cit.* e UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017.

<sup>150</sup> In *primis*, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

<sup>151</sup> Ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156.

<sup>152</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, nn. 743 e 744; 6 maggio 2014, n. 2302.

Tali considerazioni valgono anche nei casi in cui il giudice amministrativo ha respinto i ricorsi avverso le decisioni dell'AGCM (v. Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334 e sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4616).

nei casi in cui sussistono specifiche disposizioni che attribuiscono al giudice amministrativo la cognizione delle sanzioni pecuniarie, quest'ultimo esercita i poteri previsti dall'art. 23, l. n. 689/1981 e quindi ha il potere di annullare, in tutto o in parte, o di modificare l'entità della sanzione<sup>153</sup>. Occorre comunque specificare che il Consiglio di Stato ha stabilito che il sindacato del giudice si estende solo alla quantificazione della sanzione (il *quantum* della sanzione) e non all'accertamento della sussistenza dei presupposti (l'*an* della sanzione)<sup>154</sup>.

Più problematica risulta essere la determinazione della portata del sindacato rispetto alla seconda e alla terza fase, consistenti nell'individuazione del parametro normativo *antitrust* e nel confronto dei fatti accertati con il parametro contestualizzato, poiché in tali ipotesi l'Autorità effettua valutazioni tecniche fondate su scienze inesatte ed opinabili (prevalentemente di carattere economico) con cui vengono definiti i concetti giuridici indeterminati. A questo proposito, la giurisprudenza ha adottato posizioni divergenti e variegate. Storicamente è comunque possibile rinvenire un percorso di progressiva apertura del giudice amministrativo da «un'iniziale atteggiamento di deferenza e di timore reverenziale verso l'Autorità»<sup>155</sup> al riconoscimento di un sindacato esteso non soltanto alla forma dei provvedimenti, ma anche alla loro sostanza<sup>156</sup>.

### 3.4. La posizione della giurisprudenza amministrativa più risalente

La giurisprudenza amministrativa più risalente operava un sindacato giurisdizionale di carattere restrittivo, che veniva definito «di tipo esterno». Secondo questa impostazione, il giudice si limitava a verificare se «il provvedimento impugnato appa[r]isse logico, congruo, ragionevole e correttamente motivato e istruito», senza in alcun modo «sostituire proprie valutazioni di merito rispetto a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate»<sup>157</sup>. Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo conosceva l'«atto» dedotto in giudizio e non il «rapporto», con la conseguenza che il «fatto» era da considerarsi preconstituito, in quanto veniva esaminato così come descritto e mediato dal provvedimento impugnato. Pertanto, il giudice conosceva le valutazioni tecniche soltanto in una prospettiva estrinseca ed esterna rispetto alla fattispecie concreta (il c.d. sindacato estrinseco o esterno), secondo cui il giudice si doveva limitare a valutare *ab externo* l'attività valutativa dell'AGCM per

---

<sup>153</sup> V. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896 e 28 gennaio 2016, n. 289 secondo cui la modificazione dell'entità della sanzione in sostituzione della determinazione dell'AGCM comporta l'adozione di una sentenza costitutiva per quanto riguarda il *quantum* della sanzione, a completamento della fattispecie sostanziale. V. anche Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 329; 11 luglio 2016, n. 3047; 23 giugno 2014, n. 3167; 20 febbraio 2017, n. 740.

<sup>154</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

<sup>155</sup> M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 720.

<sup>156</sup> UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, 4 ss. offre un *escursus* storico dei diversi orientamenti adottati dalla giurisprudenza amministrativa in materia *antitrust*.

<sup>157</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; 20 marzo 2001, n. 1671 e 26 luglio 2001, n. 4118. V. *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 25 aprile 2002, n. 2199.

determinare se questa sia affetta da vizi logici, incongruenze o eccesso di potere)<sup>158</sup>.

In seguito, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato la distinzione tra «sindacato forte», secondo cui il giudice ha il potere di sostituire la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione, e «sindacato debole», che si limita a verificare la ragionevolezza e la coerenza tecnica della decisione amministrativa. Tale giurisprudenza riconduceva il controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* al sindacato di tipo debole<sup>159</sup>. Il Consiglio di Stato, invero, reputava che in materia anticoncorrenziale la necessità di operare giudizi economici complessi (opinabili per definizione) rendeva molto sottile la distinzione tra le valutazioni tecniche opinabili (che il giudice amministrativo poteva sindacare) e i profili di opportunità del provvedimento (dunque un sindacato del merito, escluso al giudice). Secondo tale interpretazione, un sindacato intrinseco sulle valutazioni tecniche opinabili avrebbe portato all'esercizio di fatto di un potere sostitutivo «di tipo forte» e dunque era da escludere per «esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., e (...) [per la] rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad un Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza»<sup>160</sup>. Pertanto, secondo tale interpretazione, il giudice aveva il potere di verificare i fatti posti a fondamento delle decisioni dell'Autorità in maniera diretta e poteva censurare le valutazioni tecniche, incluso il giudizio tecnico finale, soltanto nella misura in cui questi ultimi apparivano inattendibili sulla base di un «controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica»<sup>161</sup>. In questo senso, venivano equiparate le valutazioni tecniche opinabili con il c.d. merito amministrativo e veniva giustificata una riserva all'AGCM di compiere valutazioni tecniche non opinabili e non sindacabili in sede giurisdizionale.

### 3.5. L'orientamento restrittivo della Corte di Cassazione

Le Sezioni Unite del 2005, a cui si conformarono ulteriori pronunce della Cassazione, cristallizzavano l'orientamento della giurisprudenza amministrativa più risalente affermando che solamente con riferimento alle valutazioni tecniche opinabili (ossia la seconda e la terza fase del procedimento sanzionatorio *antitrust*) doveva essere escluso «un sindacato di tipo forte (tale da consentire al giudice di sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione)», pena lo sfioramento dei limiti interni della giurisdizione,

---

<sup>158</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; 20 marzo 2001, n. 1671 e 26 luglio 2001, n. 4118; 1° ottobre 2002, n. 5156; T.A.R. Lombardia, sez. II, 8 febbraio 2002, n. 469. V. anche M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 707.

<sup>159</sup> Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2001, n. 5287. Si tratta di una distinzione già criticata anche in dottrina: v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 194 ss.

<sup>160</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 25 aprile 2002, n. 2199.

<sup>161</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 aprile 2002, n. 2199.

ammettendo dunque «soltanto un controllo di tipo debole (tale, cioè, da non consentire un potere sostitutivo del giudice)»<sup>162</sup>.

Una famosa pronuncia delle Sezioni Unite del 2014 confermava che i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, in quanto non è consentito al giudice esercitare un sindacato di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, «fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza»<sup>163</sup>. A tale proposito chiariva che l'impossibilità di estendere al merito il sindacato giurisdizionale implica sì che il giudice non possa sostituire il provvedimento dell'AGCM con un atto proprio «ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo». Le Sezioni Unite, inoltre, evidenziano come il ricorso a criteri di valutazione tecnica spesso conducono ad un «*ventaglio di soluzioni possibili*» e che la scelta tra varie soluzioni astrattamente legittime si risolverebbe in un apprezzamento di carattere opinabile. Pertanto, in tali situazioni, il sindacato di legittimità (e non di merito) del giudice amministrativo «è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo». Di conseguenza, il giudice potrebbe solamente «*vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche*»<sup>164</sup>. Tale interpretazione offerta dalle Sezioni Unite viene comunemente definita come «sindacato intrinseco non sostitutivo del giudice amministrativo».

Anche più recentemente la Suprema Corte ha annullato una sentenza del Consiglio di Stato resa in sede di ottemperanza nei confronti dell'AGCM per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (ossia le valutazioni tecniche discrezionali), basandosi sulle medesime argomentazioni delle Sezioni Unite del 2014<sup>165</sup>.

### 3.6. La dottrina della *full jurisdiction* e conseguenti aperture del Consiglio di Stato ad un sindacato più intenso

La Corte EDU, sancendo che il principio del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu si applica alle sanzioni di tipo penale (e dunque anche ai provvedimenti

<sup>162</sup> Cass., sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882. Tale impostazione è confermata anche da Cass., sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063.

<sup>163</sup> Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

<sup>164</sup> Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

<sup>165</sup> Cass., sez. un. 1° febbraio 2016, n. 1836. Si veda anche Cass., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929, che rende conto anche della dottrina della *full jurisdiction* e dell'innovazione legislativa di cui all'art. 7, comma 1, secondo periodo, d. lgs. n. 3/2017.

sanzionatori *antitrust*)<sup>166</sup>, ha ulteriormente esteso la portata di tale disposizione alla c.d. dottrina della *full jurisdiction*.

Nelle sentenze Menarini e Grande Stevens, la Corte ha stabilito che nei casi in cui la sanzione «para-penale» viene irrogata da un'autorità amministrativa (quale l'AGCM), il soggetto sanzionato ha il diritto di avere accesso ad una successiva fase di «piena giurisdizione» o «*full jurisdiction*», la quale consenta al giudice «*to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*»<sup>167</sup>. La Corte EDU ha affermato che la necessità di assicurare la piena giurisdizione (successiva) ad un organo giurisdizionale deriva dalla circostanza per cui il procedimento sanzionatorio non sia «equo» ai sensi dell'art. 6 Cedu. Una delle caratteristiche essenziali affinché sussista il carattere dell'equità è che l'autorità amministrativa dotata di potere decisorio rifletta i tratti del «tribunale indipendente e imparziale», che assicuri un'adeguata separazione tra organi istruttori e decisori allorché le due funzioni siano demandate allo stesso ente. Alcuni autori hanno sottolineato come nell'AGCM tale netta divisione sia lacunosa, nonostante gli Uffici e il Collegio siano tendenzialmente autonomi, a causa delle «forme di compartecipazione del Collegio all'istruttoria, il cui buon esito è peraltro coadiuvato dalla figura di cerniera del Segretario generale»<sup>168</sup>.

Giova precisare che proprio la necessità di assicurare un controllo giurisdizionale dei provvedimenti sanzionatori *antitrust* in conformità con la dottrina della *full jurisdiction* ha portato i giudici amministrativi a definire il relativo giudizio amministrativo in termini di gravame «appellatorio» piuttosto che «cassatorio di legittimità»<sup>169</sup>.

Rispetto agli orientamenti sopra illustrati, la giurisprudenza amministrativa a partire dal 2016 ha tentato di prendere le distanze dall'ambigua distinzione tra sindacato forte e sindacato debole (da essa inizialmente accolta)<sup>170</sup> e di rinunciare all'atteggiamento di iniziale deferenza nei confronti dell'Autorità nel senso di ammettere un'estensione del suo sindacato alle valutazioni tecniche delle decisioni dell'AGCM. Peraltro, proprio prendendo le mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo sulla *full jurisdiction* e dai principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale (ex artt. 24 e 113 Cost.) e giusto processo (art. 111 Cost.), il Consiglio di Stato ha elaborato un filone giurisprudenziale volto a garantire una tutela piena ed effettiva e l'utilità dei rimedi giurisdizionali<sup>171</sup>. In

---

<sup>166</sup> V. anche M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit.

<sup>167</sup> Così testualmente Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria*, ricorso n. 15523/89. Cfr. Corte EDU, 21 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08; 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

<sup>168</sup> M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit. e M. CAPPAL, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, cit.

<sup>169</sup> M. A. SANDULLI, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2019, 1377 ss.

<sup>170</sup> Ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

<sup>171</sup> *Inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2021, n. 2081 e 26 marzo 2015, n. 1596. V. anche M. CAPPAL, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare*

questo senso, è da ritenersi che il sindacato più intenso del giudice amministrativo consenta di evitare la violazione dell'art. 6 Cedu e dunque non appare condivisibile l'interpretazione della Corte Suprema volta a ridurre l'operatività di tale sindacato con riferimento ai limiti esterni della giurisdizione (ossia alle valutazioni tecniche opinabili). La nozione di *full jurisdiction* elaborata dalla giurisprudenza della Cedu si configura come un concetto complesso e non sovrapponibile alle categorie elaborate dalla giurisprudenza nazionale (tra cui sindacato di legittimità e di merito, intrinseco ed estrinseco, sostitutivo).

Secondo la più recente elaborazione del Consiglio di Stato, il concetto di *full jurisdiction* «*implica che il giudice nazionale esamini compiutamente, punto per punto, i profili in concreto contestati, senza la possibilità di invocare spazi di discrezionalità, tecnica o amministrativa, riservati all'amministrazione*»<sup>172</sup>. Inoltre, il Collegio ha osservato che l'ulteriore espansione del sindacato del giudice amministrativo risulta essere strettamente connessa al principio di legalità sostanziale: tanto più specificatamente la norma attributiva disciplina l'esercizio del potere, quanto più il giudice amministrativo è tenuto a verificare che quei dettami siano osservati nell'azione dell'Autorità<sup>173</sup>. Infatti, quando la norma attributiva non disciplina in *toto* l'azione amministrativa, l'amministrazione (qui, l'AGCM) gode di un margine di discrezionalità (pura, tecnica o mista), con la conseguenza che l'intensità del sindacato giurisdizionale, pur se rigoroso e approfondito, non potrà mai essere sostitutivo. Diversamente, quando l'agere amministrativo è vincolato dalla legge, non è impossibile nemmeno il riferimento al potere sostitutivo, in quanto il giudice amministrativo è onerato di valutare il puntuale esercizio di quel potere amministrativo rispetto a quanto previsto dalla legge<sup>174</sup>. Diverse pronunce infatti hanno evidenziato la sussistenza di un sindacato pieno, esteso anche alle valutazioni tecniche dell'Autorità, con il solo limite dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dei poteri che la legge ha riservato all'AGCM<sup>175</sup>.

### 3.7. La novità legislativa dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e i problemi di compatibilità con i principi costituzionali e della Cedu

---

*l'impasse*, cit. Tale apertura è stata anche determinata dall'ampliamento dei mezzi istruttori utilizzabili nell'ambito del processo amministrativo: cfr. in dottrina più risalente, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., vol. II, 255 ss.; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156 e 25 aprile 2002, n. 2199.

<sup>172</sup> UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, 21.

<sup>173</sup> UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017. V., in critica a tale impostazione, M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 9.

<sup>174</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058 sui limiti del sindacato del giudice amministrativo in ipotesi di discrezionalità pura e tecnica.

<sup>175</sup> Sulla sussistenza di un sindacato pieno esteso ai profili tecnici v. T.A.R. Lazio, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6921 e Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123. La pienezza del sindacato sulle valutazioni tecniche caratterizza anche i giudizi che confermano i provvedimenti adottati dall'AGCM (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423, 13 giugno 2014, n. 3032; 8 aprile 2014, n. 1673; 15 maggio 2015, n. 2479). Sull'intensità del sindacato inerente alla logicità e la congruenza della tesi seguita dall'AGCM v. Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, nn. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3773.

Di segno opposto rispetto alle aperture del Consiglio di Stato risulta essere la disposizione di cui all'art. 7, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 3/2017, il cui contenuto traspone la già menzionata Direttiva 104/2014/UE sul *private enforcement*<sup>176</sup>. Tale previsione sancisce che «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai *profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

Tale formulazione pare positivizzare l'orientamento restrittivo delle Sezioni Unite del 2014 e contrastare i risultati a cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, poiché pare escludere il sindacato del giudice sui profili (intesi come fatti e valutazioni) tecnici opinabili «che non presentano un oggettivo margine di opinabilità del provvedimento».

Tale previsione è tutt'ora oggetto di un acceso dibattito in dottrina, oltre che in giurisprudenza. È da sottolineare che l'inciso qui in considerazione non trova alcuna corrispondenza nella Direttiva 104/2014/UE e risulta essere frutto di una precisa scelta legislativa. Di conseguenza, diversi autori hanno denunciato la sua possibile illegittimità costituzionale per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., per possibile violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e dell'art. 6, par. 1, Cedu, oltre che dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione ex art. 3, Cost., in quanto trattasi di una restrizione sul sindacato non analoga per gli atti di altre autorità indipendenti<sup>177</sup>.

In dottrina vi sono tre principali orientamenti che interpretano in maniera diversa la portata della previsione legislativa in oggetto. In primo luogo, un'impostazione più rigorosa rigetta in maniera decisa la formula contenuta nell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, argomentando che sarebbe impossibile prevedere un mero giudizio di legittimità con riguardo ai profili tecnici opinabili<sup>178</sup>. Le ragioni a sostegno di tale interpretazione concernono sia la necessità di radicare una *full jurisdiction* in un giudizio di tipo appellatorio (e non cassatorio) che la circostanza che tali giudizi sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e pertanto soltanto quest'ultimo sarebbe il «giudice del ricorso» (così come riferito nella norma) preposto ad offrire una piena e completa tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti *antitrust*. In secondo luogo, alcuni autori, valorizzando l'accresciuta pervasività della giurisdizione di legittimità nell'ambito del processo amministrativo, hanno valutato la novità legislativa non necessariamente contraria ai principi

---

<sup>176</sup> Sul contenuto specifico e le diverse implicazioni della norma in oggetto si concentrerà il terzo capitolo del presente lavoro.

<sup>177</sup> Per riferimenti sul punto: M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 729 ss.; D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM: Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2019 (15.05.2021).

<sup>178</sup> Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: Continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss. e G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.

costituzionali e alle istanze della Corte di Strasburgo<sup>179</sup>. Infine, altri commentatori concordano in astratto sull'adeguatezza del modello di sindacato di legittimità ma prospettano un avanzamento dello standard di sindacato sulle valutazioni tecniche opinabili<sup>180</sup>. Quest'ultima impostazione si pone in linea con talune pronunce rese dai giudici amministrativi e con il criterio del sindacato di «maggiore attendibilità» elaborato dal Consiglio di Stato e accolto da parte della recente dottrina<sup>181</sup>.

Alla luce di quest'ultima posizione dottrinale, è da valorizzarsi la proposta di dare una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, mediante l'applicazione del principio di presunzione di innocenza come parametro di legittimità<sup>182</sup>. Tale interpretazione censura l'inciso introdotto dal legislatore in quanto antistorico e distonico rispetto alla dottrina della *full jurisdiction* e alla prassi delle corti amministrative. Tra i vari argomenti a sostegno di tale posizione, si evidenzia come la tendenza più recente dell'Autorità (nonché della Commissione a livello europeo) sia quella di irrogare sanzioni sempre più afflittive e deterrenti per gli operatori economici, sia in termini di entità della sanzione pecuniaria (che, si ricorda, può giungere al 10% del fatturato realizzato dalle imprese), che di responsabilità solidale delle imprese sanzionate (c.d. *parental liability*<sup>183</sup>)<sup>184</sup>. Tale considerazione, dovrebbe avere come conseguenza l'innalzamento dello standard del controllo giurisdizionale degli atti dell'Autorità (e non un suo abbassamento, come prospetta la norma), anche in ragione del difetto di legittimazione democratica che affligge l'AGCM e delle problematiche inerenti alla legittimità sostanziale. Per conciliare le esigenze di effettività del diritto *antitrust* con la tutela delle prerogative difensive delle imprese sanzionate, in conformità con la giurisprudenza di Strasburgo, si propone quindi di fare affidamento alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, Cedu, pacificamente

---

<sup>179</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.; M. SIRAGUSA, *Judicial Review of Antitrust Decisions: Q&A*, in *Rivista italiana di diritto antitrust*, 2015, 144 ss.; D. VESE, *op. cit.*

<sup>180</sup> In questo senso: M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018; R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017 (02.06.2021).

<sup>181</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017 (02.06.2021); M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini* in *Dirittifondamentali.it*, 2018. Per una riflessione giurisprudenziale v. UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017.

<sup>182</sup> M. CAPPAL, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 734 ss.

<sup>183</sup> Sulla *parental liability* v., *inter alia*, Provvedimento AGCM n. 27497, 1811, *Finanziamenti Auto*. A livello europeo, C. Giust. UE, sez. V, 5 marzo 2015, *Versalis S.p.A. ed Eni S.p.A. c. Commissione*, cause C-93/13 P e C-123/13 P.

<sup>184</sup> Si vedano le riflessioni di F. GHEZZI, *Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta «eticamente corretta» dell'impresa*, in *Rivista delle società*, 2019, 91 ss. sull'inasprimento delle sanzioni nei confronti delle imprese finalizzato alla creazione di un effetto deterrente e allo sviluppo di una maggiore cultura della concorrenza nel tessuto imprenditoriale.

applicabile in materia *antitrust*<sup>185</sup>. Tale principio invero costituisce parametro interposto di costituzionalità e dunque imporrebbe all'interprete di tenerne conto nella lettura di una norma di diritto interno che ricade all'interno dell'ambito di applicazione di detto principio<sup>186</sup>. In questo senso, il giudice amministrativo sarebbe tenuto ad esaminare scrupolosamente sia il contenuto del provvedimento sanzionatorio, inclusa la motivazione che deve soddisfare un elevato grado di chiarezza e rigorosità, sia tutte le censure di fatto e di diritto allegate dalle imprese sanzionate con lo scopo di verificare se l'ipotesi accusatoria dell'Autorità possa essere smentita. La presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, Cedu, quale parametro interposto di costituzionalità in relazione all'art. 15, comma 1, l. n. 287/1990, permetterebbe al giudice amministrativo di accogliere il ricorso per violazione o falsa applicazione di legge in tutti i casi in cui l'Autorità «non abbia adeguatamente esaminato, nel provvedimento finale, le difese 'inattendibili' (in difetto di prove o elementi indiziari gravi, precisi e concordanti in grado di confortare l'esistenza dell'illecito) o 'maggiormente attendibili' (in presenza di un simile corredo probatorio) che pure erano state tempestivamente e ritualmente dedotte dalla parte interessata in sede procedimentale»<sup>187</sup>.

Alla luce dei principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e del canone della *full jurisdiction* elaborato dalla Corte di Strasburgo e accolto dalla giurisprudenza amministrativa, l'inciso di cui all'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, necessiterebbe di essere interpretato in maniera costituzionalmente e convenzionalmente orientata con la finalità di garantire una piena tutela giurisdizionale in sede di impugnazione del provvedimento *antitrust* sanzionatorio<sup>188</sup>. Tale prospettiva merita di essere accolta anche in ragione del fatto che la cognizione del giudice civile, nei casi di azioni risarcitorie c.dd. *stand alone* (ossia azioni per il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* autonome e indipendenti rispetto all'emanazione di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM o alla sua eventuale impugnazione), non è soggetta alle medesime limitazioni che sono state prospettate nei confronti del giudice amministrativo dalla legge e dalla Suprema Corte<sup>189</sup>. Una simile divergenza è censurabile anche per l'argomento secondo cui il giudice amministrativo si configura come l'organo preposto dalla legge al controllo giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità indipendenti, con la conseguenza che il processo amministrativo rappresenta la sede naturale in cui le parti interessate hanno la facoltà di impugnare un atto lesivo

<sup>185</sup> *Ex multis*, C. Giust. UE, sez. II, 27 marzo 2014, cause T-56/09 e T-73/09.

<sup>186</sup> Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (c.dd. sentenze gemelle) e 13 luglio 2017, n. 176.

<sup>187</sup> Così argomenta M. CAPPALÌ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 754.

<sup>188</sup> V. D. VESE, *op. cit.* sul tema della pienezza del sindacato del giudice amministrativo in relazione alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nonostante l'autore ritenga che il sindacato del giudice debba essere di tipo esterno e non sostitutivo, egli illustra anche la rilevanza dell'art. 24 Cost. (diritto di azione) come norma che esige il pieno sindacato del giudice amministrativo per garantire la piena tutela dei diritti della persona (e dunque anche delle imprese sanzionate).

<sup>189</sup> Cfr. M. LIPARI, *op. cit.*; G. GRECO, *op. cit.*; F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il processo*, 2019, 587 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

delle proprie posizioni soggettive per ottenere tutela giurisdizionale. Ciò anche alla luce dell'efficacia *ultra partes* del provvedimento *antitrust* non impugnato e della sentenza amministrativa passata in giudicato.

### 3.8. Le attuali posizioni divergenti all'interno del Consiglio di Stato: la portata del sindacato del giudice amministrativo rimane una questione aperta

Alla luce del contesto sopra illustrato, le pronunce della Sesta Sezione del Consiglio di Stato non hanno ancora trovato un punto di equilibrio sul tema della portata del sindacato del giudice amministrativo con riguardo alle valutazioni tecniche discrezionali dell'AGCM. Invero il dibattito risulta non essersi ancora esaurito e a questo proposito è possibile individuare due diversi orientamenti all'interno della giurisprudenza amministrativa. Questi due orientamenti però partono dal medesimo condiviso presupposto: il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM non è più di tipo estrinseco (inerente quindi a vizi logici o eccesso di potere) ma è di tipo intrinseco, cioè teso alla verifica dell'attendibilità e correttezza del criterio tecnico utilizzato<sup>190</sup>. Paradigmatica è una sentenza del 2019 della Sesta Sezione Consiglio che stabilisce che:

«l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. 'contestualizzazione' dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo 'intrinseco', che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Cfr. in dottrina, M. ROFFI, *Sanzioni AGCM: sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, in *Giur. amm.*, 2019, 2503 ss.

<sup>191</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Coerentemente, Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2656 sancisce che «(...) il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere. Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione (cfr. ad es. Consiglio di

Per quanto riguarda i due diversi orientamenti, da un lato, vi sono le pronunce che si conformano all'interpretazione restrittiva della Suprema Corte e danno pieno riscontro al dettato normativo di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017. Secondo tale impostazione, il giudice in primo luogo accede pienamente e valuta direttamente i fatti, con lo scopo di stabilire se la ricostruzione fattuale operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici. In secondo luogo, il giudice accerta che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.<sup>192</sup> In questa seconda istanza, il sindacato di attendibilità tecnica non può mai essere sostitutivo dell'AGCM nella definizione dei concetti giuridici indeterminati e infatti nei casi in cui residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, quale ad esempio la nozione di mercato rilevante, il giudice «non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge»<sup>193</sup>. In sintesi, il giudice amministrativo potrebbe sindacare l'individuazione del mercato rilevante da parte dell'Autorità nel caso di specie solamente per vizi di logicità e ragionevolezza e dunque per «vizi di logicità estrinseca»<sup>194</sup>.

Dall'altro lato, invece, da talune sentenze risulta un sindacato intrinseco pieno e particolarmente penetrante, tale da estendersi, nell'ambito delle valutazioni tecniche, al controllo dell'analisi economica o di altre scienze compiuta dall'Autorità, anche in relazione a fatti complessi. Secondo questo filone giurisprudenziale, il giudice sarebbe dunque in grado sia di rivalutare le scelte tecniche compiute dall'AGCM che di «*applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame*»<sup>195</sup>. Ancora, richiamando la dottrina della *full jurisdiction* nell'ambito dell'esercizio del sindacato del giudice amministrativo, il Collegio ha affermato che «il sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale»<sup>196</sup>.

La famosa sentenza del Collegio del 2019, in questo senso, fa per la prima volta riferimento ad un «*sindacato pieno di maggiore attendibilità*» in cui il

---

Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559).» V. anche, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

<sup>192</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2021, n. 2727; 29 marzo 2021, n. 2656; 12 ottobre 2017, n. 4733.

<sup>193</sup> Testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947. Lo stesso principio di diritto è stato affermato, in relazione alla nozione di mercato rilevante da Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2021, n. 2727 e 3 marzo 2020, n. 1547. Inoltre, *ex multis*, v. Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266; 13 giugno 2014 n. 3032, 13 maggio 2011 n. 2925; 9 febbraio 2011 n. 896 e 2 marzo 2004 n. 926).

<sup>194</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, nn. 3900 e 3901; 23 settembre 2019 n. 6314; 12 ottobre 2017, n. 4733; 27 marzo 2017, n. 32; 2 luglio 2015, n. 3291; 26 gennaio 2015, n. 334. In dottrina, v. D. VESE, *op. cit.*

<sup>195</sup> Testualmente, Cons. Stato, 8 febbraio 2007, n. 515. V. anche Cons. Stato, 29 settembre 2009, n. 5864. Più di recente, v. Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2648 e 5 agosto 2019, n. 5559 (che richiama espressamente Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

<sup>196</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

giudice ha il potere di «definire la fattispecie sostanziale» nelle ipotesi in cui le norme attributive dei poteri dell’Autorità siano a priori ed in astratto determinate, configurando un «esito giuridicamente predeterminato»<sup>197</sup>. A tale proposito il Collegio stabilisce che:

«La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del ‘mercato rilevante’) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto ‘libero’ dell’apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di ‘attendibilità’ va dunque sostituito un sindacato pieno di ‘maggiore attendibilità’».<sup>198</sup>

Con riguardo all’intensità del sindacato declinato dal Collegio e alle sue implicazioni, numerose sentenze successive si discostano implicitamente dal paradigma del sindacato di maggiore attendibilità<sup>199</sup>, mentre altre richiamano espressamente la pronuncia del 2019 e il riferimento al sindacato di maggiore attendibilità, facendo proprie sue le argomentazioni<sup>200</sup>.

La dottrina a tale proposito risulta essere piuttosto critica nei confronti della pronuncia del 2019<sup>201</sup>. Tra gli altri, taluno censura la pronuncia sotto diversi punti di vista. Si evidenzia, infatti, come il Collegio non abbia tenuto conto delle distinzioni esistenti tra accertamento e apprezzamento del fatto. Nel primo caso, invero, il giudice avrebbe pieno accesso al fatto e potrebbe sostituirsi all’amministrazione. Contrariamente, la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati contenuti nelle norme prevede un margine di apprezzamento che il legislatore affida esclusivamente all’Autorità, con la

---

<sup>197</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 distingue tali norme da quelle che ad esempio implicano giudizi di valore politico sulla scelta dell’allocazione, distribuzione e gestione delle risorse pubbliche.

<sup>198</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

<sup>199</sup> Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, da 5558 a 5564 e 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032 e 6065; 23 settembre 2019, n. 6314. Più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, nn. 3900 e 3901; 1° aprile 2021, n. 2727; 29 marzo 2021, n. 2656; 3 marzo 2020, n. 1547.

<sup>200</sup> Cfr., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo, n. 2081 che si esprime anche sul tema della dottrina della *full jurisdiction* e sull’art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017.

<sup>201</sup> Tuttavia, ad esempio F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit. rappresenta un’eccezione alla tendenza a guardare con sfavore la pronuncia del Collegio del 2019. Inoltre, altri, come ad esempio R. CHIEPPA, *Coordination between private and public antitrust enforcement in Italy and in the EU: Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell’Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 31 ss., valorizzano il c.d. sindacato di maggiore attendibilità ai fini di rendere maggiormente effettiva la tutela giurisdizionale in sede amministrativa, in conformità con la giurisprudenza di Strasburgo sul punto.

conseguenza che il giudice non può sostituirvisi. A tale proposito, si censura il Collegio per aver proposto un ragionamento secondo cui la «decisione del giudice amministrativo risulterebbe perfettamente fungibile e sovrapponibile rispetto a quella dell'amministrazione»<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: Molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 740 ss.

## CAPITOLO II: LA NUOVA AZIONE DI CLASSE QUALE STRUMENTO DI PRIVATE ENFORCEMENT

SOMMARIO: 1. L'azione di classe quale strumento di *private enforcement* del diritto *antitrust*: le ragioni della sua imprescindibilità nel nostro ordinamento. 1.1. L'azione di classe ex art. 140-*bis* c.cons.: i profili generali della precedente disciplina e il limitato perimetro della sua applicazione. 1.2. L'insuccesso dell'azione di classe consumeristica: riflessioni sulle ragioni delle difficoltà applicative della disciplina di cui all'art. 140-*bis* c.cons. 1.3. L'introduzione di una nuova *class action* a carattere generale: un quadro generale della disciplina di cui alla l. n. 31/2019. 1.4. I profili di indagine della nuova *class action* nel presente lavoro ai fini della valutazione della sua effettività. 2. L'annosa questione della legge applicabile nel tempo in materia di *class actions*, con specifico riguardo alle ipotesi di *private enforcement antitrust*. 3. La legittimazione ad agire e il sistema di *opt-in* nell'odierna azione di classe attuato mediante il processo di adesione: riflessioni sulla portata ampliativa della l. n. 31/2019 e sull'adeguatezza del meccanismo di *opt-in* alla realizzazione del *private enforcement*. 3.1. La legittimazione ad agire nella *class action*: cenni alla duplice portata innovativa della l. n. 31/2019. 3.2. Il mantenimento del sistema di *opt-in* in Italia: l'adesione ai sensi della l. n. 31/2019. La sopravvivenza dei problemi di efficienza della tutela collettiva e l'occasione persa di vera riforma della nuova disciplina collettiva. 3.3. I modelli di *class actions* adottati da altri Paesi: dall'*opt-out* puro statunitense ai modelli ibridi e flessibili in Europa. Possibili spunti per il legislatore italiano e riflessioni sui problemi di compatibilità dell'*opt-out* con il nostro ordinamento giuridico. 3.4. Prospettive future per il legislatore italiano: la possibile introduzione di un modello flessibile tra *opt-in* e *opt-out*. 4. Il rafforzamento della fase istruttoria nelle azioni collettive finalizzato a sopperire alle intrinseche difficoltà probatorie della classe: le innovazioni della l. n. 31/2019 affiancate alle disposizioni di cui agli artt. 3 e ss., d.lgs. n. 3/2017. 5. Il problema dei difensori della classe: lo schieramento dei grandi *law firms* a fianco delle imprese resistenti e la necessità di introdurre un modello imprenditoriale di rappresentanza della classe. 6. Accordi di conciliazione e transazioni collettive: la convenienza delle ipotesi declinate dalla l. n. 31/2019 in relazione all'obiettivo di riduzione dei tempi e dei costi contenzioso.

### 1. L'azione di classe quale strumento di *private enforcement* del diritto *antitrust*: le ragioni della sua imprescindibilità nel nostro ordinamento

La libera concorrenza nel mercato può essere tutelata non solamente attraverso i meccanismi di *public enforcement* nazionale ed europeo considerati in precedenza, ma anche attraverso gli strumenti di *private enforcement*, ossia l'insieme delle attività dei soggetti privati che agiscono dinanzi al giudice ordinario per il soddisfacimento di interessi individuali mediante azioni risarcitorie ovvero inibitorie.

L'azione di classe si configura come uno degli strumenti più rilevanti per la realizzazione del *private enforcement*. Essa si caratterizza per il fatto che una pluralità di soggetti privati (tra cui, oggi, vi possono essere non solo i consumatori, ma anche imprese concorrenti, acquirenti e fornitori) agiscono collettivamente in giudizio per far valere posizioni giuridiche soggettive equivalenti nei confronti di imprese che hanno commesso illeciti *antitrust*, le quali hanno dunque anche una responsabilità di tipo civile (e non solo amministrativa, come nel *public enforcement*)<sup>1</sup>.

La maggioranza degli studiosi è concorde nel sostenere che l'azione di classe rappresenti uno strumento imprescindibile nei sistemi giuridici moderni, i quali sono fondati sui principi della libera concorrenza, di tutela dei consumatori

<sup>1</sup> Per tutti, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, Torino, 2006, 349 ss.

e di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale<sup>2</sup>. La necessità di prevedere una forma di tutela collettiva è stata recepita anche dal legislatore italiano, il quale negli ultimi decenni ha cercato di introdurre e consolidare nel nostro ordinamento lo strumento dell'azione di classe.

A tale proposito, è opportuno rilevare che l'art. 1, d.lgs. n. 3/2017, non solo riconosce in capo a «chiunque» la titolarità del diritto di agire al fine ottenere il pieno risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme *antitrust*, ma prevede espressamente la possibilità di esperire azioni collettive in tali ipotesi<sup>3</sup>.

In questo senso, la *ratio* sottesa all'imprescindibile inclusione da parte del legislatore dell'azione di classe fra gli strumenti di *private enforcement* è da ricondursi a diverse esigenze. Anzitutto, la volontà da parte delle autorità europee e nazionali di rinforzare la tutela giurisdizionale in favore dei soggetti privati che hanno subito un danno, in ragione degli eccessivi costi processuali da sostenere e degli scarsi strumenti (in particolare probatori) nei confronti di grandi imprese, in particolare quando il danno subito sia di scarsa entità<sup>4</sup>. Inoltre, vi sono ragioni di economia processuale. L'azione di classe, infatti, permetterebbe di ridurre sia i tempi che i costi dell'attività giurisdizionale, eliminando o riducendo il rischio che si proliferino giudizi seriali davanti ad uffici giudiziari diversi nel territorio nazionale (e di conseguenza il rischio di conflitti di giudicato)<sup>5</sup>. A tali ragioni, si aggiunge anche la finalità di carattere pubblicistico di assicurare una funzione deterrente delle *class actions* nei confronti delle imprese operanti nel mercato con riguardo alla commissione di illeciti anticoncorrenziali che per lungo tempo sono rimasti impuniti<sup>6</sup>.

In generale, nella materia dei risarcimenti derivanti da illeciti *antitrust* trova applicazione l'istituto dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c., con la conseguenza che il soggetto privato che agisce in giudizio, in qualità di attore,

---

<sup>2</sup> *Ex multis*, T. FEBBRAJO, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli-Roma, 2012, 339 ss. e G. CARUSO, *La nuova azione di classe: una peinture d'impression*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2020 (03.07.2021).

<sup>3</sup> F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 1 ss. offre un'analisi del diritto al pieno risarcimento del danno di cui all'art. 1, d.lgs. n. 3/2017, e dei principi informativi della materia. Si sottolinea che tale disposizione rappresenta la trasposizione a livello nazionale degli artt. 3 e 4 della Direttiva UE/2014/104.

<sup>4</sup> Sul punto, v. G. AFFERNI, *L'azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, 493 ss. e I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Il corriere giuridico*, 2020, 963 ss. V. anche P. FIORIO, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obbiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2019 (19.06.2021).

<sup>5</sup> S. BRAZZINI, P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, 1 ss. e A. GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: Profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 371 ss. V. C. CONSOLO, *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del «giusto» processo civile anche «collettivo»*, in *Resp.*, 2004, 655 ss., opera antecedente all'introduzione dell'azione di classe in Italia, per una disamina sull'opportunità di introdurre una tutela di tipo collettivo nel nostro ordinamento ai fini di garantire l'efficienza del sistema di giustizia civile.

<sup>6</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 23 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 719; G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno e class action*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 31 ss. Inoltre G. CARUSO, *op. loc. cit.*, identifica tale finalità con la nozione di «esternalità positive» dell'azione di classe. V. anche COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165def.

risulta essere gravato dell'onere di provare i suoi elementi essenziali (ossia, fatto illecito, elemento soggettivo, danno ingiusto e nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno)<sup>7</sup>. Nell'ambito delle azioni di classe, detto onere probatorio può essere più o meno gravoso a seconda che si tratti di azioni *follow-on* o *stand alone*<sup>8</sup>. Nel primo caso, l'attore è in grado di provare più agevolmente la responsabilità dell'impresa convenuta poiché ha la possibilità di avvalersi sia delle prove acquisite in sede amministrativa sia dell'efficacia vincolante di accertamento del provvedimento dell'AGCM non impugnato o della sentenza amministrativa passata in giudicato<sup>9</sup>. Nel secondo caso, invece, l'onere probatorio può essere piuttosto gravoso (si parla infatti a tale proposito di «prova diabolica»<sup>10</sup>) poiché gli illeciti *antitrust* sono per definizione dotati del carattere della segretezza (si pensi, ad esempio, ai cartelli tra imprese) e perciò gli elementi probatori idonei a comprovare la fondatezza della domanda risarcitoria risultano essere spesso detenuti dalla controparte o comunque da terzi. Per ovviare a tali problematiche, come si vedrà, il d.lgs. n. 3/2017 e la nuova disciplina dell'azione di classe, di cui alla l. n. 31/2019, hanno introdotto dei meccanismi finalizzati a temperare le difficoltà probatorie riscontrabili dai soggetti privati, riequilibrando le posizioni processuali delle parti e ponendo in capo dell'impresa convenuta oneri e obblighi peculiari.

#### 1.1. L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons.: i profili generali della precedente disciplina e il limitato perimetro della sua applicazione

Le azioni collettive risarcitorie hanno avuto origine negli Stati Uniti. Al giorno d'oggi queste rappresentano uno strumento processuale ben radicato e fortemente diffuso nella prassi nordamericana<sup>11</sup>. Diversamente, le *class actions*, sia a livello nazionale che negli altri Stati europei, sono state introdotte soltanto in epoca recente e allo stato attuale non hanno ancora riscontrato particolare successo a causa della loro inadeguata disciplina legislativa e delle numerose difficoltà pratiche a cui sono andate incontro<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp.*, 2017, 954 ss.

<sup>8</sup> M. FAZZARI, *Private enforcement antitrust e nuova azione di classe ex l. n. 31/2019*, in *Salvis Juribus*, 2020 e A. BERNES, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. art. 7, d.lgs. n. 3/2017.

<sup>10</sup> A. BERNES, *op. cit.*

<sup>11</sup> Cfr. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, 20 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action: dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Torino, 2019, 13 ss. V. anche N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 171 ss.

<sup>12</sup> V. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 26 ss. per un'analisi dei c.dd. modelli tenui di tutela contro gli illeciti di massa e sul ritardo del legislatore comunitario nel processo di uniformazione della tutela collettiva. Cfr. anche la Raccomandazione 2013/396/UE, datata 11 giugno 2013, della Commissione Europea contenente una serie di principi comuni nei meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione. Si tratta della prima fonte di derivazione europea che affronta il tema del *collective redress*. Inoltre, v. C. VADALA, *Azione collettiva e private enforcement antitrust*, in *www.diritto.it*, 2020 (16.06.2021). Per un'analisi comparatistica delle azioni di classe negli altri Stati membri dell'Unione Europea, v. G. SCARCHILLO, *op. cit.*, 63 ss. in relazione a Spagna, Francia, Germania, Svezia e Austria. Per una trattazione di carattere comparativo, v.

L'azione di classe all'interno del nostro ordinamento giuridico ha trovato la sua originaria disciplina nel codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) *sub art. 140-bis*, norma introdotta prima ad opera della legge finanziaria del 2008 e poi rinnovata con la l. n. 99/2009<sup>13</sup>. L'introduzione dell'azione di classe in Italia ha rappresentato il frutto di un complesso percorso legislativo che tuttavia non pare essersi concluso, nonostante la recente entrata in vigore della l. n. 31/2019 recante la nuova *class action*<sup>14</sup>. Basti pensare che nel dicembre 2020 è stata approvata la Direttiva UE/2020/2018 che introduce per la prima volta un'azione di classe rappresentativa europea, avente sia natura risarcitoria che inibitoria, volta a realizzare il c.d. «*New Deal for Consumers*»<sup>15</sup>. Molti infatti ritengono che per effetto di tale approdo del legislatore europeo, unitamente alla inevitabile «*futura architettura di un diritto processuale*» europeo, la recentissima *class action* italiana potrebbe essere messa nuovamente in discussione, poiché si renderebbe necessario introdurre delle modifiche legislative alla tutela collettiva<sup>16</sup>.

L'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* c.cons. aveva ad oggetto l'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta e la condanna al

---

anche C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo Class Action: L'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, 1 ss.; P. F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe: un nuovo procedimento collettivo*, Milano-Padova, 2019, 10 ss.; C. SILVESTRI, *La tutela collettiva in Europa: la action de groupe francese*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 219 ss.; G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012, 59 ss.

<sup>13</sup> Per una trattazione estensiva dell'azione di classe così come disciplinata all'art. 140-*bis*, c.cons., v. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 59 ss.; C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *op. cit.*; T. FEBBRAJO, *op. cit.*, 11 ss.; E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012; A. GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: Profili processuali*, cit.; S. BRAZZINI, P. MUIÀ, *op. cit.*, 2 ss.; M. TAVASSI, *L'applicazione delle regole della concorrenza in Italia e nell'Unione: Le azioni di classe in Italia*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 331 ss.

<sup>14</sup> Cfr. N. SOLDATI, *La class action come strumento di reazione collettiva a tutela del consumatore nei settori bancario ed assicurativo*, in *Dir. e giustizia*, 2014, 1 ss. il quale offre una disamina sull'evoluzione storica della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e sull'introduzione dell'azione di classe. V. anche C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 37 ss.; G. SCARCHILLO, *op. cit.*, 107 ss. e P. MAZZINA, *Verso una nuova azione di classe: compatibilità costituzionale di un modello in continua evoluzione*, in *De Justitia*, 2020 per un'analisi del percorso di avvicinamento italiano all'azione di classe. Inoltre, C. IURILLI, *Interessi superindividuali e danno collettivo*, Milano, 2016, 2 ss. e 170 ss. ripercorre la genesi storica e il percorso evolutivo nel nostro ordinamento della dimensione superindividuale degli interessi a struttura collettiva (tra cui gli interessi collettivi e diffusi), soffermandosi sul traguardo dell'introduzione dell'azione di classe in Italia.

<sup>15</sup> Per una trattazione più approfondita della disciplina di cui alla Direttiva UE/2020/1828 e delle sue possibili ripercussioni sulla tutela collettiva in Italia si rinvia a: M. BONA, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: la direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.; E. DALMOTTO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: Note introduttive sull'evoluzione della tutela del consumatore tra UE e Covid*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.; E. BENVENUTI, *La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. dir. int. proc.*, 2020, 583 ss.; G. PAILLI, *Unione Europea e azione di classe: la grande assente*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 237 ss.

<sup>16</sup> M. BONA, *op. cit.*, 227.

risarcimento del danno e alle restituzioni. Tale disposizione individuava una forma di tutela collettiva dal perimetro fortemente circoscritto.

In particolare limitava la legittimazione ad agire a singoli consumatori e utenti, i quali potevano scegliere di conferire apposito mandato ad associazioni di consumatori (si pensi ad esempio a *Codacons* o *Altroconsumo*). Tali associazioni non godevano di legittimazione propria e dunque non potevano esercitare il diritto fatto valere in giudizio per conto dei componenti della classe.

L'azione collettiva risarcitoria poteva essere esperita per tutelare i «diritti individuali omogenei», ossia una pluralità di diritti individuali sorti per effetto del medesimo illecito *antitrust* commesso dalla stessa impresa e per cui la quantificazione del risarcimento del danno sarebbe effettuabile secondo criteri omogenei<sup>17</sup>.

Inoltre, l'art. 140-*bis* cit., sempre secondo una *ratio* di tipo restrittivo, tipizzava i casi in cui era possibile esperire l'azione di classe, con la conseguenza che nelle ipotesi che non ricadevano all'interno di tali categorie l'azione collettiva non trovava applicazione e i soggetti privati non avrebbero potuto garantire di una tutela giurisdizionale collettiva. Nello specifico, l'azione tutelava: (i) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. (diritti di origine contrattuale); (ii) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale (danni da prodotti difettosi); e (iii) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali (danni da illeciti *antitrust*, qui in oggetto).

Il procedimento dell'azione di classe consumeristica seguiva le regole del rito ordinario e si articolava in più fasi.

La prima fase era quella preliminare del giudizio di ammissibilità dell'azione, in cui il tribunale decideva con ordinanza, reclamabile dinnanzi alla corte d'appello. La dichiarazione di inammissibilità dell'azione era prevista in quattro ipotesi: (i) quando la domanda è manifestamente infondata; (ii) quando sussiste un conflitto di interessi; (iii) quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili con l'azione di classe; e (iv) quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

La seconda fase era quella della trattazione e della decisione nel merito della causa. Nei casi di fondatezza nel merito della domanda, il giudice accertava la responsabilità dell'impresa convenuta e la condannava al risarcimento del danno, liquidando in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o, in alternativa, stabiliva il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In tale seconda ipotesi il giudice assegnava un termine non superiore a 90 giorni affinché le parti raggiungessero un accordo sulla liquidazione del danno. Scaduto infruttuosamente detto termine, ciascuna parte poteva chiedere

---

<sup>17</sup> App. Milano, 3 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, con nota di A. GIUSSANI, *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli «diritti omogenei»*. V. anche R. CAPONI, *Tra class action e conciliazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, 801 ss.

al giudice di provvedere alla liquidazione di quanto dovuto ad ogni consumatore che ha proposto l'azione o che vi ha aderito.

L'adesione all'azione di classe non rendeva l'aderente parte del giudizio (che rimaneva dunque terzo) e comportava la rinuncia a ogni altra azione risarcitoria o restitutoria fondata sul medesimo titolo (salvo il caso di chiusura anticipata del processo). L'adesione da parte dei soggetti interessati doveva avvenire unicamente entro il termine perentorio fissato dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità.

In questo senso, l'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* cit. prevedeva un sistema di *opt-in*, il quale in generale presuppone che i singoli componenti della classe aderiscano esplicitamente all'iniziativa processuale collettiva. Tale sistema si distingue dal meccanismo di *opt-out*, presente ad esempio negli Stati Uniti, in cui tutti i diritti lesi dalla condotta illecita di un'impresa sono dedotti in giudizio dal rappresentante della classe e il singolo componente della classe subisce automaticamente gli effetti della sentenza, salvo che si adoperi attivamente per essere escluso dal novero dei soggetti destinatari della stessa.

L'ordinanza di ammissibilità stabiliva anche i termini e le modalità con cui la pubblicità doveva essere eseguita dall'attore, il quale dunque risultava essere gravato di tale notevole onere, affinché i soggetti appartenenti alla classe potessero venire a conoscenza del procedimento giudiziale.

In aggiunta, l'art. 140-*bis* c.cons. attribuiva al giudice civile la facoltà di sospendere il procedimento nel caso in cui fosse pendente un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio dinnanzi al giudice amministrativo avente ad oggetto i medesimi fatti rilevanti ai fini della decisione sull'azione di classe. Ai fini della sospensione, non erano dunque necessarie né l'identità delle parti del giudizio né particolari elementi dell'azione. La sospensione, facoltativa e discrezionale, poteva essere disposta fino alla conclusione dell'istruttoria o fino al passaggio in giudicato della sentenza amministrativa.

## 1.2. L'insuccesso dell'azione di classe consumeristica: riflessioni sulle ragioni delle difficoltà applicative della disciplina di cui all'art. 140-*bis* c.cons.

La *class action* di cui all'art. 140-*bis* c.cons. non ha riscontrato grande successo<sup>18</sup> e per tale ragione il legislatore ha di recente introdotto una nuova disciplina con la legge n. 31/2019, che, ai sensi dell'art. 26, d.lgs. n. 149/2020 (c.d. decreto ristori *bis*), è entrata in vigore il 19 maggio 2021.

---

<sup>18</sup> Cfr. J. NISTICÒ, *Nuova class action: verso una (auspicata) maggiore effettività del private enforcement antitrust e non solo*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2020 (16.06.2021); M. CARPAGNANO, *Perché le azioni di classe vengono dichiarate (spesso) inammissibili*, in [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu) (19.06.2021); M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 4 ss. Per una riflessione sui numeri scoraggianti delle azioni di classi incardinate e decise nel merito, v. F. DE DOMINICIS, *I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 284 ss.

Le ragioni dell'insuccesso dell'azione di classe sono plurime<sup>19</sup>.

Anzitutto, rileva la poca dimestichezza con questo nuovo strumento collettivo da parte dei giudici<sup>20</sup> ma soprattutto dei promotori delle *class actions*. Da un lato, vi sono state grosse difficoltà per i consumatori e le loro associazioni nella proposizione delle domande risarcitorie, che sino ad oggi hanno spesso avuto scarsa tenuta giuridica. Dall'altro lato, i promotori delle azioni di classe non sono stati in grado di predisporre strutture organizzative e gestionali adeguate allo strumento collettivo di massa, che inevitabilmente necessita di attività di coordinamento e gestione di una moltitudine di soggetti, anche per ragioni di natura economica.

Una questione pregnante è infatti risultata essere quella dell'impossibilità per la classe di sostenere gli enormi costi finanziari relativi all'esperimento di una *class action* a causa della mancanza di finanziamenti e del *budget* limitato di cui dispone. A titolo esemplificativo, tali costi includono: (i) l'istaurazione e la facilitazione delle comunicazioni con la potenziale classe; (ii) l'adempimento degli oneri pubblicitari; (iii) la sopportazione dei costi per il lavoro svolto dagli ausiliari del giudice ai fini della digitalizzazione e catalogazione delle adesioni; (iv) il sostenimento delle spese legali e processuali; e (v) il sostenimento dei costi inerenti all'espletamento della fase istruttoria e ad eventuali consulenze tecniche<sup>21</sup>.

Inoltre, si sono riscontrate problematiche connesse al rapporto di mandato tra i consumatori e l'associazione rappresentativa al fine della promozione dell'azione<sup>22</sup>. In particolare, in giurisprudenza si sono registrate posizioni contrastanti circa la natura del rapporto di mandato. Alcune pronunce hanno negato che la rappresentanza processuale potesse essere disgiunta da quella sostanziale, con la conseguenza che il conferimento della mera rappresentanza senza il potere di disporre del diritto controverso avrebbe reso la domanda inammissibile<sup>23</sup>. Al contrario, altre pronunce successive hanno ritenuto ammissibile che i consumatori conferissero la mera rappresentanza processuale alle associazioni, in quanto la finalità del mandato era quella di offrire ausilio tecnico-organizzativo nella gestione della controversia (e non di disporre dei diritti sostanziali dedotti in giudizio)<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Si rinvia interamente a F. DE DOMINICIS, *op. cit.* 261 ss. per una disamina dei casi pratici che esprimono le forti difficoltà nell'applicazione dell'azione di classe.

<sup>20</sup> Cfr. R. SIMONE, *Aspetti culturali e applicativi della class action*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 111 ss. per una riflessione circa la necessità che i giudici mutino il proprio approccio per assicurare una maggiore implementazione ed effettività della tutela collettiva.

<sup>21</sup> Per una disamina generale sui costi connessi alle domande risarcitorie derivanti da illeciti *antitrust*, cfr. S. BASTIANON, *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 137 ss.

<sup>22</sup> B. ZUFFI, *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte I - Le azioni di classe nella prospettiva dei proponenti in generale*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 368 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Torino, 7 aprile 2011; Trib. Torino, 31 ottobre 2011; Trib. Roma, 25 giugno 2012.

<sup>24</sup> V. App. Torino, 23 settembre 2011; App. Torino, 11 gennaio 2012. Diverse sentenze hanno precisato che la legittimazione ad agire spettava solo al consumatore: Trib. Roma, 11

Peraltro la giurisprudenza ha oscillato anche nell'interpretazione delle condizioni di accertamento dell'ammissibilità dell'azione di classe, con la conseguenza che non vi è stata un'applicazione del diritto uniforme e che un gran numero di azioni di classe sono state dichiarate inammissibili<sup>25</sup>.

Tali divergenze applicative hanno contribuito a creare una forte incertezza del diritto, soprattutto in relazione ad uno strumento processuale che, se pur di recente introduzione, risultava (e tutt'oggi risulta) essere di estrema importanza.

Da ultimo, si ricorda che il giudice, nell'ordinanza di ammissione dell'azione di classe, fissava i termini e le modalità della più opportuna pubblicità ai fini dell'adesione del più ampio numero di soggetti appartenenti alla classe. Nondimeno, nella prassi, i giudici hanno spesso adottato soluzioni datate, costose e poco efficaci, come ad esempio la pubblicazione dell'estratto dell'ordinanza sui quotidiani cartacei nonché sull'Albo del Comune.

### 1.3. L'introduzione di una nuova *class action* a carattere generale: un quadro generale della disciplina di cui alla l. n. 31/2019

La nuova *class action* introdotta dalla l. n. 31/2019 ha trovato *sedes* nel codice di procedura civile, in un apposito nuovo titolo VIII-*bis* (rubricato «procedimenti collettivi»), agli artt. 840-*bis*-840-*sexiesdecies*. La legge n. 31/2019 ha quindi espressamente abolito l'art. 140-*bis* c.cons.<sup>26</sup>.

La necessità di ridisegnare nuovamente l'azione di classe a distanza di soli dieci anni dall'ultima riforma è da individuarsi principalmente nella volontà di emanciparla dalle strettoie del settore consumeristico e di garantire la sua effettività sotto più punti di vista<sup>27</sup>.

Per effetto della l. n. 31/2019, la *class action* si configura oggi come un rimedio a carattere generale in quanto esperibile non più soltanto da consumatori e utenti, ma genericamente dai componenti della classe. Invero, ai sensi dell'art. 840-*bis* c.p.c., la legittimazione attiva viene estesa anche alle persone fisiche o giuridiche che in precedenza non avevano accesso alla tutela collettiva, tra cui, ad esempio, figurerebbero professionisti, imprese (si pensi ai concorrenti attuali o potenziali ovvero agli acquirenti e fornitori dell'impresa convenuta), investitori, azionisti, lavoratori nonché le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari includono la tutela dei diritti dei componenti della classe (quest'ultimi sono pertanto dotati di legittimazione attiva in proprio)<sup>28</sup>. Legittimate passive sono invece imprese ovvero enti gestori di servizi pubblici o

---

aprile 2011; Trib. Roma, 25 giugno 2012; Trib. Milano, 8 novembre 2013; Trib. Roma, 14 gennaio 2014.

<sup>25</sup> Sul punto v. F. DE DOMINICIS, *op. cit.*, 268 ss.

<sup>26</sup> Ex art. 2, l. n. 31/2019. V. G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 123 ss. e C. BIASIOR, *La nuova azione di classe*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 145 ss.

<sup>27</sup> Cfr. C. ANDREUCCIOLI (a cura di), *Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 844 e n. 583*, novembre 2018.

<sup>28</sup> V. S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp.*, 2020, 40 ss. per una riflessione della tutela di utenti e consumatori in ambito pubblicistico a seguito dell'entrata in vigore della nuova azione di classe.

di pubblica utilità, in relazione alle condotte poste in essere nello svolgimento della loro attività.

Anche l'ambito di applicazione oggettivo della tutela collettiva risulta essere esteso, in quanto non più tipizzato in tre tipologie di illecito come *sub art. 140-bis* c.cons. La nuova disciplina infatti permette di dedurre in giudizio rapporti sostanziali non tipizzati (l'art. 840-*bis*, comma 3, c.p.c. si riferisce genericamente ad «atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività»), che possono concernere l'ambito della responsabilità civile precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale. Inoltre, nonostante non vi sia alcun dato normativo in questo senso, risulta essere ormai pacifico sia in giurisprudenza che in dottrina che le condotte censurate in sede di *private enforcement antitrust* possano essere soltanto comportamenti dotati del carattere di plurioffensività<sup>29</sup> ovvero la perpetrazione di ripetuti atti o di condotte monooffensive<sup>30</sup>.

Data l'ampiezza dei criteri oggettivi e soggettivi che caratterizzano l'applicazione dell'azione di classe, si ritiene che il vero criterio di determinazione dell'ambito di operatività è da individuarsi nell'omogeneità dei diritti individuali (cfr. art. 840-*bis*, comma 1, c.p.c.). Taluni autori lo individuano come sostanzialmente l'«unico criterio di selezione del contenzioso»<sup>31</sup>. A questo proposito, assume quindi una rilevanza centrale l'interpretazione del concetto di omogeneità dei diritti, in quanto il legislatore del 2019 non ha provveduto ad offrirne una definizione legale nonostante già in occasione dell'entrata in vigore dell'azione di classe ex art. 140-*bis* c.cons. fossero state riscontrate numerose difficoltà interpretative dalla giurisprudenza nonché posizioni divergenti in dottrina<sup>32</sup>.

In altre parole, i diritti soggettivi tutelabili mediante l'azione di classe possono essere fatti valere in giudizio anche individualmente da soggetti (identificati o identificabili) e dipendono dal medesimo illecito plurisoggettivo. In questo senso, è evidente quale sia il vantaggio di una *class action*: questa permette di aggregare in un unico giudizio una pluralità di situazioni individuali esercitate cumulativamente e tra di loro omogenee nei confronti delle medesime imprese, le quali hanno perpetrato condotte diffusamente lesive.

Anche nel vigore della nuova legge, l'oggetto del giudizio rimane l'accertamento della responsabilità dell'autore di una condotta lesiva e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Il rito dell'azione di classe segue la disciplina del procedimento sommario di cognizione (artt. 702-*bis* e ss.), corredato però da una serie di correttivi, di cui

---

<sup>29</sup> Sul concetto di plurioffensività dell'illecito, v. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 23 ss. V. anche C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 205 ss.

<sup>30</sup> C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 12.

<sup>31</sup> R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 12.

<sup>32</sup> Si rinvia interamente a T. FEBBRAJO, *op. cit.*, 145 ss. per un esame del dibattito inerente alla nozione e portata applicativa dell'omogeneità dei diritti ex art. 140-*bis* c.cons. V. anche R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 11 ss. e E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 208 ss.

si tratterà nel presente lavoro<sup>33</sup>. Ad ogni modo, si rileva come il rito sommario di cognizione sia caratterizzato da elementi, quali l'informalità e la natura sommaria dell'istruttoria, che consentono di ottenere una celere definizione del giudizio. Nondimeno, tali caratteristiche non sembrano essere compatibili con la natura maggiormente complessa dell'azione di classe rispetto alle azioni individuali, così come con la complessa natura dei fatti oggetto di accertamento in materia *antitrust* (si tratta invero di infrazioni che comportano non solo valutazioni di carattere meramente fattuale e giuridico, ma anche tecnico-scientifico)<sup>34</sup>.

La nuova azione di classe si propone con ricorso. Nella specifica ipotesi di violazione del diritto della concorrenza (nazionale o europeo), la competenza esclusiva appartiene alle sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli<sup>35</sup>.

Il procedimento di fronte al giudice di primo grado viene suddiviso in tre fasi (invece che due, come *sub art. 140-bis c.cons.*).

La prima fase è quella «filtro» di ammissibilità dell'azione di classe. Ai sensi dell'art. 840-*ter*, comma 4, c.p.c., i requisiti di ammissibilità dell'azione rimangono gli stessi quattro previsti anche dall'art. 140-*bis c.cons.*<sup>36</sup>. Il Tribunale si pronuncia con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello<sup>37</sup>. Nel caso in cui l'azione sia dichiarata ammissibile, il Tribunale definisce la classe del caso di specie (e dunque individua i caratteri dei diritti individuali omogenei oggetto del giudizio e specifica quali sono i criteri di inclusione nella classe) e fissa un termine perentorio (non inferiore a 60 giorni e non superiore a 150 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza) entro cui i soggetti interessati possono aderire<sup>38</sup>. Anche ai sensi della nuova disciplina, il giudice ha la facoltà di sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo (art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c.).

---

<sup>33</sup> C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.: Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Quotidiano Giuridico*, 2019; A. D. DE SANTIS, *Il procedimento*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 63 ss.

<sup>34</sup> Cfr. G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust*, cit., 139 e C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit. V. anche A. CARRATTA, *La class action riformata: i nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 e C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., 725.

<sup>35</sup> *Ex art. 4, comma 1-ter*, d.lgs. n. 168/2003. Inoltre, ai sensi dell'art. 840-*quater c.p.c.*, le azioni di classe proposte *medio tempore*, ossia tra la presentazione del ricorso e i 60 giorni dalla sua pubblicazione, devono essere riunite a quella introdotta per prima.

<sup>36</sup> Art. 840-*ter*, comma 4, c.p.c.:

«La domanda è dichiarata inammissibile:

a) quando è manifestamente infondata;

b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840 bis;

c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;

d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.»

<sup>37</sup> *Ex art. 840-ter*, comma 7, c.p.c. In generale, sul tema dell'ammissibilità, v. P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 75 ss. e F. COSSIGNANI, *La class action riformata: l'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 2997 ss.

<sup>38</sup> *Ex art. 840-quinquies*, comma 1, c.p.c.

La seconda fase è dedicata alla trattazione e all'istruzione della causa. Una volta dichiarata l'ammissibilità dell'azione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, il giudice procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione che ritiene rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio (art. 840-*quinquies*, comma 2, c.p.c.). Come si vedrà, la fase istruttoria della *class action* presenta dei caratteri di specialità rispetto al rito ordinario, in ragione della volontà legislativa di colmare le asimmetrie informative tra i componenti della classe e le imprese resistenti e di temperare le difficoltà probatorie che gravano sui proponenti.

Ai sensi dell'art. 840-*sexies* c.p.c., con la sentenza di accoglimento dell'azione di classe<sup>39</sup>, il Tribunale: (i) decide in merito alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione non viene promossa da un'organizzazione o associazione legittimata; (ii) accerta che l'impresa resistente ha leso i diritti individuali omogenei con la condotta addebitatagli dal ricorrente; (iii) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei, specificando i requisiti necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti che possono aderire e stabilendo la documentazione che deve essere prodotta per fornire la prova della titolarità dei diritti; (iv) dichiara aperta la procedura di adesione, fissando il termine perentorio per l'adesione (non inferiore a 60 giorni e non superiore a 150 giorni); (v) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; (vi) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare; (vii) determina il fondo spese che gli aderenti hanno l'onere di versare per poter aderire all'azione, qualora necessario.

Con la finalità di incentivare le adesioni da parte dei componenti della classe, la nuova disciplina dell'azione di classe prevede l'utilizzo dello strumento telematico ai fini della pubblicità sia del ricorso introduttivo che dell'ordinanza di ammissibilità (o inammissibilità) dell'azione<sup>40</sup>. Si tratta infatti di un'area pubblica di servizi telematici gestiti dal Ministero della Giustizia, nella quale è presente il fascicolo informatico e i membri della classe aderiscono all'iniziativa collettiva e producono il relativo materiale probatorio in giudizio<sup>41</sup>.

Ulteriore effetto di tale forma di pubblicità risulta essere quello di rendere inammissibili nuove *class actions* sui diritti nascenti dai medesimi fatti una volta trascorsi 60 giorni dalla pubblicazione e sempre che il ricorso non venga dichiarato inammissibile<sup>42</sup>.

La terza fase si apre con la pronuncia della sentenza di accoglimento della domanda ed è finalizzata alla proposizione, entro il termine perentorio indicato dalla sentenza, della opzione di adesione da parte di coloro i quali non l'abbiano presentata a seguito dell'ordinanza di ammissibilità. Secondo la nuova disciplina, infatti, i componenti della classe hanno la facoltà di aderire all'iniziativa in due finestre temporali, ossia dopo l'emanazione dell'ordinanza di

---

<sup>39</sup> Cfr. P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 128 ss., il quale evidenzia le lacune legislative con riguardo alla sentenza di accoglimento e alla sua efficacia di accertamento della lesione di diritti individuali omogenei da parte del resistente.

<sup>40</sup> Art. 840-*ter*, commi 2 e 5, c.p.c. V. C. CONSOLO, M. STELLA, *La nuova azione di classe non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 4.

<sup>41</sup> Art. 840-*septies* c.p.c.

<sup>42</sup> Art. 840-*quarter* c.p.c.

ammissibilità (ma prima dell'avvio dell'istruttoria) e dopo che è stata pronunciata la sentenza che accerta la violazione e condanna l'impresa convenuta al risarcimento del danno o alla restituzione dell'indebitato. In questa fase, il giudice delegato, nominato con la sentenza di accoglimento, accerta i diritti individuali risarcitori fatti valere dagli aderenti. La legge attribuisce, in via esclusiva, al rappresentante comune il potere di rappresentanza dei membri della classe aderenti ai fini l'esercizio dei diritti risarcitori individuali dei membri della classe.

Entro 120 giorni dalla scadenza del termine per le adesioni, l'impresa resistente ha la facoltà di depositare una memoria, in cui prende posizione sui fatti dedotti a fondamento della domanda di ciascun aderente, eccettuando eventuali fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere. Entro novanta giorni dal termine per il deposito di questa memoria, il rappresentante comune degli aderenti predispone il progetto dei diritti individuali omogenei, individuando per ciascun aderente le proprie motivate conclusioni. L'impresa resistente e gli aderenti hanno la facoltà di depositare osservazioni scritte e documenti integrativi entro trenta giorni dalla comunicazione del progetto. Entro sessanta giorni, il rappresentante comune apporta le eventuali variazioni al progetto e lo deposita nel fascicolo istruttorio.

Il giudice delegato si pronuncia sulle domande degli aderenti con decreto motivato, opponibile dinanzi al tribunale<sup>43</sup>. Il procedimento di verifica della titolarità dei diritti degli aderenti è di tipo sommario. Peraltro l'art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c. stabilisce che l'unico mezzo di prova ammesso sia la prova documentale, anche se da altre disposizioni della nuova disciplina pare che l'aderente possa avvalersi di ulteriori mezzi di prova, tra cui la prova testimoniale scritta, le presunzioni semplici e la non contestazione da parte dell'impresa resistente dei fatti allegati in giudizio<sup>44</sup>.

Con detto decreto, il giudice: (i) regola le domande degli aderenti e, ove accolte in tutto o in parte, condanna l'impresa resistente al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento e all'esecuzione delle eventuali restituzioni; (ii) condanna l'impresa resistente a corrispondere il compenso del rappresentante comune degli aderenti; (iii) condanna il resistente a pagare i compensi degli avvocati difensori del ricorrente dell'azione principale (incluso il c.d. compenso «premiale» ex art. 840-*novies* c.p.c.) e delle altre azioni di classe eventualmente riunite.

I capi condannatori del decreto relativi ai crediti riconosciuti in favore agli aderenti risultano essere provvisoriamente esecutivi, secondo una disciplina peculiare ed ambigua. Infatti, nonostante il legislatore preveda la provvisoria esecutorietà come carattere generale del decreto, i commi 2 e 3 dell'art. 840-*terdecies* c.p.c. stabiliscono che il decreto è provvisoriamente esecutivo per gli aderenti, ma questi potranno agire coattivamente per il recupero delle somme dovute soltanto quando il decreto è divenuto definitivo. Tale limitazione non vale per il rappresentante comune e per l'avvocato del ricorrente vittorioso<sup>45</sup>.

Ciascuno dei ricorrenti e dei resistenti può impugnare la sentenza che definisce il giudizio. Gli aderenti, non essendo parte del giudizio, possono

---

<sup>43</sup> Art. 840-*undecies* c.p.c.

<sup>44</sup> Sul punto, v. G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust*, cit. 145 ss. e P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 170 ss.

<sup>45</sup> P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 176 ss. critica fortemente tale previsione.

solamente impugnare la sentenza per revocazione qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 395 c.p.c. o quando la sentenza risulta essere effetto della collusione tra le parti (art. 840-*decies*, comma 2, c.p.c.)<sup>46</sup>.

Inoltre, il legislatore ha disciplinato sia la possibilità dello spontaneo adempimento da parte del resistente (art. 840-*duodecies* c.p.c.) sia il caso del recupero coattivo delle somme dovute ai membri della classe (art. 840-*terdecies* c.p.c.). In tale seconda ipotesi, qualora il credito in questione sia degli aderenti, il rappresentante comune degli aderenti è l'unico soggetto legittimato all'azione esecutiva (con espressa esclusione della legittimazione personale del singolo aderente). La legittimazione esclusiva si estende anche agli eventuali giudizi di opposizione.

A questo proposito, si pone un problema di applicabilità ed effettività della tutela collettiva<sup>47</sup>. La fase di esecuzione dell'azione di classe infatti risulta essere piuttosto complessa, in ragione della pluralità delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio. La nuova disciplina, oltre a riservare la determinazione del *quantum* non più al giudice (che ai sensi dell'art. 140-*bis* c.cons. aveva un ruolo essenziale in tale circostanza) ma al rappresentante comune degli aderenti<sup>48</sup>, prevede che il risarcimento del danno venga commisurato sul singolo individuo<sup>49</sup>. Dunque, dalla previsione per cui nell'ambito di un'azione di classe il *quantum* del risarcimento del danno è individuale, derivano forti difficoltà applicative della disciplina collettiva, le quali inevitabilmente la rendono meno effettiva e perciò meno attrattiva<sup>50</sup>.

Infine, si ricorda che la l. n. 31/2019 ha affiancato all'azione collettiva risarcitoria di carattere generale l'azione inibitoria collettiva, regolata dall'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., per la cui trattazione si rinvia alla più recente dottrina<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Per una trattazione più approfondita del tema delle impugnazioni delle sentenze e, più specificatamente, del problema del rito e dei termini applicabili in appello, v.R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 199 ss. e P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 137 ss.

<sup>47</sup> S. AZZARELLO, *La c.d. «terza fase» dell'azione di classe: dalla nomina del rappresentante comune al decreto di liquidazione delle somme spettanti agli aderenti*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 85 ss. e F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 179 ss.

<sup>48</sup> P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 187 ss. sulla necessità di assicurare una sollecita conclusione della procedura di adesione e sul ruolo del giudice dell'esecuzione.

<sup>49</sup> Per un approfondimento del tema della fase esecutiva della nuova azione di classe, v. B. ZUFFI, *L'esecuzione «collettiva» nella nuova disciplina della class action*, in M. DE CRISTOFARO, M. PILLONI (a cura di), *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Torino, 2020, 47 ss.

<sup>50</sup> Sulla necessità di semplificare la fase esecutiva dell'azione di classe, v. C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 27, che propone di fissare un *cap*, ossia la previsione secondo cui attraverso l'adesione sia possibile ottenere al massimo solo un certo ammontare. V. in senso critico anche A. CARRATTA, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>51</sup> Cfr. I. PAGNI, *La class action riformata: L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; M. STELLA, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Quotidiano Giuridico*, 2020; D. AMADEI, *La nuova azione*

#### 1.4. I profili di indagine della nuova *class action* nel presente lavoro ai fini della valutazione della sua effettività

Occorre sottolineare che il presente lavoro si occuperà di considerare taluni profili della nuova azione di classe, nonostante vi siano numerosi aspetti interessanti e meritevoli di altrettanta considerazione, con la finalità di verificare se l'innovazione legislativa in questione renda la *class action* italiana uno strumento di *private enforcement* efficace ed incisivo, idoneo a configurarsi come possibile meccanismo preferenziale ai fini della tutela giurisdizionale dei soggetti privati davanti al giudice ordinario. Nello specifico, i profili di interesse nella presente trattazione saranno i seguenti: (i) la legge applicabile nel tempo in materia di azione di classe nell'ambito del *private enforcement antitrust* (§2); (ii) la legittimazione ad agire nella *class action*, il meccanismo dell'adesione nell'attuale sistema di *opt-in*, nonché i sistemi alternativi di *class actions* previsti in altri ordinamenti dall'*opt-out* puro ai modelli ibridi (§3); (iii) i meccanismi di rafforzamento della fase istruttoria introdotti dalla l. n. 31/2019 (§4); (iv) il problema del compenso difensori della classe in relazione al c.d. modello imprenditoriale della rappresentanza (§5); ed infine (v) gli accordi di conciliazione e le transazioni collettive di cui alla l. n. 31/2019 (§6).

#### 2. L'annosa questione della legge applicabile nel tempo in materia di *class actions*, con specifico riguardo alle ipotesi di *private enforcement antitrust*

Il primo tema oggetto di indagine è quello della legge applicabile in relazione alle azioni di classe esperite ai fini del *private enforcement antitrust*.

L'art. 7, comma 2, l. n. 31/2019, statuisce che «le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore», specificando che «alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore». In altre parole, con specifico riguardo al *private enforcement antitrust*, le azioni di classe aventi ad oggetto le condotte anticoncorrenziali poste in essere prima del 19 maggio 2021 seguirebbero la disciplina di cui all'art. 140-*bis* c.cons. mentre soltanto quelle consumate successivamente ricadranno nell'ambito di applicazione del nuovo titolo VIII-*bis* c.p.c.<sup>52</sup>.

Alla luce dell'art. 7, comma 2, l. cit., emerge un problema fondamentale inerente alla successione delle leggi nel tempo poiché la maggior parte delle violazioni *antitrust* assumono il carattere dell'illecito permanente (che si distingue dall'illecito istantaneo ad effetti permanenti<sup>53</sup>) o comunque hanno carattere continuativo. Si pensi ad esempio ad un cartello formato da imprese

---

*inibitoria collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 229 ss.

<sup>52</sup> Cfr. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 31 ss.

<sup>53</sup> Sulla distinzione fra illecito permanente ed illecito istantaneo ad effetti permanenti, cfr. Cass., sez. un., 14 novembre 2011, n. 23763 che afferma che il primo caso sussiste quando si propongono nel tempo sia la condotta lesiva che la produzione del danno, mentre il secondo ricorre in presenza di illeciti caratterizzati da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti nel tempo.

che si accordano per adottare una condotta anticoncorrenziale (quale può essere la fissazione dei prezzi a discapito dei consumatori finali piuttosto che l'assunzione di comportamenti finalizzati ad escludere l'entrata in un dato mercato di potenziali concorrenti). Questi illeciti possono avere una lunga durata (anche pluridecennale)<sup>54</sup>, con la conseguenza che non sarebbe affatto agevole individuale se la legge applicabile sia quella del tempo in cui ha avuto luogo il primo evento lesivo (anche nel caso in cui la maggior parte dei successivi illeciti vengano commessi mentre è in vigore una legge emanata successivamente) ovvero la legge che ricopre il maggior lasso temporale della condotta illecita (si pensi sempre al caso in cui venga formato un cartello un anno prima dell'entrata in vigore dell'ultima innovazione legislativa e la condotta anticoncorrenziale venga protratta per diversi anni). Tale problema invece non si porrebbe nelle ipotesi in cui si susseguono una pluralità di illeciti ben distinguibili tra di loro e dunque sia univocamente applicabile la più recente legge soltanto rispetto agli illeciti commessi dopo la sua entrata in vigore.

La disposizione di cui all'art. 7, comma 2, l. n. 31/2019, adotta lo stesso meccanismo di diritto intertemporale applicabile previsto in occasione dell'entrata in vigore dell'azione di classe ex art. 140-bis c.cons. (cfr. art. 42, comma 2, l. n. 99/2009). Per tale ragione, i rilievi critici proposti dalla dottrina inerenti alla precedente disciplina risultano essere ancora oggi attuali e pertanto meritevoli di considerazione.

Nello specifico, diversi studiosi hanno evidenziato come tale soluzione sia lesiva del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. poiché scrimina tra soggetti privati che hanno subito la compressione di medesimi diritti, offrendo tutela collettiva soltanto a coloro i quali siano in grado di provare che la condotta illecita sia stata consumata posteriormente all'entrata in vigore della legge (in questo caso della l. n. 31/2019)<sup>55</sup>.

Un'ulteriore critica di carattere discriminatorio si potrebbe rivolgere in relazione ai consumatori/utenti che astrattamente potrebbero giovare della nuova disciplina collettiva maggiormente favorevole e garantista ma che a causa della collocazione temporale dell'evento lesivo sono tenuti ad agire in giudizio ex art. 140-bis c.cons.

Altro profilo problematico della soluzione in oggetto è rappresentato dalle inevitabili difficoltà in cui incorre la giurisprudenza nell'individuazione della legge applicabile e nella determinazione di quali siano i componenti della classe che hanno diritto ad ottenere tutela giurisdizionale in un dato giudizio<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 61 ss. che, con riferimento all'entrata in vigore dell'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis c.cons., affrontano in maniera puntuale il problema della consumazione degli illeciti pluri-offensivi prima dell'entrata in vigore della legge n. 99/2009. Nello specifico, sottolineano le difficoltà nell'accertamento della precisa collocazione cronologica dell'evento lesivo in relazione ad ogni componente della classe nelle ipotesi in cui la condotta illecita dell'impresa convenuta abbia avuto carattere continuativo o sia stata protratta in un arco temporale a cavallo della data di entrata in vigore.

<sup>55</sup> Per una trattazione complessiva del tema, v. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 61 ss. Con specifico riguardo alla violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. cfr. R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, 383 ss. S. MENCHINI, F. MOTTO, *L'art. 140-bis*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (22.06.2021) e A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15 ss. Più di recente anche M. FAZZARI, *op. cit.*

<sup>56</sup> V. App. Torino, 23 settembre 2011. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 33 offre un esempio di applicazione contrastante confrontando Trib.

Conseguenze di tali difficoltà sarebbero inevitabilmente l'incertezza e l'instabilità del diritto nelle corti italiane, oltre che problemi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 103 Cost.

Più di recente, alcuni autori hanno però sottolineato che le «condotte» a cui fa riferimento l'art. 7, l. n. 31/2019, «non devono essere considerate in modo atomistico, ovvero con specifico e puntuale riferimento ai singoli oggetti che potranno far valere i loro diritti nella fase di liquidazione, bensì in quella accezione omnicomprensiva che giustifica la scelta lessicale operata dal legislatore e che corrisponde alla natura collettiva dell'illecito»<sup>57</sup>. Secondo tale impostazione, dette condotte sarebbero le condotte plurioffensive comprendenti l'insieme degli illeciti posti in essere nei confronti della classe da considerarsi in maniera unitaria. Conseguentemente, qualora sia possibile individuare una classe di diritti individuali omogenei che trovano fondamento in una pluralità di illeciti reiterati nel tempo dall'impresa convenuta, dovrebbero comunque ritenersi applicabili le nuove disposizioni sull'azione di classe<sup>58</sup>. Tale interpretazione avrebbe il pregio di estendere una disciplina maggiormente favorevole a soggetti che verrebbero altrimenti esclusi dalla sua applicazione nonché di garantire maggiore stabilità all'iniziativa collettiva in quanto sarebbe più facilmente passibile del vaglio di ammissibilità.

Tuttavia, sarebbe necessario individuare più precisamente quali siano i limiti soggettivi, oggettivi e temporali di tale estensione ai fini di una più certa ed effettiva determinazione in sede giudiziale del *thema decidendum*. In questo senso, rimarrebbero aperte questioni quali, ad esempio, l'ammissibilità di una *class action* i cui legittimati attivi siano le imprese concorrenti di quella convenuta ovvero la possibilità di includere nel novero della «condotta plurioffensiva» di cui all'art. 7, l. cit., singoli eventi lesivi consumati molto tempo prima dell'entrata in vigore della legge. Ugualmente problematica sarebbe l'ipotesi in cui una data condotta veniva precedentemente considerata legittima e conforme alle norme *antitrust* e a cui soltanto successivamente, per effetto di un intervento giurisprudenziale o di un mutamento della prassi delle autorità indipendenti, le viene attribuito il carattere dell'illiceità.

Alla luce di tali osservazioni, risulta essere evidente che il problema della legge applicabile nel tempo in materia di azione di classe rimane aperto e, pertanto, è destinato a determinare a livello applicativo incertezze e divergenze interpretative anche in vigenza della nuova *class action* di cui alla l. n. 31/2019.

3. La legittimazione ad agire e il sistema di *opt-in* nell'odierna azione di classe attuato mediante il processo di adesione: riflessioni sulla portata ampliativa della l. n. 31/2019 e sull'adeguatezza del meccanismo di *opt-in* alla realizzazione del *private enforcement*

---

Roma, 11 aprile 2011 e Trib. Roma, 25 marzo 2011 con riguardo alla distinzione tra illecito permanente e ad effetti permanenti.

<sup>57</sup> V. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 34.

<sup>58</sup> Nel senso di estendere la nuova disciplina a tutte le azioni di classe introdotte dopo la sua entrata in vigore risulta essere anche C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit.

### 3.1. La legittimazione ad agire nella *class action*: cenni alla duplice portata innovativa della l. n. 31/2019

Un ulteriore tema oggetto di approfondimento nel presente lavoro è quello della legittimazione ad agire nella nuova *class action*. Come anticipato, il legislatore ha introdotto una duplice novità.

Ai sensi dell'art. 840-*bis* c.p.c., i soggetti legittimati attivi possono essere: (i) da un lato, tutti i soggetti titolari di diritti individuali omogenei che sono stati lesi dalla condotta del resistente e, (ii) dall'altro lato, qualsiasi organizzazione o associazione senza scopo di lucro, «i cui obiettivi statuari comprendano la tutela» di detti diritti individuali omogenei lesi, iscritta in un apposito elenco istituito presso il Ministero della Giustizia (ex art. 196-*ter* disp. att. c.p.c.). Pertanto il legislatore individua un sistema di legittimazione attiva concorrente fra singolo ed associazione/organizzazione che ricalca il tipico meccanismo di *class action* statunitense, secondo cui l'azione di classe è esercitabile anche da un singolo individuo che deduce in giudizio i diritti degli altri soggetti appartenenti alla classe ed è sottoposta ad un vaglio di ammissibilità (la c.d. *certification*<sup>59</sup>) da parte del giudice.

Ad ogni modo, si sottolinea che il potere di azione non appartiene esclusivamente a chi ha proposto l'azione di classe. Infatti, il legislatore disciplina espressamente l'ipotesi in cui il ricorrente venga a mancare, disponendo che gli aderenti possono sostituire la parte originaria per procedere con il giudizio (art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c.) e che, nel caso in cui nessun aderente si sostituisca al ricorrente, resta salvo l'esercizio diretto dell'azione (art. 840-*quater*, comma 3, c.p.c.).

In generale, l'istituto della legittimazione ad agire in materia di azione di classe viene ricondotto dalla dottrina alla disciplina della legittimazione straordinaria fondata su una «rappresentanza ideologica» tra il proponente e la classe<sup>60</sup>. Tale concetto delinea un nesso relazionale più elastico rispetto al tradizionale principio della corrispondenza tra diritto soggettivo e diritto individuale, in quanto la disciplina dell'azione di classe prevede che il proponente deve apparire in grado di «curare adeguatamente i diritti individuali omogenei» e non deve versare «in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente» (art. 840-*ter*, comma 4, c.p.c. sui requisiti di ammissibilità dell'azione di classe). Il concetto di rappresentanza ideologica consentirebbe pertanto di garantire una tutela processuale effettiva nell'ambito dell'azione di classe in cui, diversamente, la necessaria partecipazione di tutti i soggetti interessati renderebbe impraticabile una tutela di tipo collettivo. In questo senso, poi, si rileva che diversi autori superano il problema della legittimazione ad agire attribuendola direttamente alla classe che ha agito, mediante la figura del *class representative*<sup>61</sup> della pluralità dei diritti individuali dedotti in giudizio (e non già di interessi collettivi o diffusi)<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> *Inter alia*, v. G. SORICELLI, *op. cit.*, 39 ss. e S. LAMARCA, *Antitrust americano e antitrust europeo*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 27 ss.

<sup>60</sup> Non si tratta, infatti, dello schema tradizionale della sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c. Cfr. G. CARUSO, *op. cit.*

<sup>61</sup> Per *class representative* si intende il soggetto che esercita l'azione collettiva nell'interesse della classe stessa, a fronte della sussistenza di un interesse di tipo diffuso,

Inoltre, giova ricordare quale sia il rapporto tra l'azione di classe e l'azione individuale ordinaria. Anzitutto, l'art. 840-*bis*, comma 1, c.p.c. stabilisce che «i diritti individuali omogenei sono tutelabili *anche* attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo». Tale disposizione chiarisce che le due azioni si pongono in una relazione di stretta alternatività. In questo senso l'azione di classe si configura come uno strumento ulteriore ed aggiuntivo di tutela giurisdizionale dei diritti (in forza del principio di effettività, ex artt. 3, comma 2, e 24, comma 1, Cost.)<sup>63</sup>. Pertanto, da un punto di vista processuale, tra le due prevale l'iniziativa proposta per prima, con la conseguente inammissibilità della seconda. Le due domande in questo senso non si pongono in una relazione di pregiudizialità/dipendenza ma di identità<sup>64</sup>.

Tornando alle due innovative categorie di legittimati attivi, si evidenzia come, con riguardo prima categoria (*rectius*, ciascun soggetto titolare del diritto omogeneo dedotto in giudizio), la novità è rappresentata dal superamento della riserva della legittimazione ad agire soltanto in capo a consumatori ed utenti. Molti autori, a tal proposito, hanno accolto con favore la *de-consumerizzazione* della tutela collettiva e la conseguente acquisizione del carattere generale di tale strumento processuale<sup>65</sup>. L'ampliamento della sfera dei legittimati è stato valutato positivamente, poiché consente di includere nel novero dei soggetti tutelabili collettivamente anche altre vittime di illeciti plurisoggettivi che in vigenza della precedente disciplina non trovavano protezione, tra cui figurano, ad esempio, i soggetti inseriti nel ciclo produttivo o di distribuzione ovvero imprese concorrenti che cercano di entrare o di operare in maniera concorrenziale nel medesimo mercato nonché i lavoratori di una determinata impresa.

Rispetto alla seconda categoria (*rectius*, le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro), l'innovazione legislativa consiste nell'attribuzione della legittimazione diretta ad agire in capo ad associazioni e organizzazioni, che pare essere autonoma rispetto a quella di ciascun danneggiato. In questo senso, il legislatore ha cercato di offrire una soluzione univoca per superare i contrasti giurisprudenziali che si erano verificati sul tema, confermando una volta per tutte che l'associazione/organizzazione può essere promotrice *in iure proprio* dell'azione di classe<sup>66</sup>. Peraltro, secondo taluni

---

agendo in virtù di un proprio interesse (ad esempio se è un soggetto titolare del diritto leso e dedotto in giudizio) ovvero di un interesse di altri (questo è il caso in cui la *class action* viene incardinata da un ente o un'associazione rappresentativa). Cfr. G. GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2020 (19.06.2021).

<sup>62</sup> Sia gli interessi collettivi che gli interessi diffusi si configurano come interessi superindividuali poiché non sono riferibili ad un soggetto individuale. Gli interessi diffusi si riferiscono ad una pluralità di soggetti non previamente e autonomamente individuabili (una c.d. formazione sociale non organizzata) accomunati da un interesse ad un bene della vita condiviso. Gli interessi collettivi fanno, invece, capo ad un ente esponenziale di un gruppo non occasionale che può avere diversa natura giuridica. Per un approfondimento: C. IURILLI, *op. cit.*, 2 ss. e 170 ss.

<sup>63</sup> R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit. 25 ss.

<sup>64</sup> A. RONCO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe)*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.

<sup>65</sup> *Ex multis*, A. CARRATTA, *op. cit.*

<sup>66</sup> I. SPEZIALE, *op. cit.* e C. CONSOLO, M. STELLA, *op. cit.*, 3.

studiosi, a cui si rinvia<sup>67</sup>, tale legittimazione diretta porrebbe dubbi di compatibilità costituzionale.

### 3.2. Il mantenimento del sistema di *opt-in* in Italia: l'adesione ai sensi della l. n. 31/2019. La sopravvivenza dei problemi di efficienza della tutela collettiva e l'occasione persa di vera riforma della nuova disciplina collettiva

La l. n. 31/2019 mantiene di fatto un sistema di *opt-in*, in cui i proponenti non hanno il potere di dedurre automaticamente in giudizio i diritti di tutti i componenti della classe<sup>68</sup>. In questo senso, è necessario che i soggetti danneggiati dal medesimo illecito decidano di avvalersi dell'azione collettiva secondo le forme e le modalità prescritte dal procedimento di adesione.

Come già detto, la nuova disciplina prevede due finestre temporali per l'adesione dei membri della classe: la prima, antecedente all'ordinanza di ammissione dell'azione di classe, e la seconda, successiva alla sentenza di accoglimento<sup>69</sup>.

L'aderente non assume la qualità di parte e pertanto non può compiere atti processuali. Di conseguenza, non può impugnare i provvedimenti giudiziari (esclusi i casi di revocazione per i casi di cui all'art. 395 c.p.c. e nelle ipotesi di collusione delle parti) così come non può essere condannato al pagamento delle spese ovvero al risarcimento del danno in caso di lite temeraria. In sintesi, l'aderente gode di soli due diritti processuali: quello di accedere al fascicolo informatico e quello di ricevere tutte le comunicazioni ad opera della cancelleria<sup>70</sup>. L'adesione poi diventa inefficace in due ipotesi: quando l'aderente revoca il potere di rappresentanza conferito al rappresentante comune degli aderenti con la domanda di adesione<sup>71</sup>, e nel caso in cui l'aderente non abbia versato l'eventuale quota di fondo spese<sup>72</sup>. Peraltro, l'art. 840-*septies*, comma 6, c.p.c. *dispone* che la rappresentanza legale dell'avvocato non è necessaria per tutti gli aderenti, ma solamente per il ricorrente.

Inoltre, con specifico riguardo all'ipotesi di adesione *post sententiam* sorge una serie di problematiche.

Anzitutto, secondo alcuni studiosi tale forma di adesione allargherebbe notevolmente il numero di membri della classe e potrebbe determinare la

---

<sup>67</sup> R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 44-45.

<sup>68</sup> Peraltro la soluzione adottata dal legislatore secondo cui è possibile aderire anche successivamente alla sentenza di accoglimento si ispira apertamente alla riforma francese del 2014. Cfr. P. FIORIO, *op. cit.*

<sup>69</sup> Sull'opportunità e le ragioni a sostegno della previsione di due finestre temporali, v. P. FIORIO, *op. cit.*

<sup>70</sup> M. BOVE, *La class action riformata: l'aderente*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss. Peraltro alcuni studiosi sostengono che l'impossibilità per l'aderente di opporsi al decreto del giudice con la quale sia stata rigettata la domanda di adesione (*ex art. 840-octies*, comma 5, c.p.c.) sia in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. soprattutto in considerazione del fatto che il decreto non opposto acquista l'efficacia del giudicato, sulla base di una lettura congiunta degli artt. 840-*undecies*, comma 9, e 840-*quinquiesdecies*, comma 3, c.p.c. (cfr. A. D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, 640 ss. V. anche E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 76.).

<sup>71</sup> Cfr. art 840-*sexies*, ultimo comma, c.p.c.

<sup>72</sup> Cfr. art 840-*septies*, comma 7, c.p.c.

nascita di comportamenti opportunistici o di c.d. *free riding*<sup>73</sup>. Secondo altri, invece tale rischio non sussisterebbe in quanto chi aderisce *post sententiam*, al pari dell'aderente preventivo e nonostante sia più consapevole della fondatezza della domanda collettiva, è comunque tenuto a provare la titolarità del diritto individuale omogeneo e pertanto sarebbe comunque sottoposto al rischio di soccombenza<sup>74</sup>.

Ulteriori problematiche sorgono in relazione al tema dei limiti soggettivi e oggettivi del giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. In particolare, perché la nuova disciplina dell'azione di classe riconosce al solo aderente *post sententiam* una diversa estensione soggettiva del giudicato, ovvero *secundum eventum litis*, seppure temporalmente limitato<sup>75</sup>.

Rispetto ai limiti soggettivi del giudicato, la nuova disciplina assicura al soggetto che sia rimasto estraneo alle prime due fasi processuali dell'azione di classe di beneficiare solo dell'effetto positivo della possibilità di adesione (ossia degli effetti della sentenza di accoglimento) e non anche di quello negativo (cioè dell'efficacia preclusiva della sentenza di rigetto). Il legislatore invero disciplina soltanto il contenuto e gli effetti della sola sentenza di accoglimento (art. 840-sexies c.p.c.), mentre nulla dice con riguardo alla sentenza di rigetto<sup>76</sup>. Alla luce dei principi generali vigenti in materia processuale-civilistica, la sentenza di rigetto, una volta passata in giudicato, preclude al ricorrente e agli aderenti (preventivi) la possibilità di proporre nuovamente la medesima domanda rigettata. Tale preclusione si produrrebbe quindi soltanto per coloro i quali hanno aderito nell'ambito della prima fase di ammissibilità, mentre non varrebbe per gli altri soggetti titolari dei medesimi diritti individuali omogenei (che potenzialmente avrebbero potuto aderire ma non lo hanno fatto), con la conseguenza che questi potrebbero sempre proporre una nuova azione di classe avente ad oggetto la medesima condotta plurisoggettiva, facendo valere i medesimi diritti individuali omogenei, ovvero un'azione individuale ordinaria.

Rispetto ai limiti oggettivi del giudicato, invece, taluni autori criticano la circostanza che il legislatore non abbia nemmeno chiarito quale sia l'efficacia della sentenza di accoglimento per gli altri componenti della classe che non abbiano esercitato l'adesione (nemmeno *post sententiam*), nonostante la forte rilevanza pratica che tale questione assume<sup>77</sup>. Infatti, in assenza di una previsione espressa (quale ad esempio l'art. 1306 c.c.), non sarebbe possibile ammettere che nel successivo giudizio instaurato per ottenere l'accertamento del proprio diritto individuale, ciascun componente della classe che non abbia aderito all'iniziativa collettiva possa beneficiare del giudicato formatosi sulla

---

<sup>73</sup> Sul punto v. F. TEDIOLI, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium Iuris*, 2019, 1413 ss., C. CONSOLO, M. STELLA, *op. cit.*, 12 e G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, 306 ss. Inoltre, nello specifico, qui per *free rider* si intende colui il quale aderirebbe ad un'iniziativa collettiva in ragione del fatto che i costi a lui connessi risultano essere nulli o comunque esigui e con lo scopo unico di poter beneficiare di una possibilità di compensazione, nonostante non abbia un vero interesse all'azione ovvero il diritto vantato risulti essere manifestamente insussistente.

<sup>74</sup> I. SPEZIALE, *op. cit.*

<sup>75</sup> G. CARUSO, *op. cit.*

<sup>76</sup> A. CARRATTA, *op. cit.* e C. CONSOLO, M. STELLA, *op. cit.*, 3.

<sup>77</sup> Cfr. A. CARRATTA, *op. cit.* Una riflessione dello stesso tenore e fondata sull'analisi dell'art. 1306 c.c. viene proposta da A. RONCO, *op. cit.*, 226 ss.

sentenza collettiva<sup>78</sup>. In questo senso, le critiche mosse a tale impostazione concernenti il riconoscimento della possibilità di estendere oggettivamente la portata della sentenza collettiva anche a giudizi individuali successivi avrebbero l'effetto di mettere in discussione i principi sanciti dall'art. 2909 c.c. e di valorizzare il principio della relatività degli effetti della sentenza passata in giudicato<sup>79</sup>.

Secondo una diversa prospettiva, invece, l'impossibilità di estendere l'efficacia del giudicato sostanziale ad altri giudizi sarebbe ammissibile e compatibile con il principio costituzionale di cui all'art. 24, comma 1, Cost. soltanto qualora venisse prevista una serie di adeguate forme di pubblicità, idonee a garantire l'effettività del diritto di partecipazione all'azione di classe da parte di potenziali aderenti<sup>80</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, risulta essere evidente che il sistema di *opt-in* presenta una serie di problemi di efficienza, nonostante quest'ultimo avrebbe il pregio di rispettare il diritto del singolo di decidere se partecipare o meno al giudizio e preserva il principio di autonomia delle parti<sup>81</sup>.

Diversi autori infatti hanno messo in discussione la scelta del legislatore di mantenere un sistema di *opt-in*, sostenendo che la legge n. 31/2019 abbia rappresentato un'occasione persa in quanto ha permesso la sopravvivenza di tutte le problematiche inerenti al meccanismo di *opt-in* che già in passato erano state evidenziate e che non hanno permesso alla *class action* di consolidarsi nel nostro ordinamento giuridico<sup>82</sup>. In questo senso, si rileva come invece negli ordinamenti che hanno adottato discipline che si discostano dal modello dell'*opt-in* puro, ammettendo quindi meccanismi di *opt-out*, le azioni di classe hanno riscontrato maggiore successo e popolarità.

---

<sup>78</sup> Sul tema dei limiti soggettivi del giudicato, si veda già C. CONSOLO, *La tutela giurisdizionale dei crediti per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp.*, 2008, 1701 ss.

<sup>79</sup> A questo proposito, G. CARUSO, *op. cit.* sottolinea come il rapporto tra legittimato ad agire e classe in termini di «rappresentanza ideologica» giustificerebbe una diversa portata dei limiti oggettivi del giudicato, con l'effetto di offrire una maggiore tutela a coloro i quali non hanno aderito all'iniziativa collettiva.

<sup>80</sup> G. CARUSO, *op. cit.*

<sup>81</sup> COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi*, 11 giugno 2021, COM(2013) 401final, 13.

<sup>82</sup> V. P. FIORIO, *op. cit.*; G. GERARDO, *op. cit.*; E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 75 ss.; N. TROCKER, *op. cit.*, 194; S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori in Giustizia Consensuale*, 2021, 236 ss. Posizione analoga ma antecedente all'entrata in vigore della nuova azione di classe è quella di G. BERTOLINO, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 475 ss. Le osservazioni dell'autrice meritano comunque considerazione in ragione del fatto che queste concernono direttamente i vantaggi e gli svantaggi dei sistemi di *opt-in* e *opt-out*, anche in una prospettiva di adattamento del nostro ordinamento giuridico ad un modello di *opt-out*. Nello stesso senso, v. A. D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 617 ss. e C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 131; G. GITTI, *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 685 ss.; M. NEGRI, *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte II - L'azione di classe e l'illecito antitrust*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 397 ss.

In primo luogo, un sistema di *opt-out* permetterebbe di coinvolgere un numero maggiore di soggetti. La possibilità di includere nella classe tutti i soggetti titolari del diritto dedotto in giudizio e leso dalla condotta illecita dell'impresa resistente permetterebbe di qualificare le *class actions* come vere e proprie azioni di massa (e non semplicemente azioni caratterizzate dalla presenza di una pluralità di soggetti) e di assicurare che queste abbiano la massima efficacia riparatoria e deterrente<sup>83</sup>.

In secondo luogo, un sistema di *opt-out* ovvierebbe al problema della c.d. consumazione del potere di azione<sup>84</sup>. In un sistema di *opt-in* i soggetti che vorrebbero avvalersi della tutela collettiva, ma che non hanno aderito secondo i tempi e le modalità previste dalla legge, non avrebbero la possibilità di far valere la loro pretesa risarcitoria mediante un'azione collettiva. Peraltro è da ritenersi che questi, almeno in via generale, rinuncerebbero anche ad esperire un'azione individuale a causa dei costi e dei tempi processuali. Per tali ragioni, viene valutato positivamente uno degli effetti principali dell'*opt-out*: garantire le posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali non hanno partecipato al giudizio e che pertanto beneficiano della disciplina di favore della *class action*.

3.3. I modelli di *class actions* adottati da altri Paesi: dall'*opt-out* puro statunitense ai modelli ibridi e flessibili in Europa. Possibili spunti per il legislatore italiano e riflessioni sui problemi di compatibilità dell'*opt-out* con il nostro ordinamento giuridico

Alla luce delle inefficienze del sistema di *opt-in*, molti studiosi hanno proposto di volgere lo sguardo ai sistemi normativi di ordinamenti che hanno adottato meccanismi di *opt-out* puri, con lo scopo di evidenziare quali profili di tali meccanismi rendano le azioni di classe efficaci e largamente diffuse in questi sistemi giuridici.

*In primis*, gli studiosi considerano il caso degli Stati Uniti e la disciplina della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938<sup>85</sup>.

Le *class actions* negli Stati Uniti rappresentano uno dei pilastri del diritto processuale in quanto consentono «grazie alla flessibilità delle norme e alla creatività delle corti, di fornire efficaci forme di tutela alle varie situazioni a rilevanza sovraindividuale che emergono nei settori più vari della società»<sup>86</sup>. Infatti possono essere esperibili per tutelare una pluralità di casi, tra cui si identificano azioni costitutive (*Rule 23(b)1*), dichiarative o di mero accertamento (*Rule 23(b)2*), o di condanna (*Rule 23(b)3*)<sup>87</sup>. Nell'ambito di quest'ultima

---

<sup>83</sup> C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, cit., 28; E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 77; E. FERRANTE, *Opt-out ed incentivi oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contratto impr. eur.*, 2012, 487 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 103 ss.; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 629 ss.

<sup>84</sup> G. Bertolino, *op. cit.*

<sup>85</sup> N. TROCKER, *op. cit.*, 171 ss.; G. GERARDO, *op. cit.*

<sup>86</sup> G. GERARDO, *op. cit.* Inoltre N. TROCKER, *op. cit.*, 180, sottolinea come l'azione di classe si configuri come simbolo ed elemento vitale dell'*American litigation culture*.

<sup>87</sup> Il primo caso riguarda le richieste di *injunctive* o *declaratory relief*. Il secondo caso, detto anche di *injunctive class action*, concerne casi in cui viene richiesto in via principale un *injunctive* o *declaratory relief* a seguito di condotte commissive o omissive dell'impresa

rientrano le azioni di classe risarcitorie. Tutti i componenti della classe sono *ex lege* coinvolti nel procedimento e la sentenza è efficace anche nei loro confronti, salvo che esercitino il c.d. *opt-out*, volto ad evitare che nei loro confronti si formi il giudicato. Inoltre, i componenti della classe hanno la facoltà di intervenire in senso pieno (*right of intervention*) qualora vi sia un difetto di adeguatezza della rappresentanza nei loro confronti.

Molti studiosi individuano l'efficacia e il successo della *class action* statunitense nella scelta legislativa di adottare un sistema di *opt-out*<sup>88</sup>. I benefici di quest'ultimo risiedono nella sua capacità di superare l'indifferenza dei danneggiati che potrebbero non voler perdere tempo per ottenere risarcimenti esigui ovvero che hanno il timore di intraprendere un'iniziativa giudiziale a causa dei relativi costi e tempi. Ulteriore pregio dell'*opt-out* è quello di essere in grado di colpire direttamente gli enormi profitti generati da imprese che perpetuano micro-illeciti contro una vastità di consumatori. Un recente studio sulla comparazione dei livelli di partecipazione dei soggetti danneggiati in diversi ordinamenti ha invece rilevato che il livello di inoperosità è di gran lunga superiore al livello di dinamismo che spinge il consumatore ad attivarsi ai fini della sua inclusione nella *class action*<sup>89</sup>. In questo senso, risulta essere evidente che il sistema di *opt-out* implementato negli Stati Uniti garantisce una tutela più estesa ed effettiva ai membri della classe.

Peraltro, anche sistemi giuridici di *civil law* hanno adottato meccanismi di *opt-out*, tra cui figurano ad esempio l'Olanda, la Danimarca, la Norvegia, il Portogallo e la Spagna<sup>90</sup>.

In aggiunta, vi sono sistemi giuridici che hanno invece progressivamente adottando soluzioni alternative a meccanismi di *opt-in* o *opt-out* puri, le quali potrebbero essere definite come soluzioni «ibride».

In Francia, la *action de groupe*, riformata con legge del 17 marzo 2014, può essere esercitata in due forme: ordinaria e semplificata<sup>91</sup>. L'azione ordinaria prevede che l'adesione possa essere successiva alla sentenza di accoglimento dell'azione<sup>92</sup>. L'azione semplificata è invece esperibile qualora l'identità e il numero dei consumatori danneggiati sia preventivamente conosciuto e il pregiudizio subito sia identico. Il giudice dunque può decidere di condannare le imprese convenute ad indennizzare direttamente i singoli consumatori. In questo senso, l'azione semplificata si discosta dal classico meccanismo dell'*opt-in* poiché i consumatori possono beneficiare di un risarcimento del danno già determinato nel suo ammontare senza la necessità di partecipare al procedimento giudiziale. Questi infatti non aderiscono ad un

---

convenuta. Infine, il terzo caso è quello della *damages class action* finalizzata all'ottenimento del risarcimento del danno. Cfr. P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 10 ss.

<sup>88</sup> *Ex multis*, E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 77.

<sup>89</sup> E. CORAPI, *Appunti sull'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della class action nella legge di riforma*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Milano, 2019, 485. Si vedano sul punto le riflessioni di G. GERARDO, *op. cit.* e S. BRAZZINI, P. MUIÀ, *op. cit.*, 45.

<sup>90</sup> Per una trattazione di carattere generale, v., tra gli altri, G. PAILLI, *op. cit.*, 247 ss.

<sup>91</sup> Cfr. *Code de la Consommation*, Articles L 623-1 – 623-17. Per una trattazione complessiva del tema, v. C. SILVESTRI, *La tutela collettiva in Europa: la action de groupe francese*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 219 ss.

<sup>92</sup> La nuova azione di classe italiana si è fortemente ispirata a tale forma ordinaria.

giudizio avviato da terzi ma semplicemente dichiarano di volersi avvalere degli effetti della sentenza collettiva per ottenere la liquidazione dell'indennizzo che spetta loro.

Il Regno Unito e il Belgio prevedono dei modelli flessibili, in cui è il giudice a stabilire quale sia il meccanismo di inclusione dei soggetti più adeguato tra l'*opt-in* e l'*opt-out*<sup>93</sup>. In tali casi, il giudice tiene conto di fattori quali l'opportunità di azionare un procedimento collettivo, l'adeguatezza del *class representative*, e l'ammontare del danno cagionato a ciascun membro della classe.

Anche in Norvegia la decisione sulle modalità di estensione soggettiva degli effetti della sentenza è rimessa alla discrezionalità del giudice<sup>94</sup>.

Il legislatore danese ha invece individuato una somma limite, al di sotto del quale è presumibile che gli individui non eserciterebbero il loro diritto di azione individualmente e a cui ha applicato il meccanismo di *opt-out*<sup>95</sup>.

Alla luce di questi esempi, ci si può domandare se il nostro ordinamento giuridico possa prendere spunto da tali modelli, con l'obiettivo di implementare una disciplina legislativa di *class action* maggiormente effettiva.

La più comune obiezione inerente alla possibilità di introdurre un meccanismo di *opt-out* in Italia attiene alla sua compatibilità con l'art. 24, comma 1, Cost. sul diritto di azione.<sup>96</sup> L'*opt-out* escluderebbe infatti che un soggetto possa agire in giudizio per la tutela dei *propri* diritti in quanto sarebbe un terzo ad agire per suo conto (ad esempio un altro membro della classe ovvero un'associazione/organizzazione). L'impossibilità di disporre liberamente della tutela giurisdizionale avrebbe come risultato la circostanza per cui un soggetto si troverebbe vincolato da un giudizio a cui non ha partecipato.

Tale preoccupazione, secondo diversi autori, potrebbe però essere bilanciata da una maggiore garanzia del giusto processo a favore dei componenti della classe ai sensi dell'art. 111, comma 1, Cost.<sup>97</sup>. In particolare, si reputa essenziale garantire l'accesso alla giustizia agli individui danneggiati che, non avendo avuto conoscenza dell'iniziativa collettiva o compreso la portata di questa, si vedono preclusa la possibilità di tutelare le loro posizioni giuridiche soggettive secondo le medesime modalità. Pertanto alcuni studiosi sottolineano che sia necessario superare una concezione formalistica delle garanzie processuali individuali per temperare la contrapposizione tra esigenze di effettività della tutela giurisdizionale (con l'azione di classe) e il rispetto delle garanzie individuali dei membri della classe (in conformità con l'art. 24 Cost.)<sup>98</sup>.

Taluni infatti propongono di adottare nel nostro ordinamento una «interpretazione ulteriormente evolutiva del principio del contraddittorio che sia

---

<sup>93</sup> Cfr. in Regno Unito, *Consumer Rights Act 2015*, Section 47. V. anche A. DE LUCA, *La via inglese alla tutela degli interessi collettivi*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 198 ss. Cfr. per il Belgio, *Code de Droit Économique, Articles XVII. 42 et 43*. In Belgio, l'*opt-in* rimane un meccanismo obbligatorio per i consumatori non residenti nello Stato e qualora il giudizio abbia ad oggetto azioni risarcitorie per danni alla persona o danni morali.

<sup>94</sup> *Norwegian Dispute Act*, 17 giugno 2005, n. 90.

<sup>95</sup> *Denmark Administration of Justice Act*, 28 febbraio 2007, n. 181.

<sup>96</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*

<sup>97</sup> G. GERARDO, *op. cit.* e, analogamente, S. MONTI, L. CASTELLI, *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, in *Danno e Resp.*, 2019, 699 ss.

<sup>98</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*

in grado di superare i maggiori impedimenti ad una introduzione nel nostro ordinamento dell'azione collettiva: si avrebbe, insomma, un contraddittorio di natura sostanziale, teso cioè a recuperare la compatibilità costituzionale attraverso il riequilibrio di forza tra parte convenuta (soggetto forte) ed una 'federazione di soggetti', singolarmente deboli»<sup>99</sup>. In questo senso, il diritto di partecipazione al processo, corollario del principio del contraddittorio, dovrebbe esplicitarsi diversamente nel caso dell'azione di classe, privilegiando la sostanza sulla forma, con lo scopo di riequilibrare posizioni sostanzialmente diverse (i soggetti privati, da un lato, e le imprese che commettono violazioni *antitrust* dall'altro lato) alla luce del principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost.

Inoltre, altri autori evidenziano che l'aderente in un sistema di *opt-in* non è comunque parte del giudizio in senso sostanziale, in quanto, come sopra riferito, l'esercizio dei suoi diritti processuali è già limitato. Pertanto, a maggior ragione, il problema di compatibilità con l'art. 24 Cost. risulterebbe essere superabile<sup>100</sup>.

Altri ancora ritengono che disciplinare il filtro di ammissibilità similmente al meccanismo di *certification* negli Stati Uniti e in modo tale che questo comporti un esame rigoroso dell'adeguatezza della rappresentatività degli interessi degli aderenti permetterebbe di ricondurre sotto il controllo del giudice la tutela della garanzia dei diritti processuali individuali<sup>101</sup>.

In aggiunta, sul punto si evidenzia come vi siano altri casi in cui l'ordinamento giuridico, a fronte di un corretto espletamento degli obblighi pubblicitari e di notificazione, presume il consenso dell'interessato anche in caso di sua inerzia. Si pensi alle ipotesi di contumacia del convenuto o di notificazione del decreto ingiuntivo ai fini dell'opposizione o di non contestazione del terzo in caso dell'espropriazione presso terzi. In dottrina tali situazioni vengono identificate come ipotesi di «inerzia consapevole»<sup>102</sup>, concetto che potrebbe essere esteso anche con riferimento all'adozione di un meccanismo di *opt-out* nelle azioni collettive.

Volgendo lo sguardo alla posizione dell'impresa convenuta, vi sono autori che rilevano come un sistema di *opt-out* potrebbe essere lesivo del diritto di difesa e del principio di parità delle armi ex artt. 6 Cedu e 11 Cost.<sup>103</sup>. In un regime di *opt-in* le imprese convenute possono sollevare eccezioni e difese contro i singoli danneggiati, mentre nelle ipotesi di *opt-out* potrebbero farlo solamente contro il promotore, con la conseguenza che il loro diritto di difesa pieno ed effettivo ex art. 24 Cost. risulterebbe essere fortemente limitato<sup>104</sup>.

Per una parte della dottrina tale problema sarebbe comunque superabile in ragione del fatto che i diritti dedotti in giudizio sono omogenei e che l'illecito censurato è di tipo plurioffensivo (o comunque seriale). Pertanto risulterebbe

---

<sup>99</sup> Così testualmente, P. MAZZINA, *op. cit.*

<sup>100</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*; R. DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, 103.

<sup>101</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.* e P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>102</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*; A. GIUSSANI, *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 47.

<sup>103</sup> D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 640 ss. V. anche E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 76.

<sup>104</sup> A. D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 617 ss.

difficile che l'impresa convenuta possa invocare in giudizio difese o eccezioni nei confronti di taluni singoli consumatori (e non di altri)<sup>105</sup>. La *causa petendi* (la condotta illecita) è la stessa per tutti i membri della classe, mentre il diritto dedotto in giudizio è dotato del carattere dell'omogeneità, così come stabilito dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe.

Altri poi sostengono che il meccanismo di *opt-out* offrirebbe comunque dei vantaggi alle imprese convenute, in quanto garantisce l'unicità del giudizio di classe relativo alle conseguenze della sua condotta plurioffensiva<sup>106</sup>. A tale proposito giova ricordare che l'attuale sistema di *opt-in* non bilancia tale aspetto in maniera ragionevole: l'azione di classe avente ad oggetto una certa condotta illecita con cui si fanno valere determinati diritti omogenei può essere esperibile una sola volta (in caso di accoglimento). Successive azioni di classe non possono seguire, con la conseguenza che il risarcimento che l'impresa che ha commesso un illecito è tenuta a corrispondere è limitato ad un numero esiguo di soggetti danneggiati che hanno aderito alla *class action*.

### 3.4. Prospettive future per il legislatore italiano: la possibile introduzione di un modello flessibile tra *opt-in* e *opt-out*

Alla luce delle argomentazioni considerate, risulta essere evidente che il sistema di *opt-in* così come delineato dal legislatore del 2019 presenta una serie di incongruenze e lascia ancora diversi problemi aperti.

Pertanto ci si chiede se e in quale misura un sistema di *opt-out* possa essere recepito nel nostro ordinamento.

Anzitutto, diversi studiosi evidenziano come sia difficilmente prospettabile l'introduzione di un modello di *opt-out* puro e dunque previsto per tutte le azioni di classe, come avviene negli Stati Uniti. Questo anche perché sussiste una serie di incompatibilità tra i sistemi giuridici italiano e statunitense<sup>107</sup>. Il primo, a differenza del secondo, è fondato sulla tutela dei diritti (e perciò sulla riparazione del danno) e non sulla funzione deterrente o punitiva dello strumento privatistico nei confronti dell'autore della violazione<sup>108</sup>.

Nei paesi di *common law*, in cui predomina l'*opt-out*, le azioni di classe nella prassi hanno coperto le materie più disparate: intossicazioni da prodotto, illeciti contro l'ambiente, malasanità, abusi sessuali, liti tributarie, negligenza degli investitori, condizioni di lavoro nelle fabbriche, diffamazioni a mezzo stampa, danni da vacanza rovinata, scommesse sportive truccate<sup>109</sup> protezione dei dati personali, e dei consumatori in particolare in materia antitrust<sup>110</sup>. La *class action* in tali ordinamenti si presenta quindi come uno strumento di tutela generale e dunque non è limitata agli *small claims*.

Similmente, la nuova azione di classe italiana non tipizza più gli illeciti oggetto di tutela collettiva. Pertanto, ci si può chiedere se un meccanismo di

---

<sup>105</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*

<sup>106</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*

<sup>107</sup> P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 226. V. anche R. CAPONI, *op. cit.*, 819 ss. e G. PAILLI, *op. cit.*, 237 ss.

<sup>108</sup> S. BRAZZINI, P. MUIÀ, *op. cit.*, 44.

<sup>109</sup> E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 74.

<sup>110</sup> N. TROCKER, *op. cit.*, 173 ss.

*opt-out* di carattere generale, simile a quello previsto nei paesi di *common law*, possa essere introdotto in Italia.

Secondo molti autori, ciò non sarebbe possibile. Anzitutto si evidenzia come l'unico limite alla portata applicativa dell'azione di classe risulti essere l'omogeneità dei diritti. In questo senso, se non si individuassero dei limiti all'applicazione del meccanismo di *opt-out*, si avrebbe a che fare con uno strumento processuale dal perimetro eccessivamente esteso (quasi sconfinato). Si ricorda inoltre che la l. n. 31/2019 estende la legittimazione ad agire a soggetti ulteriori rispetto a consumatori e utenti. In questo senso, sarebbe irragionevole pensare di applicare un meccanismo di *opt-out* anche alle imprese concorrenti (potenziali e attuali). Per tali ragioni la maggioranza degli studiosi sostiene che per ottenere una tutela collettiva popolare ed efficace sia necessario introdurre un sistema di tipo misto o flessibile.

Invero alcuni propongono di introdurre una distinzione tra *viable* e *non-viable claims* (ossia domande risarcitorie più o meno facilmente e prontamente decidibili)<sup>111</sup> e di concentrare l'azione di classe sugli *small claims*, dando quindi rilevanza giuridica a queste situazioni per evitare fenomeni di *undercompensation* (per cui tanti piccoli danneggiati rimarrebbero senza risarcimento) e di *underdeterrence* (per cui il danneggiato non sarebbe incentivato ad adottare condotte più sicure)<sup>112</sup>. Il meccanismo di *opt-out* sarebbe particolarmente efficace con riguardo ad azioni di classe standardizzate aventi ad oggetto illeciti seriali che hanno cagionato ad una pluralità di individui dei micro-danni. Altri suggeriscono di adottare meccanismi di *opt-out* solamente per controversie di natura esigua<sup>113</sup>. Altri ancora vedono con favore ipotesi in cui sia il giudice a decidere caso per caso.

Le varie impostazioni hanno però una considerazione di base in comune. Prima di tutto, la necessità di prevedere un sistema di pubblicità e notificazione volto a fornire ai componenti della classe tutte le informazioni essenziali inerenti all'azione di classe in corso e ad informarli in maniera adeguata circa modalità di esercizio dell'*opt-out*. Soltanto se tale condizione viene soddisfatta è possibile contemplare un meccanismo di presunzione legale di conoscenza nel nostro ordinamento. Inoltre, è necessario che la fase del giudizio di ammissibilità venga espletata dal giudice in maniera rigorosa e puntuale, affinché questo eserciti una forma di controllo e di garanzia sull'andamento della *class action*<sup>114</sup>. Infine, sembra essere inevitabile che il legislatore debba ripensare al diritto sostanziale e ai suoi istituti e categorie, affinché anche questo possa «massificarsi» tanto quanto il rito<sup>115</sup>. Tali aspetti renderebbero

---

<sup>111</sup> G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno e class action*, cit., 31 ss. e R. CAPONI, *op. cit.*, 807. In materia di azioni di classe e domande risarcitorie per danni di modesta entità, v. A. GIUSSANI, *L'azione di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 157 ss.

<sup>112</sup> Sul punto, v. anche N. TROCKER, *op. cit.*, 195 e G. PAILLI, *op. cit.*, 239 ss.

<sup>113</sup> G. BERTOLINO, *op. cit.*; R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, 281 ss.

<sup>114</sup> C. CONSOLO, *La tutela giurisdizionale dei crediti per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit. Secondo l'autore, tale meccanismo permetterebbe anche di superare il problema del bilanciamento del diritto di azione individuale e della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale.

<sup>115</sup> E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 82 ss. La stessa riflessione con riferimento all'Unione Europea viene fatta da G. PAILLI, *op. cit.*, 243.

l'azione di classe maggiormente temibile e deterrente<sup>116</sup> e contribuirebbero ad una maggiore efficienza dell'amministrazione della giustizia<sup>117</sup>.

4. Il rafforzamento della fase istruttoria nelle azioni collettive finalizzato a sopperire alle intrinseche difficoltà probatorie della classe: le innovazioni della l. n. 31/2019 affiancate alle disposizioni di cui agli artt. 3 ss., d.lgs. n. 3/2017

Come anticipato, una delle questioni più problematiche del *private enforcement antitrust* riguarda le difficoltà probatorie a cui vanno incontro i soggetti privati che agiscono di fronte al giudice ordinario per ottenere una tutela giurisdizionale dei propri diritti. Invero le condotte anticoncorrenziali risultano essere per definizione segrete in ragione del fatto che le imprese che commettono infrazioni *antitrust* cercano di nascondere o dissimulare il più possibile i propri comportamenti. Conseguentemente, gli elementi probatori necessari per dimostrare l'illiceità della condotta *antitrust* (nonché il danno cagionato e il nesso di causalità tra i primi due) risultano spesso essere nella disponibilità esclusiva delle imprese che commettono le infrazioni o, al limite, di soggetti terzi<sup>118</sup>.

Per tali ragioni, il legislatore del 2019 ha introdotto una disciplina probatoria speciale in tema di azioni classe, con lo scopo di riequilibrare le asimmetrie informative esistenti tra i proponenti e le imprese resistenti<sup>119</sup>. Fermo restando che l'art. 2697 c.c. trova applicazione anche nelle azioni di classe, con la conseguenza di porre l'onere della prova in capo ai proponenti, è stata introdotta una serie di norme speciali in materia probatoria.

In primo luogo, occorre specificare che la fase istruttoria è dotata di una certa flessibilità, in quanto l'art. 840-*quinquies*, comma 2, c.p.c. attribuisce al giudice l'amministrazione dell'istruttoria senza limitazioni o prescrizioni: «Il tribunale, *omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio». In questo senso, è da ritenersi che tutti i mezzi di prova previsti per il procedimento ordinario di cognizione ovvero dalle leggi speciali inerenti alla materia *antitrust* siano utilizzabili nei giudizi collettivi. Il fatto che l'azione di classe segua le regole del procedimento sommario ex artt. 702-*bis* ss. c.p.c. non implica l'esclusione di tali mezzi<sup>120</sup>. L'aggettivo *rilevanti* dunque indicherebbe l'espletamento di una fase istruttoria deformalizzata ma non superficiale o parziale.

---

<sup>116</sup> C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., 719.

<sup>117</sup> A. GIUSSANI, *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, cit., e A. GIUSSANI *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 371 ss. V. anche R. CAPONI, *op. cit.*, 820.

<sup>118</sup> A. SAIJA, *La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust: un valore da preservare*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 129 ss.

<sup>119</sup> A. MENGALI, *La class action riformata: La fase istruttoria della nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

<sup>120</sup> A. MENGALI, *op. cit.*

In secondo luogo, l'art. 840-*quinquies*, comma 4, c.p.c. prevede che «ai fini dell'accertamento della *responsabilità* del resistente il tribunale può avvalersi di *dati statistici* e di *presunzioni semplici*». La formulazione letterale della norma sembra implicare l'utilizzo di questi due strumenti soltanto ai fini della prova della *responsabilità* del resistente, e pertanto con esclusivo riguardo alla prova della condotta e alla sua idoneità offensiva (il nesso di causalità) ma non ai fini della prova del danno subito<sup>121</sup>. Inoltre, il legislatore distingue tra dati statistici e presunzioni semplici, nonostante la normativa e la giurisprudenza tradizionali «riconoscono ai dati statistici la mera valenza di elementi presuntivi che, ove precisi e concordanti con ulteriori indici, concorrono a formare la prova presuntiva»<sup>122</sup> e sono idonei a fondare la ricostruzione probatoria da parte del giudice ex art. 116 c.p.c. (salva la prova contraria della controparte). In questo senso, la disposizione in oggetto suggerirebbe di attribuire ai dati statistici un valore probatorio autonomo e privilegiato o comunque un valore di elemento presuntivo «rafforzato», idoneo ad integrare lo standard della presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c.<sup>123</sup>.

Ad ogni modo, ciò che rileva nell'ambito delle azioni di classe in materia *antitrust* è che la prova statistica, strumento atipico in quanto sconosciuto dal codice di rito, assume una particolare importanza con riferimento alla prova del «fatto collettivo». Pertanto, è da ritenersi che, alla luce dell'art. 840-*quinquies*, comma 4, c.p.c., il giudice possa ritenere provata la responsabilità dell'impresa resistente tutte le volte in cui il ricorrente dimostri l'esistenza di un dato statistico che, con un'incidenza del 50% + 1 dei casi e in ossequio al principio causalistico del *più probabile che non*<sup>124</sup>, riconduca l'insorgenza del danno dedotto (e a sua volta provato) ad una condotta tipica analoga a quella posta in essere dal resistente.

In terzo luogo, l'art. 840-*quinquies*, comma 3, c.p.c., in deroga alla disciplina generale, stabilisce che qualora venga nominato un consulente tecnico d'ufficio, l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul suo compenso sono posti a carico del resistente, salvo che sussistano specifici motivi<sup>125</sup>. Questa novità legislativa è valutata positivamente poiché consentirebbe di superare il problema dei costi ingenti per l'espletamento di perizie tecnico-scientifiche, spesso necessarie ai fini dell'accertamento di fatti complessi che altrimenti la classe non potrebbe permettersi di sostenere a causa dello scarso finanziamento e del *budget* limitato<sup>126</sup>.

In quarto luogo, il legislatore, all'art. 840-*quinquies*, commi 5-13, c.p.c. introduce una disciplina speciale in tema di esibizione di prove, corredata da un apparato sanzionatorio *ad hoc*.

Occorre precisare che il legislatore del 2019 ha trapiantato nell'art. 840-*quinquies* c.p.c. i contenuti dell'art. 3 e, in parte, dell'art. 6 (sulle sanzioni per l'inottemperanza all'ordine del giudice), d.lgs. n. 3/2017, con minime variazioni, offrendo però una disciplina di minor favore per classe rispetto al d.lgs. n.

<sup>121</sup> Per una trattazione puntuale del tema della prova del danno nel *private enforcement antitrust*, v. A. BERNES, *op. cit.*, 954 ss.

<sup>122</sup> Testualmente P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 112.

<sup>123</sup> Sul punto, v. P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 112 ss.

<sup>124</sup> Cfr. Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27720.

<sup>125</sup> A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1583.

<sup>126</sup> A. D. DE SANTIS, *Il procedimento*, cit., 108.

3/2017. A titolo esemplificativo, rispetto all'art. 3, d.lgs. n. 3/2017, manca il riferimento all'ordine di esibizione nei confronti del terzo, essendo rivolto soltanto al resistente<sup>127</sup>. Ad ogni modo, in virtù della clausola di salvezza delle disposizioni in materia di *private enforcement antitrust*<sup>128</sup>, pare che le norme processuali contenute nel d.lgs. n. 3/2017 trovino comunque applicazione nei giudizi risarcitori per danni derivanti da comportamenti anticoncorrenziali esperiti nelle forme dell'azione di classe. Pertanto, quest'ultime prevalgono sulle disposizioni di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. in caso di sovrapposizione<sup>129</sup>.

Inoltre, l'art. 840-*quinquies* c.p.c. menziona come soggetto legittimato all'istanza per l'esibizione soltanto il ricorrente nei confronti del resistente, diversamente dall'art. 3, d.lgs. n. 3/2017, il quale utilizza genericamente i termini di parte e controparte. Pena la violazione del principio costituzionale di parità delle parti ex art. 111 Cost., l'art. 840-*quinquies* c.p.c. dovrebbe essere interpretato in maniera estensiva, prevenendo la possibilità anche per il resistente di formulare l'istanza. Applicando la medesima *ratio* di carattere estensivo, l'istanza di esibizione dovrebbe poter essere formulata anche nei confronti dei terzi (e non soltanto delle imprese ricorrenti) in conformità con l'art. 3, d.lgs. n. 3/2017.

Per quanto riguarda le regole procedurali, la parte interessata deve presentare istanza motivata, contenente l'indicazione dei fatti e delle prove ragionevolmente disponibili e sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda. Il giudice, prima di ordinare l'esibizione, sente la parte nei cui confronti è emesso l'ordine e valuta se l'esibizione è proporzionata ai fini della decisione. La proporzionalità impone di valutare i seguenti requisiti:

«a) esamina in quale misura la domanda è sostenuta da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;  
b) esamina la portata e i costi dell'esibizione;  
c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, specialmente se riguardanti terzi».

La norma poi adotta strumenti di protezione delle informazioni riservate che qualora divulgate potrebbero danneggiare l'impresa resistente o i terzi<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Peraltro si tratta di un'anomalia la cui *ratio* non risulta essere facilmente giustificabile, considerando che, da un lato, l'art. 210 c.p.c. consente al giudice di ordinare l'esibizione di documenti o cose sia alla parte che al terzo, e che, dall'altro lato, ai sensi dell'art. 840-*quinquies*, comma 12, c.p.c. il giudice ha il potere di irrogare una sanzione amministrativa, da devolvere alla Cassa delle ammende, nei confronti della parte o del terzo che distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio.

<sup>128</sup> Si fa qui riferimento all'art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c. che afferma testualmente: «Restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3.»

<sup>129</sup> *Ex multis*, P. F. GIUGGIOLI, *op. cit.*, 119-124 e A. D. DE SANTIS, *Il procedimento*, cit., 114-118.

<sup>130</sup> Art. 840-*quinquies*, comma 8, c.p.c.: «Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.»

Inoltre, sono previste sanzioni pecuniarie a carico del resistente che rifiuti la produzione in giudizio di quanto individuato nell'ordine di esibizione ovvero che distrugga i documenti di cui era richiesta l'esibizione<sup>131</sup>. Peraltro, in entrambe le ipotesi il giudice può ritenere provati i fatti alla quale le prove si riferiscono «valutato ogni altro elemento di prova»<sup>132</sup>.

Come anticipato, alle *class actions* in materia *antitrust* è possibile applicare le disposizioni previste dagli artt. 3 ss., d.lgs. n. 3/2017. In sintesi, tali disposizioni prevedono<sup>133</sup>: (i) la c.d. *discovery*, ossia la possibilità di ottenere l'esibizione di elementi di prova e di rilevanti categorie di prova nella disponibilità delle imprese convenute o di terzi secondo limiti più ampi rispetto a quelli del rito ordinario, in conformità dei principi di necessità, proporzionalità e tutela delle informazioni riservate<sup>134</sup>; (ii) particolari sanzioni nelle ipotesi in cui una parte o un terzo si rifiutino di rispettare l'ordine di esibizione senza giustificato motivo, anche con riguardo alla possibilità per il giudice di ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce<sup>135</sup>; (iii) la possibilità di disporre l'esibizione di documenti contenuti nel fascicolo istruttorio dell'Autorità garante, al fine di tutelare l'efficacia del provvedimento sanzionatorio, se pur con una

---

<sup>131</sup> Art. 840-*quinquies*, commi 11 e 12, c.p.c.:

«Alla parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.

Salvo che il fatto costituisca reato, alla parte o al terzo che distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.»

<sup>132</sup> Art. 840-*quinquies*, comma 13, c.p.c.:

«Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai commi undicesimo e dodicesimo, se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.»

<sup>133</sup> G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust*, cit., 140 ss.

<sup>134</sup> Art. 3, commi 1-3, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, su istanza motivata della parte, contenente 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, il giudice può ordinare alle parti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità a norma delle disposizioni del presente capo.

2. Il giudice dispone a norma del comma 1 individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. La categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria.

3. Il giudice ordina l'esibizione, nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione e, in particolare:

- a) esamina in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
- b) esamina la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati;
- c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi.»

<sup>135</sup> Cfr. art. 6, d.lgs. n. 3/2017.

serie di limitazioni<sup>136</sup>; (iv) limitazioni alla produzione in giudizio di documenti ottenuti mediante l'esercizio del diritto di accesso al fascicolo istruttorio dell'AGCM<sup>137</sup>; (v) meccanismi presuntivi in favore dei soggetti privati danneggiati nelle ipotesi di cartelli<sup>138</sup>, per cui si presume che gli acquirenti diretti abbiano pagato un sovrapprezzo a causa del cartello<sup>139</sup> e la presunzione

---

<sup>136</sup> Art. 4, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova.

2. Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza a norma dell'articolo 3 e secondo quanto disposto dal presente articolo.

3. Quando il giudice valuta la proporzionalità dell'ordine di esibizione considera altresì:

a) se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza;

b) se la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza;

c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza in relazione a quanto previsto dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 4, o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del comma 7.

4. Il giudice, solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza, può ordinare l'esibizione delle seguenti categorie di prove:

a) informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza;

b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento;

c) proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate.

5. Il giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate. In ogni caso l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p). Gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti. In nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando il giudice accerta che il contenuto delle prove non corrisponde alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p), ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6.

6. Il giudice può ordinare l'esibizione delle prove che non rientrano nelle categorie di cui ai commi 4 e 5, primo periodo, anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza.»

<sup>137</sup> Art. 5, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Le prove che rientrano in una delle categorie di cui all'articolo 4, commi 4 e 5, primo periodo, comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo sono ammesse negli stessi limiti di cui all'articolo 4, commi 4 e 5.

2. Le prove che rientrano nella categoria di cui all'articolo 4, comma 6, comunque ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo possono essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto.»

<sup>138</sup> M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss. e A. BERNES, *op. cit.*

<sup>139</sup> Art. 12, d.lgs. n. 3/2019:

«1. Nelle azioni di risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, l'attore deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi.

2. Nel caso di cui al comma 1, il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che:

a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;

dell'esistenza del danno cagionato (salvo prova contraria)<sup>140</sup>; (vi) la non ammissibilità dell'eccezione di trasferimento del danno nei confronti dei consumatori finali<sup>141</sup>; (vii) la responsabilità solidale delle imprese coinvolte nella stessa violazione *antitrust* per il risarcimento del danno<sup>142</sup>.

Da ultimo, si è già detto della portata dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, il quale stabilisce che il provvedimento dell'AGCM non impugnato ovvero la sentenza del giudice amministrativo che accerta la commissione di un'infrazione *antitrust* hanno efficacia vincolante nei confronti del giudice civile<sup>143</sup>. Quest'ultimo, nella valutazione della sussistenza degli elementi della responsabilità civile dell'impresa resistente, dovrà dunque considerare l'elemento dell'illecito *antitrust* provato, con la conseguenza che il proponente dell'azione sarà gravato dell'onere di provare solamente il danno subito e il nesso di causalità.

5. Il problema dei difensori della classe: lo schieramento dei grandi *law firms* a fianco delle imprese resistenti e la necessità di introdurre un modello imprenditoriale di rappresentanza della classe

Le azioni di classe risultano essere strumenti processuali dai costi ingenti, in ragione della moltitudine dei componenti della classe, delle necessità organizzative e gestionali, delle spese processuali necessarie in fase istruttoria derivanti dalla complessità del *thema probandum* in materia *antitrust*. Alla luce di tali aspetti, è evidente che soltanto studi legali dotati di notevoli risorse, competenze e professionisti possono essere in grado di fornire una rappresentanza e assistenza legale idonei a garantire il buon esito delle iniziative collettive.

In questo senso, nell'ambito dei precedenti giudizi aventi ad oggetto azioni di classe, si è spesso verificato uno squilibrio fra i giganti *law firms* incaricati di

---

b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;

c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

3. Il convenuto può dimostrare che il sovrapprezzo di cui al comma 2 non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto.»

<sup>140</sup> Cfr. art. 14, comma 2, d.lgs. n. 3/2017.

<sup>141</sup> Cfr. art. 11, d.lgs. n. 3/2017.

<sup>142</sup> Cfr. art. 9, d.lgs. n. 3/2017.

<sup>143</sup> Art. 7, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

2. La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.»

difendere le imprese convenute e gli avvocati della classe. Questo perché la classe, a differenza di dette imprese, non è dotata di un *budget* autonomo e sufficiente per poter sostenere gli elevati onorari richiesti da questi studi, i quali non sono pertanto incentivati ad offrire le proprie prestazioni.

La l. n. 31/2019, all'art. 840-*novies*, comma 6, c.p.c. introduce un compenso premiale per l'avvocato della classe vittoriosa<sup>144</sup>. Tale innovato sistema di rifusione delle spese viene valutato positivamente, in quanto esprime un tentativo del legislatore di incentivare gli studi legali che dovrebbero rappresentare il «motore ingegnoso e alacre della *class action*» e di creare un settore legale specializzato in materia<sup>145</sup>. Tuttavia, le attrattive economiche non sembrano essere sufficienti a persuadere i grandi *law firms* a cambiare tendenza e dunque a rappresentare in giudizio le classi<sup>146</sup>, perché da un lato, sono comunque limitate da tetti di compensi (che sono peraltro dimezzabili) e, dall'altro, tali compensi verrebbero conosciuti dagli avvocati della classe soltanto in seguito alle singole adesioni (non essendovi meccanismi di *opt-*

---

<sup>144</sup> Cfr. art. 840-*novies* c.p.c.:

«Con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva:

- a) da 1 a 500, in misura non superiore al 9 per cento;
- b) da 501 a 1.000, in misura non superiore al 6 per cento;
- c) da 1.001 a 10.000, in misura non superiore al 3 per cento
- d) da 10.001 a 100.000, in misura non superiore al 2,5 per cento;
- e) da 100.001 a 500.000, in misura non superiore all'1,5 per cento;
- f) da 500.001 a 1.000.000, in misura non superiore all'1 per cento;
- g) oltre 1.000.000, in misura non superiore allo 0,5 per cento.

Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Le percentuali di cui al primo comma possono essere modificate con decreto del Ministro della giustizia.

È altresì dovuto il rimborso delle spese sostenute e documentate.

L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri:

- a) complessità dell'incarico;
- b) ricorso all'opera di coadiutori;
- c) qualità dell'opera prestata;
- d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività;
- e) numero degli aderenti.

Per quanto non previsto dal primo e dal secondo comma, si applicano le disposizioni in materia di spese di giustizia.

Con il medesimo decreto di cui al primo comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso il ricorrente fino alla pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il predetto importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Tale compenso premiale può essere ridotto in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei criteri stabiliti al quarto comma.

Le disposizioni del sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso i ricorrenti delle cause riunite risultati vittoriosi.»

<sup>145</sup> C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit., 28 e G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno e class action*, cit., 39.

<sup>146</sup> C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit., 29.

out)<sup>147</sup>. Diversi autori pertanto sostengono che la nuova disciplina non «consentirà il passaggio dallo *small business* dell'azione di classe targata *associazioni consumatori* all'*affluent business* dell'azione targata *law firm*»<sup>148</sup>.

Volgendo lo sguardo agli Stati Uniti, in cui le *class actions* sono particolarmente diffuse e in grado di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale della classe, è evidente come il successo dell'azione di classe sia anche determinato dal fatto che grandi *law firms* spesso rappresentano le classi<sup>149</sup>. Questi infatti intervengono sul mercato delle organizzazioni professionali in grado di assicurarsi i finanziamenti delle azioni di classe e di assumere il rischio di impresa (ad esempio investendo in preventive indagini tecniche per verificare la tenuta di un possibile *claim*)<sup>150</sup>. Trattandosi di un rischio adeguatamente ricompensato a seguito dell'espletamento dell'azione, in quanto le *class actions* sono diventate con il tempo enormemente redditizie, gli studi legali sono maggiormente persuasi a prendersi carico di questo tipo di contenziosi. Per queste ragioni, negli Stati Uniti le azioni di classe sono formalmente promosse dal *class representative*, ossia un soggetto promotore in grado di rappresentare adeguatamente i diritti classe, ma sono sostanzialmente i grandi *law firms* a reclutare il *class representative* e a finanziare la lite, anticipando tutte le spese del processo<sup>151</sup>. In questo senso si assumono interamente il rischio economico del procedimento collettivo, svolgendo dunque una vera e propria attività imprenditoriale (si parla infatti, a tale proposito, di *managing lawyers*).

Pertanto, al fine di assicurare il successo e la popolarità della tutela collettiva in Italia, il legislatore dovrà disegnare una *class action* che sia in grado di offrire benefici economici adeguati per gli studi legali di grandi dimensioni, così come prevedere forme di finanziamento ad opera di terzi (il c.d. *third party funding*)<sup>152</sup> ovvero quote lite (le c.d. *contingency fees*)<sup>153</sup> commisurate in maniera adeguata, incentivando un modello imprenditoriale di assistenza legale profittevole<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> G. CARUSO, *op. cit.*, nota 25.

<sup>148</sup> B. SASSANI, *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, X.

<sup>149</sup> Cfr. G. GERARDO, *op. cit.* per una disamina circa le dimensioni e le risorse degli studi legali americani.

<sup>150</sup> B. SASSANI, *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., X.

<sup>151</sup> G. GERARDO, *op. cit.*

<sup>152</sup> Sul punto, v. WOODSFORD LITIGATION FUNDING, *The Future of Group Actions and Third Party Funding*, 2019, sul tema del finanziamento ad opera di terzi nel Regno Unito.

<sup>153</sup> Per una definizione di *contingency fee*, v. G. GERARDO, *op. cit.*: «La *contingency fee* è un parametro di liquidazione degli onorari che viene utilizzato nelle *damages class actions*. L'avvocato riceve una remunerazione, che gli viene liquidata solamente in caso di vittoria, sulla base di una percentuale del valore globale del risarcimento (...).» Si veda anche M. WINKLER, *L'azione di classe italiana: Problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Resp.*, 2020, 1675 ss.

<sup>154</sup> Sulla necessità di incentivare lo spirito imprenditoriale dell'avvocatura, v. anche N. TROCKER, *op. cit.*, 194. V. anche G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno e class action*, cit., 38.

6. Accordi di conciliazione e transazioni collettive: la convenienza delle ipotesi declinate dalla l. n. 31/2019 in relazione all'obiettivo di riduzione dei tempi e dei costi contenzioso

L'ultimo profilo inerente alla nuova disciplina dell'azione di classe oggetto di trattazione del presente lavoro concerne la possibilità che nell'ambito del *collective redress* si ricorra a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Nello specifico, la l. n. 31/2019 disciplina diverse ipotesi di accordi di natura transattiva all'art. 840-*quaterdecies* c.p.c.

Tali strumenti avrebbero anzitutto il pregio di ridurre i costi e i tempi processuali connessi all'esercizio dell'attività giudiziaria, che come detto possono essere particolarmente onerosi per le parti in ragione della complessità del *thema decidendum*<sup>155</sup>. Tale vantaggio risulterebbe poi essere maggiore nei casi in cui la *class action* risarcitoria abbia ad oggetto danni di lieve entità<sup>156</sup>.

Inoltre, il ricorso ad accordi transattivi o conciliativi porterebbe un vantaggio non soltanto a soggetti privati che si trovano in una posizione debole (quali ad esempio i consumatori) ma anche ad esempio alle controparti contrattuali dell'impresa che ha commesso l'illecito *antitrust* così come alle imprese concorrenti. Tali soluzioni infatti sarebbero astrattamente più convenienti rispetto «all'opzione di iniziare un contenzioso complesso, lungo, e dagli esiti incerti che potrebbe minare o compromettere attualmente o nel lungo periodo le relazioni commerciali con un partner industriale/commerciale» ovvero la coesistenza nel mercato concorrenziale con un altro operatore economico<sup>157</sup>.

Di contro, tali strumenti rappresentano un vantaggio anche per le imprese convenute, le quali potrebbero decidere di perfezionare un accordo transattivo in virtù di un possibile scambio tra la pronta liquidazione di un importo inferiore rispetto a quello che sarebbe dovuto al termine del giudizio ordinario e «i costi, le lungaggini e le incertezze associati» al contenzioso<sup>158</sup>. In aggiunta non si può non tenere conto del peso mediatico e sociale che una sentenza collettiva di condanna così come la sola pendenza del processo assumono in relazione alla reputazione dell'impresa resistente<sup>159</sup>.

Ad ogni modo, è necessario sottolineare che il ricorso ad accordi transattivi o conciliativi non costituirebbe in alcun modo un ostacolo alla realizzazione dell'effetto deterrente, che rappresenta l'obiettivo primario del *private enforcement antitrust* e che verrebbe comunque raggiunto anche in caso di risoluzione amichevole della controversia<sup>160</sup>.

Volgendo lo sguardo alla disciplina introdotta dalla l. n. 31/2019, il legislatore identifica diverse ipotesi in cui è possibile transigere la controversia, distinguendo a seconda che la sentenza di accoglimento dell'azione di classe sia stata emanata o meno.

---

<sup>155</sup> C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, cit., 29.

<sup>156</sup> R. CAPONI, *op. cit.*, 785 ss.

<sup>157</sup> M. CARPAGNANO, *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 283 ss.

<sup>158</sup> G. GITTI, *op. cit.*

<sup>159</sup> C. CONSOLO, *Tutela giurisdizionale dei crediti per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit. a questo proposito fa riferimento al concetto di *shame culture*.

<sup>160</sup> C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, cit., 29.

In primo luogo, l'accordo può avvenire tra il solo ricorrente e l'impresa resistente prima dell'emanazione della sentenza di accoglimento dell'azione. Il problema principale di tale fattispecie sarebbe rappresentato dalla conseguente estinzione dell'azione di classe, poiché gli aderenti non hanno poteri di impulso processuale. Tuttavia, l'art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c. stabilisce che in caso di sopravvenuta mancanza delle parti ricorrenti, a causa di conciliazioni o transazioni, il tribunale assegna agli aderenti un termine (non inferiore a 60 giorni e non superiore a 90) per la prosecuzione della causa, che deve avvenire mediante il ministero di un difensore. Qualora invece il giudizio si estingua per effetto dell'inerzia degli aderenti, rimangono salvi il diritto all'azione individuale degli aderenti ovvero all'avvio di una nuova azione di classe<sup>161</sup>.

In secondo luogo, l'accordo può avvenire tra le parti prima dell'emanazione della sentenza di accoglimento, su proposta del giudice. L'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. sancisce che «il tribunale, fino alla discussione orale della causa, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva e conciliativa». Anzitutto è opportuno precisare che il generico riferimento alle *parti* in questa ipotesi attiene all'accordo tra il ricorrente e il resistente, con la possibilità che anche gli aderenti possano beneficiarne, qualora lo ritengano opportuno. E infatti la disposizione in parola stabilisce che la proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicata all'indirizzo *pec* ovvero al servizio elettronico di recato certificato qualificato indicato da ciascun aderente. Anche l'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato secondo le modalità dette a ciascun aderente, affinché l'aderente possa dichiarare di voler accedere all'accordo mediante dichiarazione da inserirsi nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice.

Il legislatore ha adattato all'azione di classe le regole fissate dall'art. 185-*bis* c.p.c.<sup>162</sup>, delineando però dei presupposti scarsamente comprensibili in relazione all'esercizio del potere discrezionale del giudice di formulare proposte conciliative. La dottrina invero critica il richiamo del legislatore al valore della controversia e alla complessità delle questioni di diritto, poiché «non è infatti agevole comprendere se giustificano tale attivazione del giudice livelli bassi o livelli alti di valore e complessità, né soprattutto perché mai lo possano giustificare gli uni piuttosto che gli altri» sostenendo che in linea di principio se è una causa è complessa potrebbe essere più utile che sia il giudice a formulare una proposta (mentre se la causa è semplice potrebbero essere le parti a perfezionare una transazione autonomamente)<sup>163</sup>. Inoltre il riferimento esclusivo alle questioni di diritto e non anche a quelle di fatto risulterebbe essere ingiustificato, in quanto nell'ambito delle azioni di classe le questioni di fatto

---

<sup>161</sup> Diversi autori sostengono la possibilità di applicare la disposizione di cui all'art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c. a tale ipotesi per ovviare al problema della prosecuzione del giudizio: I. SPEZIALE, *op. cit.*; C. CONSOLO, M. STELLA, *op. cit.*, 6; G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust*, cit., 149. Di avviso contrario invece risulta essere D. AMADEI, *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

<sup>162</sup>C. CONSOLO, M. STELLA, *op. cit.*, 6.

<sup>163</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1291 ss.

risultano essere particolarmente complesse e pertanto idonee ad impedire la conciliazione<sup>164</sup>.

In aggiunta, non pare necessario che la proposta del giudice si riferisca alle posizioni di tutti gli aderenti, con la conseguenza che questa potrebbe essere formulata solo per talune categorie di membri della classe. Quando la controversia non sia composta con riguardo a tutti gli aderenti, può operare la disciplina della successione nella veste del ricorrente ex art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c.

Peraltro, è da ritenersi che il ricorrente difficilmente accetti una proposta conciliativa o transattiva prima della sentenza di accoglimento dell'azione di classe. Questo perché *in primis* comporterebbe una perdita del compenso premiale per il difensore del ricorrente che, ai sensi dell'art. 840-*novies*, comma 6, c.p.c., spetta solo nel caso in cui venga emanata la sentenza di accoglimento. Di conseguenza, l'avvocato ricorrente non sarebbe propenso a consigliare al cliente l'accettazione dell'accordo preventivo alla sentenza, in assenza di una forma di compensazione in suo favore. A questo proposito, giova prendere in considerazione l'esperienza statunitense, in cui il compenso del difensore è previsto anche in ipotesi di composizione amichevole della lite<sup>165</sup>. La sua entità viene però determinata dal giudice e non dall'accordo delle parti<sup>166</sup>.

Inoltre, anche se il ricorrente accettasse la proposta del giudice, il procedimento potrebbe comunque continuare grazie al meccanismo di recupero di cui all'art. 840-*bis*, comma 6, c.p.c. nel caso in cui vi siano aderenti che non intendono profittarne. Tale possibilità risulta essere facilmente prospettabile poiché sarebbe improbabile che prima dell'emanazione della sentenza di accoglimento vi siano numerose adesioni, in quanto agli aderenti preventivi non conviene assumersi il rischio di rigetto della domanda<sup>167</sup>. Pertanto è più plausibile che questi decidano di aderire soltanto una volta che la sentenza di accoglimento dell'azione di classe è stata emanata, con il conseguente accertamento della responsabilità risarcitoria dell'impresa resistente.

Taluni autori rilevano poi come i meccanismi di conciliazione e transazione nell'azione di classe risultano essere efficienti nell'escludere la necessità di giungere ad una pronuncia nel merito «se e solo se si abbandona del tutto il sistema dell'onere di adesione», e dunque il meccanismo di *opt-in*, «in favore, se non di quello della necessaria produzione degli effetti della sentenza nei confronti di tutti coloro che siano inclusi nella classe (ossia il sistema della c.d. *mandatory class action* (...)), di quello dell'onere del recesso» e dunque di un sistema di *opt-out* nelle conciliazioni *ante sententiam*<sup>168</sup>. Tale impostazione risulta essere basata sulla constatazione che in un sistema di *opt-in* detti

---

<sup>164</sup> D. AMADEI, *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

<sup>165</sup> A. GIUSSANI, *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, cit., 88 ss. e 132 ss.

<sup>166</sup> Cfr. *Rule 23(h)* delle *Federal Rule of Civil Procedure* e *2005 Class Action Fairness Act*. Sul punto v. D. AMADEI, *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

<sup>167</sup> D. AMADEI, *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

<sup>168</sup> Così testualmente A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.

meccanismi non precluderebbero il proseguimento dell'azione di classe (anche grazie al meccanismo di recupero) e la possibilità che ulteriori soggetti possano aderire alla stessa, con la conseguenza che le finalità perseguite dalle conciliazioni e transazioni (tra cui rientrano ragioni di economia processuale, riduzione dei tempi e dei costi dell'iniziativa collettiva a carico dei ricorrenti nonché una maggiore efficacia deterrente del *private enforcement antitrust*) verrebbero vanificate.

In terzo luogo, l'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. disciplina l'ipotesi di accordo tra gli aderenti e l'impresa resistente dopo l'emanazione della sentenza di accoglimento dell'azione di classe. In questo caso è il rappresentante comune degli aderenti, già nominato con la sentenza di accoglimento, che predispose uno schema di natura transattiva nell'interesse degli aderenti. Lo schema è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicato agli aderenti secondo le modalità già menzionate. Entro quindici giorni dalla comunicazione, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Il legislatore, in questo caso, adotta un meccanismo di *opt-out* (e quindi di onere del recesso dall'accordo) stabilendo che «*nei confronti degli aderenti che non formulano contestazioni (...), lo schema di accordo si considera non contestato*». Entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle contestazioni, il giudice delegato, «*avuto riguardo agli interessi degli aderenti*», può autorizzare il rappresentante comune degli aderenti a stipulare l'accordo transattivo. Il provvedimento del giudice delegato è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicato a ciascun aderente (secondo le modalità sopra menzionate) nonché al ricorrente. Entro quindici giorni, l'aderente che ha formulato le contestazioni può privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le contestazioni presentate si riferivano. L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione a ipoteca giudiziale. Il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo.

Si ritiene che, come nell'ipotesi di proposta formulata dal giudice *ante sententiam*, lo schema di accordo del rappresentante comune non debba necessariamente riguardare tutti gli aderenti<sup>169</sup>.

La disciplina introdotta nella disposizione in oggetto è stata valutata positivamente da diversi autori per varie ragioni.

Anzitutto tale soluzione consente una più agevole ed efficace applicazione del meccanismo transattivo<sup>170</sup>, in quanto: (i) le spese e i compensi ex art. 840-*novies* c.p.c. a favore del rappresentante comune e del difensore del ricorrente sono già determinati in questa fase; (ii) non è necessaria l'accettazione del ricorrente; (iii) l'accordo può essere formulato a seguito del decorso del termine per l'adesione *post sententiam* e dunque l'impresa resistente può meglio

---

<sup>169</sup> Ad esempio, nei casi in cui l'impresa resistente può sollevare eccezioni non comuni all'intera classe, l'accordo potrebbe concernere soltanto i soli aderenti nei confronti dei quali l'impresa resistente non può far valere dette eccezioni. Allo stesso modo l'accordo potrebbe concernere gli aderenti che volontariamente accettano di comporre la lite.

<sup>170</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.

valutarne la convenienza e opportunità; (iv) può produrre i suoi effetti nei confronti di tutti gli aderenti che non abbiano provveduto sia a contestare tempestivamente lo schema di accordo sia a privare il rappresentante comune dei poteri che gli sono stati conferiti con l'atto di adesione ai sensi dell'art. 840-*septies*, comma 2, lett. h) c.p.c.<sup>171</sup>.

Inoltre, la dottrina ha accolto con favore l'adozione del meccanismo di *opt-out* (*rectius*, dell'onere di recesso) dallo schema di accordo in ragione del fatto che delinea un sistema normativo maggiormente protettivo dei singoli aderenti<sup>172</sup>.

Tuttavia, in relazione a tale ipotesi vengono mosse anche delle critiche inerenti a quali siano i criteri di approvazione dello schema di accordo da parte del giudice. Taluni studiosi ritengono che il vaglio di approvazione sia solamente di legittimità e pertanto deve essere limitato ad una valutazione dei presupposti di regolarità formale dell'atto e di conformità alle norme imperative dell'ordinamento. Altri invece reputano che dovrebbe estendersi anche ad un esame circa il merito dell'accordo, proprio come negli Stati Uniti<sup>173</sup>. Secondo tale ultima impostazione, il giudice dovrebbe verificare che il contenuto dell'accordo non sia eccessivamente difforme rispetto al valore delle pretese degli aderenti, che non sia discriminatorio nei confronti di taluni aderenti ai sensi dell'art. 3 Cost., non si basi su cifre arbitrariamente diversificate ovvero su criteri di distinzione contrari ai principi dell'ordinamento.

Ulteriore ragione di censura della disciplina in oggetto trova fondamento nella previsione secondo cui il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo, tra cui, quindi, anche la sua propria (art. 840-*quaterdecies*, comma 8, c.p.c.). A questo fine, il rappresentante comune pare operare in qualità di pubblico ufficiale (cfr. art. 840-*sexies*, comma 2, c.p.c.). Nello specifico, viene sottolineata l'irragionevolezza di tale disposizione poiché implica che il rappresentante comune che rappresenta gli aderenti (soggetti privati) in un accordo che non consiste in un mandato *ad litem*, ma in una composizione della lite, possa certificare validamente l'autografia della sottoscrizione dell'altra parte (l'impresa resistente) producendo così gli effetti dell'autenticazione<sup>174</sup>.

A questo proposito, giova evidenziare che l'art. 16 d.lgs. n. 3/2017 regola gli effetti delle composizioni consensuali delle controversie aventi ad oggetto azioni per il risarcimento del danno nelle ipotesi in cui l'illecito *antitrust* venga

---

<sup>171</sup> Art. 840-*septies*, comma 2, lett. h) c.p.c.:

«La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere:

(...)

h) Il conferimento al rappresentante comune degli aderenti, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione»

<sup>172</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.; A. GIUSSANI, *L'azione di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, cit.; I. SPEZIALE, *op. cit.*

<sup>173</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.; D. AMADEI, *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

<sup>174</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.

commesso da una pluralità di imprese, delineando sostanzialmente un sistema di *opt-in* per cui le imprese resistenti possono scegliere se partecipare all'accordo transattivo<sup>175</sup>. In questo senso trova applicazione lo schema di cui all'art. 1304, comma 2, c.c.

In quarto luogo, vi è l'ipotesi di accordo con il ricorrente dopo l'emanazione della sentenza di accoglimento. L'art. 840-*quaterdecies*, comma 9, c.p.c. sancisce che il ricorrente può aderire all'accordo transattivo proposto dal rappresentante comune entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione dello schema al ricorrente (cfr. comma 7 della stessa disposizione). Anche in questo caso l'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione a ipoteca giudiziale anche in suo favore. Alla luce di tale disposizione, trova invece applicazione lo schema di cui all'art. 1304, comma 1, c.c.

Infine, vi è l'ipotesi di accordo quando l'azione è promossa da un'organizzazione o un'associazione. L'art. 840-*quaterdecies*, comma 10, c.p.c. sancisce che «le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando l'azione è promossa da un'organizzazione o un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840 bis, secondo comma, e l'accordo può avere riguardo anche al risarcimento del danno o alle restituzioni in favore degli aderenti che abbiano accettato o non si siano opposti all'accordo medesimo». Si tratta in questo caso di una fattispecie di legittimazione straordinaria in cui l'organizzazione o l'associazione non fa valere diritti propri ovvero interessi collettivi della categoria. Tali enti possono dunque concludere con l'impresa resistente accordi conciliativi o transazioni *ante sententiam*, che producono gli effetti già illustrati, a seconda che l'accordo concerna esclusivamente il ricorrente (dando luogo al meccanismo di recupero di cui all'art. 840-*bis* c.p.c.) ovvero che riguardi anche le posizioni degli aderenti. Similmente, detti enti possono aderire allo schema di accordo predisposto dal rappresentante comune degli aderenti ai sensi dell'art. 840-*quaterdecies*, comma 10, c.p.c.

---

<sup>175</sup> Art. 16, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Nelle azioni per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, il soggetto danneggiato che ha partecipato ad un accordo che compone la controversia non può chiedere la parte di danno imputabile al coautore della violazione che vi ha partecipato ai coautori che non vi hanno partecipato.

2. I coautori della violazione che non hanno partecipato ad un accordo che compone la controversia non hanno regresso nei confronti dei coautori della violazione che vi hanno partecipato per la parte del danno a questi imputabile.

3. Quando i coautori della violazione che non hanno partecipato all'accordo che compone la controversia sono insolventi, detratta la parte di danno imputabile al coautore che ha partecipato all'accordo, il soggetto danneggiato può chiedere il risarcimento ai coautori della violazione che hanno partecipato all'accordo, salvo che le parti che hanno partecipato all'accordo che compone la controversia lo abbiano espressamente escluso.

4. Fermo il disposto dell'articolo 2055, secondo comma, del codice civile, nel determinare la misura del regresso dovuto dal coautore della violazione a ciascuno degli altri coautori della violazione responsabili per il danno cagionato dalla violazione del diritto della concorrenza, il giudice tiene conto del risarcimento corrisposto dal predetto coautore interessato nell'ambito di un accordo che compone la controversia concluso in precedenza.

5. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il procedimento di composizione consensuale della controversia è definito con la pronuncia del lodo di cui al capo IV del Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.»

Da ultimo si precisa che le ipotesi speciali di composizione amichevole e di accordi transattivi sopra illustrate dovrebbero ritenersi aggiuntive e speciali rispetto a quelle utilizzabili in base alle regole generali. L'impresa resistente potrebbe infatti proporre *in proprio* a uno o più aderenti varie proposte transattive, in quali possono dunque decidere se accettare o meno l'accordo transattivo secondo le prescrizioni previste dalla legge<sup>176</sup>.

In considerazione della disciplina introdotta dal legislatore del 2019, ci si chiede se questa sia idonea a raggiungere gli scopi di riduzione dei tempi e dei costi del contenzioso nonché a realizzare l'effetto deterrente proprio degli strumenti di *private enforcement antitrust*. A questo proposito è opportuno operare una distinzione.

Da un lato, la soluzione della composizione amichevole su proposta del giudice prima dell'emanazione della sentenza di accoglimento della classe risulta essere poco significativa sia perché non tiene conto del ruolo del difensore del ricorrente (e dunque della necessità di garantire un incentivo economico anche per questi) sia perché non sarebbe idonea a porre fine al procedimento giudiziale, in quanto nell'ambito di questa fase i potenziali aderenti (ragionevolmente) attenderebbero l'esito della sentenza del giudice. Questi possono sempre fare affidamento sul meccanismo di recupero di cui all'art. 840-*bis* c.p.c.

Dall'altro lato, il meccanismo di transazione successivo all'emanazione della sentenza di accoglimento sarebbe invece da valorizzarsi in quanto garantirebbe la posizione di una moltitudine di aderenti grazie al sistema di *opt-out*, evitando l'eccessivo frazionamento delle posizioni dei membri della classe che hanno aderito all'azione, soprattutto nei casi in cui i giudizi hanno ad oggetto *small claims*. Inoltre tale soluzione avrebbe il vantaggio di evitare l'espletamento della fase esecutiva della *class action*, in cui la determinazione del danno nonché la liquidazione dello stesso da parte dell'impresa resistente risultano essere particolarmente complesse e gravose.

---

<sup>176</sup> A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.

### CAPITOLO III: L'INTERAZIONE TRA PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 3/2017

SOMMARIO: 1. Il modello binario del *public* e *private enforcement* della tutela concorrenza nel mercato: l'interazione tra i due strumenti nel quadro della Direttiva (UE) 2014/104, recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 3/2017. 1.1. Illecito *antitrust* in sede civile: la distinzione tra azioni *follow on* e *stand alone* e il relativo onere probatorio gravante sulla classe. 2. L'alleggerimento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità nelle azioni di *private enforcement antitrust*: le più incisive disposizioni del d.lgs. n. 3/2017. 2.1. Gli ordini di esibizione nei confronti della controparte o dei terzi. 2.2. L'esibizione delle prove contenute nel fascicolo un'autorità garante della concorrenza. 2.3. I limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza. 2.4. La valutazione del danno, la presunzione di sussistenza del danno cagionato da un cartello e l'AGCM come *amicus curiae* del giudice civile ai fini della quantificazione del danno. 3. L'accertamento della violazione delle norme *antitrust* in sede amministrativa: la portata applicativa dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, circoscritta soltanto alle azioni *follow on*. 4. L'interazione tra giudizio civile risarcitorio e provvedimento dell'AGCM: l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017. 4.1. La potestà disapplicativa del giudice civile con riguardo ai provvedimenti dell'AGCM: tra interpretazione letterale della norma e variegate posizioni dottrinali. 4.2. La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: riflessioni sull'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM. 5. L'interazione tra il giudizio civile risarcitorio e il giudizio amministrativo alla luce dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017. 5.1. L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 come arretramento della tutela giurisdizionale in sede amministrativa rispetto agli orientamenti del Consiglio di Stato che hanno dato riscontro alla *full jurisdiction* della Corte EDU. 5.2. La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: ulteriori considerazioni sulla sentenza del giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento *antitrust*. 5.3. La pienezza del sindacato del giudice amministrativo come soluzione al dibattito sulla costituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e il problema aperto della sua applicabilità ai provvedimenti non sanzionatori. 6. Il giudizio civile autonomo: uno sguardo alle azioni *stand alone*. 6.1. La mancata regolamentazione nella direttiva sul *private enforcement* delle azioni *stand alone*: critica e risvolti negativi. 7. La sospensione facoltativa dell'azione di classe: una scelta costretta per il giudice civile nel *private enforcement antitrust*?

1. Il modello binario del *public* e *private enforcement* della tutela concorrenza nel mercato: l'interazione tra i due strumenti nel quadro della Direttiva (UE) 2014/104, recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 3/2017

Nel corso del presente lavoro si è in più occasioni sottolineato che il diritto europeo della concorrenza, nonché la disciplina nazionale in materia *antitrust*, hanno come obiettivo primario la tutela della concorrenza nel mercato per ragioni di sia interesse pubblico che privato. Nello specifico, da un lato, essi hanno lo scopo di proteggere, implementare e allargare la libera concorrenza nei mercati; dall'altro, offrono tutela giurisdizionale (riparatoria o inibitoria), sia in forma individuale che collettiva, ai soggetti privati che hanno subito un pregiudizio dalle condotte *antitrust*. In ragione di questa «doppia anima» del diritto della concorrenza, gli ordinamenti giuridici europei hanno implementato strumenti di *public enforcement* e di *private enforcement*<sup>1</sup>.

Il concetto di *public enforcement* descrive l'attività degli organi dello Stato finalizzata a regolare e inibire le condotte anticoncorrenziali delle imprese che operano nel mercato. Tale attività tutela interessi di carattere generale e

<sup>1</sup> Per tutti, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 1 ss.

pubblicistico. A livello italiano, il *public enforcement* viene implementato grazie all'attività integrata dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dotata di funzioni regolatorie e decisorie<sup>2</sup>, e del giudice amministrativo, il quale esercita un controllo giurisdizionale sull'operato dell'Autorità. La disciplina nazionale del *public enforcement* trova sede nella l. n. 287/1990<sup>3</sup>.

Il *private enforcement*, invece, si configura come l'attività dei soggetti privati che individualmente o collettivamente agiscono dinnanzi al giudice ordinario per ottenere una tutela risarcitoria (o inibitoria) dei loro diritti soggettivi, i quali sono stati lesi da violazioni del diritto della concorrenza. Tali attività sono finalizzate al soddisfacimento di interessi prettamente individuali. Nelle pagine a precedere, la trattazione si è in particolare concentrata sulla tutela collettiva dei diritti individuali, con specifico riguardo alla nuova azione di classe introdotta dalla l. n. 31/2019. Il *private enforcement* è poi disciplinato a livello nazionale dal d.lgs. n. 3/2017, il quale traspone il contenuto della Direttiva europea sul *private enforcement* n. 2014/104.

Gli strumenti di *public* e *private enforcement* sono tra di loro autonomi e possono essere azionati in maniera indipendente, poiché sono: (i) fondati su presupposti diversi, e cioè la tutela, rispettivamente, di interessi pubblici e privati, (ii) implementati da soggetti distinti, ossia autorità pubbliche, da un lato, e soggetti privati, dall'altro, e (iii) soggetti alla giurisdizione di due organi differenti, ossia il giudice amministrativo e il giudice civile<sup>4</sup>.

Ciò nonostante, gli strumenti di *private enforcement*, pur essendo finalizzati a soddisfare interessi di natura privata e individuale, sono idonei a perseguire anche finalità di carattere pubblicistico poiché permettono di promuovere l'effettività e la deterrenza del diritto *antitrust* nei confronti delle imprese che agiscono in contrasto con le norme a tutela della concorrenza<sup>5</sup>. In questo senso, tali strumenti integrano e potenziano il sistema di *public*

---

<sup>2</sup> I poteri decisorii, come illustrato, non si limitano ai tradizionali rimedi sanzionatori, ma si estendono a rimedi alternativi quali decisioni con impegni e programmi di clemenza.

<sup>3</sup> G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 3 ss.; F. TORIELLO, *Regolazione del mercato e private enforcement*, Milano, 2018, 155 ss.; E. A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 1926 ss.

<sup>4</sup> Così anche la giurisprudenza della Suprema Corte: cfr. Cass., sez. I, 25 maggio 2014, n. 11904 e 30 maggio 2014, n. 12186. In dottrina, M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016, 49 ss. e M. SIRAGUSA, *Interaction between public and private enforcement of competition law*, in *European Competition Law Annual*, 2016, 587 ss.

<sup>5</sup> B. L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 27 ss.; R. CHIEPPA, *Coordination between private and public antitrust enforcement in Italy and in the EU: Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 31 ss.; A. SAIJA, *La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust: un valore da preservare*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 123 ss.; A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp.*, 2017, 954 ss.; A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Milano, 2019, 98 ss.

*enforcement antitrust* e allo stesso tempo subiscono l'influenza dell'interesse pubblico, tanto da determinare delle «incursioni pubblicistiche nel processo civile»<sup>6</sup>.

Il legislatore europeo, con l'approvazione della Direttiva (UE) 2014/194, e conseguentemente quello italiano, hanno in primo luogo codificato la possibilità per i soggetti privati di ricorrere all'utilizzo di strumenti processuali volti ad offrire una tutela giurisdizionale a fronte dei pregiudizi subiti da condotte anticoncorrenziali, prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che aveva già da tempo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno *antitrust* ai soggetti privati sulla base dell'efficacia diretta degli artt. 101 e 102 TFUE<sup>7</sup>. In secondo luogo, il legislatore europeo ha introdotto una disciplina di raccordo tra i meccanismi di *public* e *private enforcement* finalizzata a bilanciare lo squilibrio tra le posizioni processuali dei soggetti privati danneggiati e le imprese convenute, in particolare cercando di ovviare al problema dell'asimmetria informativa tra le parti<sup>8</sup>. La Direttiva mira quindi ad attribuire una disciplina uniforme al *private enforcement* del diritto *antitrust* europeo, lasciando spazio ai legislatori nazionali di implementare gli strumenti necessari a garantire una tutela giurisdizionale effettiva nelle azioni risarcitorie dei danni derivanti da illeciti *antitrust*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> V. A. MONTANARI, *op. cit.*, 27 ss. Cfr. anche P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015, 157 ss.

<sup>7</sup> V., *inter alia*, C. Giust. UE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, causa C-453/99; C. Giust. UE, 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.*, causa C-295/04. In dottrina, v. A. HARTKAMP, C. SIEBURGH, W. DEVROE, *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, London, 2017. In particolare, cfr. art. 3, Direttiva (UE) 2014/104, rubricato «Diritto ad un pieno risarcimento», di cui si dirà meglio nel proseguito, nonché il Considerando n. 3 della Direttiva (UE) 2014/104, che prevede quanto segue:

«Gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra singoli e attribuiscono ai singoli interessati diritti ed obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare. Le autorità giudiziarie nazionali hanno quindi un ruolo di pari importanza da svolgere nell'applicazione delle regole di concorrenza (applicazione a livello privatistico). Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni. Per una piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE, ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essi previsti, è necessario che chiunque, compresi consumatori e imprese o autorità pubbliche, possa richiedere un risarcimento dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali per i danni subiti a causa di una violazione di tali disposizioni. (...)».

<sup>8</sup> M. FAZZARI, *Private enforcement antitrust e nuova azione di classe ex l. n. 31/2019*, in *Salvis Juribus*, 2020.

<sup>9</sup> Cfr. art. 4 della Direttiva (UE) 2014/104, rubricato «Principi di efficacia e di equivalenza»:

«A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale.»

Si veda anche il Considerando n. 4 della Direttiva (UE) 2014/104:

Ad ogni modo, giova evidenziare che il modello di azione risarcitoria europea ha natura meramente compensativa-riparatoria, che riflette «la scelta di non proporre misure quali le *class actions* di impronta americana, la divulgazione predibattimentale oppure il risarcimento cumulativo dei danni, che perseguirebbero principalmente uno scopo deterrente»<sup>10</sup>. Infatti, lo stesso art. 3, par. 3, Direttiva (UE) 2014/104, chiarisce che «*il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura*».

Storicamente, il modello europeo di *enforcement* del diritto *antitrust* è stato incentrato sul *public enforcement* di tipo amministrativo, che ha determinato quindi una prevalenza sui meccanismi di *private enforcement*<sup>11</sup>. Invero il *private enforcement* è stato a lungo inteso come un modello residuale di tutela della concorrenza e comunque secondario rispetto all'attività di *enforcement* condotta dalle autorità pubbliche<sup>12</sup>. Anche per questa ragione, unitamente all'assenza di una disciplina normativa comune a livello europeo e alla scarsa intensità del sindacato giurisdizionale che si è storicamente registrata in materia *antitrust*, l'instaurazione di giudizi civili volti ad ottenere il risarcimento dei danni da illecito *antitrust* non ha avuto grande seguito e per certi aspetti è stata addirittura disincentivata.

Diversamente, negli Stati Uniti, ad esempio, il 95% dell'*enforcement* del diritto *antitrust* è attribuito ai meccanismi di *private enforcement*, i quali sono dotati di una maggiore effettività e popolarità, e in particolare alle azioni di tipo

---

«Il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto. La necessità di mezzi di ricorso procedurali efficaci deriva anche dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva come previsto all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del trattato sull'Unione europea (TUE) e all'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Gli Stati membri dovrebbero assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Per una prospettiva di carattere più recente, si veda anche la Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 11 aprile 2018, 2018/0089(COD).

<sup>10</sup> Così la Relazione della Commissione che accompagna la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, 11 giugno 2013, 2013/0185 (COD), 8. V. in dottrina C. MASSA, *Il divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 321 ss. e F. TORIELLO, *op. cit.*, 209 ss.

<sup>11</sup> B. L. BOSCHETTI, *op. cit.*; S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, Torino, 2017, 21 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 252; A. MONTANARI, *op. cit.*, 45. Sul tema del *favor* del legislatore europeo per le azioni di tipo *follow on* in materia di *class actions*, si vedano le riflessioni di C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, Napoli, 2015, 83 ss. nonché C. FRATEA, *op. cit.*, 83 ss.

<sup>12</sup> P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 79 ss.

*stand alone*<sup>13</sup>. Per l'effetto è possibile affermare che nell'ordinamento giuridico statunitense il «confezioso tra soggetti privati riveste una funzione preponderante rispetto al *public enforcement* e costituisce la vera e propria 'spina dorsale' del diritto *antitrust*»<sup>14</sup>, con la conseguenza che le sanzioni pubbliche delle agenzie federali sono limitate ai casi di violazioni più gravi, mentre la condanna al risarcimento dei danni in sede civile rappresenta la sanzione più efficace e diffusa ed esplica la funzione deterrente in senso proprio del diritto *antitrust*.

Le ragioni del successo del modello del *private enforcement* negli Stati Uniti possono essere ricondotte ad una pluralità di elementi<sup>15</sup>, tra cui figurano: (i) l'alleggerimento dell'onere probatorio gravante sui soggetti privati che intendono dimostrare l'esistenza dell'illecito *antitrust*, (ii) la possibilità di incardinare azioni di classe più agevolmente e con un alto grado di successo, (iii) l'elevata entità del danno risarcibile, che può ammontare fino al triplo dei danni subiti (i c.dd. *treble damages*), e (iv) l'attività interpretativa delle corti statunitensi che hanno contribuito a creare maggiore certezza giuridica.

A livello europeo, risulta evidente che il legislatore euro-unitario ha introdotto una disciplina comune in materia di *private enforcement* con l'obiettivo di incrementare l'efficacia deterrente degli strumenti di *private antitrust enforcement*, potenziare il raccordo tra i due sistemi di *enforcement* per individuare un maggior numero di illeciti anticoncorrenziali, nonché assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale dei soggetti privati in sede risarcitoria<sup>16</sup>.

Inoltre si rileva anche la recente tendenza a livello euro-unitario di attenuare le divergenze tra i due sistemi di *enforcement* e di rivalorizzare i meccanismi di *private enforcement* mediante: (i) le posizioni giurisprudenziali assunte dalla Corte di Giustizia, le quali hanno consentito il consolidamento di principi comuni in materia *antitrust*, «permettendo ai giudici nazionali di acquisire maggiore dimestichezza con le norme in tema di concorrenza e alle Autorità nazionali di applicare in maniera razionale e più coordinata le disposizioni *antitrust*, così accelerando lo sviluppo di una giurisprudenza e di

---

<sup>13</sup> B. L. BOSCHETTI, *op. cit.*; M. NEGRI, *op. cit.*, 243 ss.; E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, cit.; R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 89.

<sup>14</sup> Testualmente S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, cit., 25.

<sup>15</sup> S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, cit., 25 ss. e S. LAMARCA, *Antitrust americano e antitrust europeo*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 27 ss.

<sup>16</sup> Cfr. P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 222 ss.; A. BERNES, *op. cit.*; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: Compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 101 ss.; A. D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018.

una prassi fondate su regole condivise»<sup>17</sup>; e (ii) il ruolo di guida e indirizzo svolto dalla Commissione UE anche grazie all'adozione di strumenti di *soft law*.

Il legislatore italiano ha recepito la direttiva europea in oggetto nel d.lgs. n. 3/2017, il quale risulta essere interamente ispirato ai principi fondamentali della stessa, ossia di effettività della tutela giurisdizionale, parità delle armi e pienezza del risarcimento del danno<sup>18</sup>.

È dato riscontrare però come diversi autori abbiano espresso una certa insoddisfazione nei confronti di tale implementazione, in ragione del fatto che il legislatore italiano si è limitato ad adeguare il sistema giuridico nazionale secondo lo stretto indispensabile, senza sfruttare tale occasione per «rendere effettiva la tutela delle norme *antitrust*, ma anche per migliorare la funzionalità complessiva del processo civile»<sup>19</sup>, in particolare con riguardo alla struttura della fase istruttoria e alla nozione di giudicato<sup>20</sup>.

Pur tuttavia, giova ricordare che l'art. 18, d.lgs. n. 3/2017, attribuisce la competenza inderogabile in materia di risarcimento del danno *antitrust* alle sole sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli. Tale scelta è stata invece valutata positivamente da diversi studiosi in quanto, da un lato, essa permette di concentrare presso pochi giudici altamente specializzati la complessa materia dell'*antitrust* e, dall'altro, risulta essere maggiormente conveniente da un punto di vista economico, poiché i contenziosi *antitrust* tendono a radicarsi nelle medesime sedi giudiziarie (con una particolare concentrazione di controversie di *private enforcement* nella città di Milano)<sup>21</sup>. Secondo molti commentatori, tali vantaggi avrebbero come conseguenze principali la maggiore rapidità delle decisioni, la tendenziale uniformità e coerenza della giurisprudenza, la prevedibilità delle decisioni, e dunque, in definitiva, una maggiore certezza del diritto<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Così S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, cit., 27.

<sup>18</sup> Cfr. art. 3 della Direttiva (UE) 2014/104. In dottrina, v. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991 ss. e F. ALTRUI, F. PAOLA, *Controllo giudiziario dell'applicazione da parte dei giudici delle regole antitrust*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 1013 ss.

Si rileva che a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 3/2017, risultano essere «assoggettate alla medesima disciplina nazionale tutte le azioni di risarcimento *antitrust* indipendentemente dalla circostanza che esse derivino da un'applicazione degli artt. 2 o 3 della l. n. 287/1990 autonoma o congiunta alla normativa comunitaria ovvero che si tratti di azioni introdotte individualmente o collettivamente» (così S. LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 2017).

<sup>19</sup> Così testualmente P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017*, cit.

<sup>20</sup> Per una critica alla limitatezza di tale intervento normativo, v. A. BERNES, *op. cit.*; C. MASSA, *op. cit.*; A. MONTANARI, *op. cit.*, 171 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 252 ss.

<sup>21</sup> M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 1 ss. Nello stesso senso risulta essere anche S. LOPOPOLO, *op. cit.*

<sup>22</sup> E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement antitrust dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, in M. CONDINANZI, J. ALBERTI, F. CROCI (a cura di), *Il private antitrust enforcement europeo nelle Corti milanesi: Una prospettiva europea*, in *Atti del Convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 presso l'Università di Milano*, 49.

### 1.1. Illecito *antitrust* in sede civile: la distinzione tra azioni *follow on* e *stand alone* e il relativo onere probatorio gravante sulla classe

Le azioni di classe volte ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* si distinguono in azioni di tipo *follow on* e *stand alone*<sup>23</sup>.

Le azioni *follow on* si configurano come azioni risarcitorie che fanno seguito (*follow on*) al *public enforcement*, ossia dall'applicazione pubblica delle norme a tutela della concorrenza da parte delle autorità nazionali *antitrust* (in Italia, nello specifico dall'AGCM), della Commissione europea e dei giudici dinnanzi ai quali le decisioni dei *public enforcer* vengono impugnate (in Italia il giudice amministrativo, mentre a livello europeo la Corte di Giustizia). Le azioni *stand alone* sono azioni risarcitorie che vengono introdotte indipendentemente dall'esistenza di un previo provvedimento dell'Autorità e dunque anche senza che il procedimento *antitrust* sia stato avviato o concluso.

Nel nostro ordinamento, alcuni studi empirici hanno evidenziato che la maggior parte delle azioni di risarcimento del danno *antitrust* promosse sono state prevalentemente di tipo *follow on*<sup>24</sup>.

Inoltre, come già anticipato, nell'ambito della tutela del *private enforcement antitrust* innanzi al giudice ordinario, la determinazione della condotta anticoncorrenziale segue il modello dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c.<sup>25</sup>. Pertanto, il soggetto privato (quale il proponente dell'azione di classe) che agisce in giudizio, in qualità di attore, risulta essere gravato dell'onere di provare gli elementi costitutivi della condotta, e cioè il fatto illecito (la violazione di una norma del diritto *antitrust*), l'elemento soggettivo (il dolo o la colpa, che

---

<sup>23</sup> M. SCUFFI, *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016, 98 ss.; M. TAVASSI, *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, cit., 52 ss.; C. FRATEA, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>24</sup> Cfr. M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit. 5, la quale offre una disamina delle varie azioni risarcitorie avviate nell'ambito del *private enforcement antitrust*. L'Autrice, sulla base di uno studio condotto dall'Università degli Studi di Milano denominato «GAM – Giurisprudenza Milanese *Antitrust*», identifica quante azioni di tipo *follow on* e *stand alone* sono state esperite in relazione a ciascun settore di *private enforcement antitrust*. Alla luce dei numeri presentati, emerge che in media il 70-80% delle domande risarcitorie è di tipo *follow on*. V. anche P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 7 e I. TACCANI, *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi civili per il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016, 104.

<sup>25</sup> Cfr. B. L. BOSCHETTI, *op. cit.*; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 123 ss.; A. MONTANARI, *op. cit.*, 171 ss. Per una trattazione complessiva del tema e una disamina della casistica sia europea che nazionale v. G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016, 9.

risultano essere presunti in virtù della violazione *antitrust*<sup>26</sup>), il danno ingiusto e il nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno<sup>27</sup>.

Ai sensi dell'art. 8, d.lgs. n. 3/2017, in conformità con quanto previsto dall'art. 2947 c.c. e dall'interpretazione che ne viene data in giurisprudenza<sup>28</sup>, il diritto ad ottenere il risarcimento del danno *antitrust* si prescrive in cinque anni a partire dal momento della conoscenza (effettiva o ragionevolmente presumibile) della sussistenza della condotta anticoncorrenziale imputabile all'autore<sup>29</sup>.

L'onere probatorio gravante sul ricorrente si declina diversamente a seconda del tipo di azione risarcitoria che viene instaurata dinnanzi al giudice civile<sup>30</sup>. Qualora l'azione sia di tipo *follow on*, il ricorrente è sollevato dall'onere di provare l'illiceità della condotta, in quanto l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 sancisce che l'accertamento della violazione *antitrust* realizzato da un provvedimento dell'AGCM inoppugnabile ovvero da una sentenza amministrativa passata in giudicato risulta essere vincolante per il giudice civile. Diversamente, se l'azione risarcitoria viene introdotta senza che vi sia stato un previo accertamento in sede amministrativa (azione di tipo *stand alone*), il soggetto privato ha l'onere di provare anche l'illiceità della condotta tenuta dall'impresa convenuta.

Per quanto concerne gli altri elementi essenziali dell'illecito *antitrust*, ossia il danno ingiusto e il nesso di causalità, l'onere di fornire la prova della loro sussistenza grava sul ricorrente, in conformità con il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. A tale proposito, è opportuno rimarcare che la prova del danno (e soprattutto del *quantum* del pregiudizio sofferto) nonché del nesso di causalità tra il danno subito e la condotta anticoncorrenziale risultano essere particolarmente difficoltosi, in considerazione del fatto che il relativo materiale

---

<sup>26</sup> Per un approfondimento sul tema dell'elemento soggettivo dell'illecito *antitrust* in sede civile, cfr. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 510 ss.

<sup>27</sup> Per una disamina complessiva degli elementi essenziali della responsabilità dell'impresa, v. P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 85 ss.

<sup>28</sup> Per una trattazione approfondita del tema dell'onere probatorio e della sua declinazione nella Direttiva (UE) 2014/104, v. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 100 ss. Sul problema dell'identificazione del *dies a quo*, cfr. L. CASTELLI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e prescrizione: quali le vere novità?*, in *Resp.*, 2020, 1534 ss.

<sup>29</sup> Art. 8, d.lgs. n. 3/2017:

«1. Il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza si prescrive in cinque anni. Il termine di prescrizione non inizia 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 di tutti i seguenti elementi:

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 cagionato un danno;

c) dell'identità dell'autore della violazione.

2. La prescrizione rimane sospesa quando l'autorità garante della concorrenza avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il diritto al risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo».

<sup>30</sup> M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, cit., 305 ss.

probatorio si trova in possesso dell'impresa che ha commesso l'illecito ovvero di terzi (incluse altre autorità pubbliche)<sup>31</sup>. Tale strutturale asimmetria informativa e il conseguente difficile accesso al materiale probatorio hanno dunque carattere patologico e risultano essere fonte di disincentivo dell'iniziativa privata.

Per tali ragioni la Direttiva (UE) 2014/104, recepita dal legislatore italiano nel d.lgs. n. 3/2017, ha introdotto dei meccanismi di raccordo tra il processo civile e il *public enforcement antitrust* con lo scopo di riequilibrare le posizioni processuali delle parti.

A tale proposito, diversi autori rilevano che la direttiva in questione prevede una disciplina più sistematica e particolareggiata per le azioni di tipo *follow on*, lasciando in disparte le azioni *stand alone* e creando così un forte disquilibrio normativo<sup>32</sup>. Tale censura si baserebbe sul fatto che la suddetta direttiva prevede numerose norme di raccordo tra il *public* e *private enforcement* nel senso di rendere dipendente il giudizio civile dall'attività dei *public enforcers* ma non introduce delle previsioni che disciplinano espressamente le ipotesi in cui un'azione risarcitoria viene introdotta indipendentemente dall'accertamento amministrativo.

Oltre ad introdurre il meccanismo di efficacia vincolante di accertamento di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017, la Direttiva permette ai ricorrenti nelle azioni *follow on* di avvantaggiarsi del materiale probatorio raccolto dall'AGCM nel corso della fase istruttoria del procedimento *antitrust* per ottenere elementi informativi relativi agli effetti distorsivi delle violazioni *antitrust* e dunque utili a valutare l'esistenza dei danni, il nesso di causalità tra i comportamenti anticoncorrenziali e i danni lamentati in giudizio. Ad ogni modo, almeno in linea di principio, questi non potranno avvalersi dell'accertamento della violazione in sede amministrativa per dimostrare il nesso causale, la sussistenza ed il *quantum* del danno, poiché tali elementi essenziali rimangono di esclusiva competenza della giurisdizione civile<sup>33</sup>.

Il d.lgs. n. 3/2017 riporta una serie di disposizioni a tutela del diritto alla prova<sup>34</sup> in favore dei soggetti privati che agiscono per tutelare le loro posizioni giuridiche soggettive pregiudicate e, nello specifico, prevede che nell'ambito di un'azione risarcitoria derivante da un illecito *antitrust* il giudice civile:

- (i) può ordinare alle parti (in particolare all'impresa resistente) o ad un terzo di esibire le *prove rilevanti che rientrino nella loro disponibilità* (art. 3 d.lgs. n. 3/2017);

---

<sup>31</sup> M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*; R. BONATTI, *Esibizione delle prove presso controparte o terzo e Sanzioni per violazione della disciplina delle prove*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 15 ss.; S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018.

<sup>32</sup> E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement antitrust dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, cit., 55.

<sup>33</sup> Così anche C. Giust. UE, Grande Sezione, 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, causa C-199/11.

<sup>34</sup> Sul tema del diritto alla prova nell'ambito della Direttiva (UE) 2014/104 e sulla scelta del legislatore italiano di intervenire in materia di riparto dell'onere probatorio, cfr. R. BONATTI, *op. cit.*, 16 ss.

- (ii) può ordinare l'esibizione di *prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza* (art. 4 d.lgs. n. 3/2017);
- (iii) può ammettere le prove ottenute dalle parti mediante l'accesso al fascicolo istruttorio di un'autorità garante della concorrenza (art. 5 d.lgs. n. 3/2017);
- (iv) può sanzionare coloro i quali non ottemperano all'ordine di esibizione e può *ritenere provato il fatto al quale la prova* rilevante ai fini del giudizio che non è stata prodotta dall'impresa convenuta *si riferisce* (art. 6 d.lgs. n. 3/2017)<sup>35</sup>;
- (v) deve considerare *definitivamente accertata* la violazione del diritto *antitrust* qualora sia stata accertata da una decisione dell'AGCM inoppugnabile o da una sentenza del giudice amministrativa passata in giudicato (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017);
- (vi) può considerare *provata, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale* la violazione del diritto *antitrust* a seguito di un accertamento con *decisione definitiva* da parte dell'autorità nazionale *antitrust* o del *giudice del ricorso* di un altro Stato membro dell'Unione Europea (art. 7, comma 2, d.lgs. n. 3/2017);
- (vii) deve condannare in solido le imprese co-autrici dell'illecito *antitrust*, in conformità con il principio di cui all'art. 2055 c.c. (art. 9 d.lgs. n. 3/2017)<sup>36</sup>;
- (viii) deve applicare il meccanismo della c.d. *passing-on defense*<sup>37</sup> (e cioè il trasferimento del sovrapprezzo) nelle azioni risarcitorie nell'ambito di un *dato livello della catena di approvvigionamento*, anche in considerazione

<sup>35</sup> A tale proposito, la dottrina evidenzia che l'implementazione di un sistema di sanzioni efficaci a fronte di un ordine di esibizione risulta essere indispensabile ai fini dell'effettiva deterrenza del *private enforcement*. Cfr. A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttorio nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 199 ss. e da ultimo M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*

<sup>36</sup> Se pur con due deroghe, cfr. S. LOPOPOLO, *op. cit.* La prima nei confronti delle piccole e medie imprese (PMI) per le quali l'obbligo al risarcimento è limitato ai soli danni subito dagli acquirenti diretti ed indiretti, qualora «la quota di mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione e l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività». La seconda nei confronti di coloro i quali hanno beneficiato di un programma di clemenza (i c.dd. *immunity applicant*, e gli aderenti ai c.dd. *leniency programs*) ottenendo dall'AGCM l'immunità o la riduzione della sanzione. Questi, infatti, risultano essere responsabili soltanto nei confronti degli acquirenti o fornitori diretti o indiretti nell'ipotesi in cui tali ultimi soggetti non possano ottenere il risarcimento integrale dagli altri co-autori della violazione.

<sup>37</sup> Tale meccanismo attiene alle ipotesi in cui un'impresa opera nell'ambito di relazioni verticali di produzione e distribuzione e questa ponga in essere condotte anticoncorrenziali i cui effetti si propagano lungo la catena, impattando «sulle sfere patrimoniali di tutti i soggetti partecipanti alla catena del valore, dall'acquirente diretto al distributore, sino al consumatore finale, punto terminale della 'traiettoria offensiva' dell'illecito» (cfr. M. W. MONTEROSSO, *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp.*, 2019, 695 ss.) Il *passing on* si configura come il «trasferimento del danno anticoncorrenziale' che si declina in una traslazione, totale o parziale, degli effetti dannosi delle illecite distorsioni della concorrenza dal soggetto che abbia contratto direttamente con un'impresa autrice dell'illecito ad altri soggetti della catena produttiva e distributiva estranei alla condotta illecita (come fornitori, intermediari o consumatori finali)» (così argomenta S. LOPOPOLO, *op. cit.*). Sul punto, v. anche M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*

del fatto che è l'impresa resistente a dover provare l'esistenza e la portata del trasferimento di tutto o parte del sovrapprezzo (artt. 10, 11 e 12 d.lgs. n. 3/2017)<sup>38</sup>;

- (ix) deve ritenere presunto il danno cagionato da un cartello tra imprese, salva la prova contraria (art. 14, comma 2, d.lgs. n. 3/2017)<sup>39</sup>; e
- (x) può chiedere l'assistenza all'AGCM *formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno* (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 3/2017).

2. L'alleggerimento dell'onere della prova del danno e del nesso di causalità nelle azioni di *private enforcement antitrust*: le più incisive disposizioni del d.lgs. n. 3/2017

Il presente lavoro prenderà in considerazione soltanto alcune delle disposizioni sopra menzionate con la finalità di illustrare i meccanismi di coordinamento tra *public* e *private enforcement* più rilevanti sotto il profilo dell'onere della prova del danno e del nesso causale con la condotta antigiuridica dedotta nel giudizio civile. La prova di tali elementi costitutivi dell'illecito *antitrust* invero grava proprio sul ricorrente e risulta essere particolarmente gravosa, tanto da configurarsi alla stregua di una *probatio diabolica*<sup>40</sup>. Il d.lgs. n. 3/2017 a questo proposito si è posto l'obbiettivo di rimuovere tali ostacoli e di assicurare ai soggetti privati la possibilità di disporre di elementi conoscitivi al fuori della loro portata, con l'effetto ultimo di incentivare le iniziative individuali e collettive di *private enforcement*<sup>41</sup>.

Giova rilevare che il principio europeo di effettività comporta comunque che l'esercizio del diritto al risarcimento del danno non sia eccessivamente

---

<sup>38</sup> Peraltro, ai sensi dell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, «(...) il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che:

a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;

b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;

c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.»

Per una trattazione più approfondita del tema della *passing on defense*, cfr. M. W. MONTEROSSO, *op. cit.* e C. HERRERO SUAREZ, *L'eccezione di trasferimento dei costi in azioni follow-on*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 195 ss.

<sup>39</sup> Cfr. M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss., con riferimento all'introduzione del principio di presunzione legale relativa, secondo la quale tutti i cartelli cagionano un danno, sottolinea che «tale presunzione è stata limitata unicamente ai cartelli in ragione delle loro caratteristiche intrinseche, vale a dire l'asimmetria informativa, l'elevato grado di segretezza ed informalità, che rende estremamente difficile la prova degli effetti pregiudizievoli subiti dai clienti, nonché il fatto che il 90% dei cartelli causa un danno». V. anche M. DE CRISTOFARO, *op. cit.* e A. BERNES, *op. cit.*

<sup>40</sup> A. BERNES, *op. cit.* e M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, cit., 299 ss. e 316 ss.

<sup>41</sup> Per una disamina della giurisprudenza europea sul punto v. P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 161 ss.

difficile o praticamente impossibile<sup>42</sup>. Tale principio deve essere bilanciato con esigenze di natura pubblicistica. Pertanto la facoltà dei soggetti privati di disporre degli atti e documenti nel fascicolo dell'AGCM per dimostrare i danni subiti, in soddisfazione di un interesse meramente privato, deve sempre essere contenuta con l'interesse pubblico a non compromettere l'azione dell'AGCM<sup>43</sup>. Di conseguenza, qualora si verificano dei potenziali conflitti, deve sempre prevalere l'interesse pubblico su quello privato, in quanto è da ritenersi che le esigenze di carattere generale devono prevalere su quelle dei singoli danneggiati<sup>44</sup>.

Infine, occorre precisare che le disposizioni contenute dal d.lgs. n. 3/2017 in materia probatoria devono essere poste in relazione con le norme introdotte dal legislatore del 2019 con la nuova azione di classe al titolo VIII-bis, e nello specifico con l'art. 840-quinquies c.p.c., che sono state precedentemente prese in considerazione nel presente lavoro.

## 2.1. Gli ordini di esibizione nei confronti della controparte o dei terzi

Art. 3, d.lgs. n. 3/2017:

*«1. Nelle azioni per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza, su istanza motivata della parte, contenente 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, il giudice può ordinare alle parti o al terzo l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella loro disponibilità a norma delle disposizioni del presente capo.*

*2. Il giudice dispone a norma del comma 1 individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. La categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria.*

*3. Il giudice ordina l'esibizione, nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione e, in particolare:*

---

<sup>42</sup> Cfr. artt. 19, par. 1, TFUE e 47 della Carta di Nizza. V., *inter alia*, C. Giust. UE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, causa C-453/99; C. Giust. UE, 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.*, causa C-295/04.

<sup>43</sup> M. G. MONTANARI, *L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 32 ss.

<sup>44</sup> Per riferimenti sul punto: F. FERRARO, *L'esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 46. V. anche M. FAZZARI, *op. cit.*

- a) *esamina in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa sono sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;*
- b) *esamina la portata e i costi dell'esibizione, in specie per i terzi interessati;*
- c) *valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, in specie se riguardanti terzi.*
4. *Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.*
5. *La parte o il terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione hanno diritto di essere sentiti prima che il giudice provveda a norma del presente articolo.*
6. *Resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso.»*

Innanzitutto, il d.lgs. n. 3/2017 prevede la possibilità per il giudice civile di ordinare l'esibizione di elementi di prova («*fatti e prove*»)<sup>45</sup> nella disponibilità della controparte o dei terzi, i quali risultano essere sufficienti a sostenere la fondatezza della pretesa risarcitoria o della difesa. Tali elementi devono essere rilevanti rispetto al *thema decidendum*, nel senso di indicare i fatti principali e secondari che la parte istante intende porre a fondamento della propria domanda o eccezione, e al *thema probandum*, in quanto permettono di individuare quale tra i fatti allegati deve essere accertato dal giudice.

L'ordine di esibizione in esame si configura come uno strumento che può essere utilizzato sia nell'ambito di azioni *follow on* che *stand alone* sulla base di un'istanza di parte.

In aggiunta si rileva che «poiché l'ordine di esibizione previsto dal decreto appartiene, certamente e solamente, alla categoria dei mezzi di prova, ed è perciò soggetto ai termini, alle preclusioni ed alle regole di deduzione dei mezzi istruttori in genere, esso non può essere utilizzato per ampliare surrettiziamente il *thema decidendum*; non può, cioè, accadere che l'istanza di esibizione (...) faccia riferimento a fatti diversi, ultranei o comunque nuovi, rispetto a quelli già allegati dalle parti nel processo»<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> La norma fa anche riferimento alle «*categorie di prove*», istituto sconosciuto dal nostro ordinamento che pare attenere ad un gruppo di prove aventi in comune uno o più elementi, quali la natura, la portata temporale, o l'oggetto. Per una disamina del significato di *categoria di prova* e una critica all'inappropriatezza del riferimento normativo, cfr. R. BONATTI, *op. cit.*, 25 ss.

<sup>46</sup> Così afferma R. BONATTI, *op. cit.*, 21.

La norma in questione pone in primo luogo dei requisiti di ammissibilità legale dell'istanza di parte, la quale deve (i) essere adeguatamente motivata, (ii) individuare specificatamente gli elementi di prova (o le categorie di prova) di cui si chiede l'esibizione, e (iii) allegare un quadro fattuale e probatorio plausibile. Tali requisiti hanno tuttavia una finalità persuasiva: la parte istante deve infatti convincere il giudice che il quadro fattuale e probatorio presentato rende plausibile o comunque credibile la tesi sostenuta dalla domanda (o dall'eccezione), sebbene detta tesi debba trovare ulteriore fondamento nell'acquisizione delle prove in possesso della controparte o del terzo. A questo proposito si rileva che i tre requisiti in questione risultano essere facilmente dimostrabili nelle azioni *follow on*, poiché la domanda risarcitoria segue l'accertamento di una violazione *antitrust* che è già avvenuto e dunque la plausibilità dell'istanza di esibizione pare essere esistente *in re ipsa* in quanto deriva direttamente dall'accertamento effettuato in sede amministrativa<sup>47</sup>. Ad ogni modo, l'istanza di esibizione può essere utile per dimostrare o quantificare il danno nonché il nesso causale, e quindi può essere presentata anche nell'ambito di un'azione *stand alone* per raccogliere gli elementi informativi necessari.

In secondo luogo, l'art. 3 cit. individua i criteri che il giudice deve considerare ai fini dell'accoglimento dell'istanza di esibizione. Questi risultano essere: (i) il giudizio di proporzionalità finalizzato a raggiungere il miglior risultato utile contemperando gli interessi di tutti i soggetti coinvolti (l'istante, il soggetto destinatario dell'ordine di esibizione, eventuali terzi), i quali non devono essere pregiudicati in modo non necessario o ingiustificato; (ii) la plausibilità della domanda risarcitoria (o dell'eccezione) sulla base dei fatti e delle prove disponibili e posti a fondamento dell'istanza di esibizione; (iii) i costi diretti e indiretti e relativi alle spese che il destinatario dell'ordine sarebbe tenuto a sostenere; e (iv) il trattamento di informazioni riservate, che possono avere carattere personale, commerciale, industriale, finanziario ovvero possono attenerse a segreti commerciali o connessi al *know-how*<sup>48</sup>, e in particolare le comunicazioni tra avvocati e clienti (c.d. *legal privilege*)<sup>49</sup> vengono *ex lege* escluse dall'esibizione.

## 2.2. L'esibizione delle prove contenute nel fascicolo un'autorità garante della concorrenza

---

<sup>47</sup> Sul punto, v. G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, 234 ss. e C. FRATEA, *op. cit.*, 221 ss.

<sup>48</sup> V., *inter alia*, P. IANNUCELLI, *Torniamo al trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 97 ss. nonché R. BONATTI, *op. cit.*, 30 ss.

<sup>49</sup> Si rileva che nell'ambito di applicazione di tale esclusione *ex lege* rientrano le comunicazioni tra avvocati *esterni* all'impresa, ma non quelle tra i consulenti legali *in-house*. Si veda sul tema C. Giust. UE, Grande Sezione, 14 settembre 2010, *Akzo Nobel c. Commissione*, causa C-550/07P, in *Dir. comm. int.*, 2011, 243 ss., con nota di G. CAPECCHI, *La tutela della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno*; V. FALCE, *Il privilegio legale nella direttiva 2014/104/UE sul private enforcement e possibili aperture in sede di recepimento*, in *Dir. ind.*, 2016, 505 ss.

All'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza è indirizzato l'art. 4, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui

*«1. Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova.*

*2. Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza a norma dell'articolo 3 e secondo quanto disposto dal presente articolo.*

*3. Quando il giudice valuta la proporzionalità dell'ordine di esibizione considera altresì:*

*a) se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza;*

*b) se la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza;*

*c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza in relazione a quanto previsto dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 4, o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del comma 7.*

*4. Il giudice, solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza, può ordinare l'esibizione delle seguenti categorie di prove:*

*a) informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza;*

*b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento;*

*c) proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate.*

*5. Il giudice non può ordinare a una parte o a un terzo di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate. In ogni caso l'attore può proporre istanza motivata perché il giudice, che può chiedere assistenza solo all'autorità garante della concorrenza, acceda alle prove di cui al periodo precedente al solo scopo di garantire che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p). Gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti. In nessun caso il giudice consente alle altre parti o a terzi l'accesso a tali prove. Quando il giudice accerta che il contenuto delle prove non corrisponde alle definizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere n) e p), ne ordina l'esibizione secondo le disposizioni di cui ai commi 4 e 6.*

6. *Il giudice può ordinare l'esibizione delle prove che non rientrano nelle categorie di cui ai commi 4 e 5, primo periodo, anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante della concorrenza.»*

Ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 3/2017, il giudice civile ha il potere di ordinare l'esibizione di prove contenute nel fascicolo istruttorio dell'AGCM (o di un'altra autorità *antitrust* di uno Stato membro dell'Unione Europea) quando né le parti né i terzi sono in grado di fornire tali prove, e dunque nel rispetto del principio di sussidiarietà. Tale ipotesi di esibizione segue lo stesso procedimento di cui all'art. 3, d.lgs. n. 3/2017, e presuppone l'esistenza di un procedimento *antitrust*, che può essere sia pendente che concluso. Per questa ragione, è ragionevole ritenere che il soggetto privato che intenda fare richiesta al giudice di ordinare l'esibizione ai sensi della norma in oggetto generalmente si avvale di questo strumento istruttorio nell'ambito di un'azione di tipo *follow on*, sebbene sarebbe astrattamente possibile anche in un'azione *stand alone* che sia stata incardinata in pendenza della fase istruttorio del procedimento *antitrust*.

A tale proposito, occorre specificare che per *prova* si intendono «tutti i mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate» (art. 2, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 3/2017)<sup>50</sup>. Peraltro sulla base della normativa e della giurisprudenza di derivazione europea, si intendono escluse da tali mezzi di prova le informazioni scambiate all'interno dell'AGCM e nell'ambito della Rete delle Autorità di Concorrenza<sup>51</sup>.

Il giudice civile valuta la richiesta di esibizione sulla base del principio di proporzionalità e pertanto deve tenere conto dei seguenti criteri:

- (i) la richiesta deve essere formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto e al contenuto dei documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità;
- (ii) la presenza del nesso di derivazione della domanda risarcitoria per cui viene formulata la richiesta di esibizione dalla violazione del diritto *antitrust*;
- (iii) la necessità di preservare l'efficacia del *public enforcement* del diritto della concorrenza.

Di questi tre, il presente lavoro prenderà in considerazione il primo e il terzo.

In relazione al primo criterio, si evidenzia che tale requisito presuppone che l'istante sia a conoscenza del contenuto del fascicolo istruttorio (o quantomeno del suo indice, che generalmente non viene nemmeno pubblicato). Pertanto, a meno che il soggetto privato non abbia partecipato alla fase istruttorio del procedimento *antitrust* o non abbia presentato preventivamente una richiesta di accesso agli atti dinanzi all'AGCM<sup>52</sup>, risulta inverosimile che

---

<sup>50</sup> Così P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017*, cit. in critica alla disposizione normativa in parola.

<sup>51</sup> Per un approfondimento, cfr. F. FERRARO, *op. cit.*, 47.

<sup>52</sup> In via generale, sulla base dell'applicazione della disciplina dell'accesso procedimentale di cui all'art. 10, comma 5, l. n. 287/1990 e art. 15 del Regolamento sulle procedure istruttorie. In via residuale, mediante il tradizionale accesso informativo disciplinato dalla l. n. 241/1990 e le due forme dell'accesso civico disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013 e dell'accesso civico generalizzato, inserito nel d.lgs. n. 33/2013 ad opera del d.lgs. n. 97/2016.

questo sia in grado di formulare una richiesta specifica e puntuale. Ad ogni modo, la *ratio* sottesa a tale criterio è quella di prevenire richieste generiche di informazioni o comunque irrilevanti ai fini del procedimento civile (le c.dd. *fishing expeditions*)<sup>53</sup>.

Per quanto concerne il terzo criterio, la parte istante deve dimostrare che l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità non comprometterebbe l'interesse generale del diritto della concorrenza. In questa ipotesi, pare che il giudice in relazione a tale criterio ceda di una maggiore discrezionalità valutativa.

In aggiunta, l'art. 4 cit. individua tre differenti categorie di prove, a seconda del loro grado di conoscibilità nel giudizio civile.

La prima categoria (c.d. *black list*) comprende le prove che non possono mai essere esibite nel giudizio civile poiché aventi ad oggetto una dichiarazione connessa ad un programma di clemenza ovvero ad una proposta di transazione<sup>54</sup> (art. 4, comma 5, d.lgs. n. 3/2017)<sup>55</sup>. La *ratio* di queste esclusioni si individua nella necessità di salvaguardare l'appetibilità dei programmi di clemenza e delle transazioni, «evitando che la prospettiva di un'azione di danno possa far desistere i partecipanti all'intesa dallo scoprire le proprie carte e dal collaborare con le Autorità garanti della concorrenza»<sup>56</sup>.

Inoltre tale previsione avrebbe il pregio di garantire il legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che richiede il trattamento favorevole e il rispetto del principio di non autoincriminazione. Tuttavia, diversi autori rilevano che tali ultime esigenze si pongono in conflitto con l'interesse del soggetto privato, il quale ha subito un danno da un illecito anticoncorrenziale e intende ottenere il risarcimento del danno<sup>57</sup>. Taluni studiosi sostengono che sia invece necessario garantire il pieno ingresso di tali informazioni all'interno del processo civile,

---

<sup>53</sup> Sul punto, v. M. G. MONTANARI, *op. cit.*, 34.

<sup>54</sup> Si precisa che il meccanismo dei c.dd. *settlement agreements* tra autorità *antitrust* e impresa soggetta al procedimento *antitrust* non è stato ancora introdotto a livello italiano, mentre risulta essere consolidato a livello di *public enforcement* europeo.

<sup>55</sup> Per dichiarazione legata ad un programma di clemenza si intende «una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, ovvero una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata alla medesima autorità garante allo scopo di ottenere la non applicazione o una riduzione delle sanzioni ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti» (art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 3/2017). Mentre la proposta di transazione si configura come «la dichiarazione volontaria da parte o per conto di un'impresa a un'autorità garante della concorrenza, in cui l'impresa riconosce o rinuncia a contestare la sua partecipazione a una violazione del diritto della concorrenza e la propria responsabilità in detta violazione del diritto della concorrenza, predisposta specificamente per consentire all'autorità garante della concorrenza di applicare una procedura semplificata o accelerata» (art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 3/2017).

<sup>56</sup> Così F. FERRARO, *op. cit.*, 55. V. anche P. IANNUCELLI, *La base giuridica della Direttiva 104/2014 e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016, 88 ss.

<sup>57</sup> *Ex multis*, in maniera critica P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017*, cit.

eliminando le suddette limitazioni<sup>58</sup>. Altri, più prudentemente, ritengono che sia necessario che il giudice civile effettui un bilanciamento degli interessi rilevanti caso per caso, in conformità con l'orientamento della Corte di Giustizia in materia di programmi di clemenza<sup>59</sup>. Altri ancora sostengono che le dichiarazioni autoincriminanti rese volontariamente dall'impresa richiedente il programma di clemenza non siano divulgabili, mentre l'accesso ai documenti preesistenti a dette dichiarazioni o presentati in allegato alle dichiarazioni confessorie dovrebbe essere consentito<sup>60</sup>.

Ad ogni modo, la parte interessata può presentare un'istanza motivata affinché il giudice acceda a tale tipologia di prova e accerti il suo legame con un programma di clemenza o una proposta di transazione (art. 4, comma 5, d.lgs. n. 3/2017) ai fini della sua possibile conoscibilità nel giudizio civile.

La seconda categoria (c.d. *grey list*) è costituita dalle prove che possono essere esibite soltanto dopo la conclusione del procedimento *antitrust* dinnanzi all'AGCM. *In primis* tale categoria preserva l'esigenza di evitare che la divulgazione di tali prove possa interferire con le indagini istruttorie. Nello specifico, la *grey list* ha ad oggetto: (i) le informazioni rese nell'ambito di un procedimento *antitrust* condotto dall'Autorità, quali ad esempio le risposte alle richieste di informazioni o i verbali di audizione; (ii) le informazioni che l'Autorità ha redatto e comunicato alle parti nel corso del procedimento (tipicamente la comunicazione delle risultanze istruttorie) e (iii) le proposte transattive ritirate (che ancora non sono previste nel nostro ordinamento). In relazione a questa categoria poi il legislatore italiano ha introdotto all'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 3/2017, la facoltà per il giudice civile di sospendere il processo fino alla chiusura del procedimento *antitrust* da parte dell'AGCM sui fatti rilevanti ai fini del decidere.

La terza categoria (c.d. *white list*) comprende le prove la cui esibizione può essere disposta dal giudice nonostante il procedimento *antitrust* non si sia ancora concluso. A titolo esemplificativo, queste possono essere i documenti acquisiti nel corso delle ispezioni o le informazioni raccolte in fase preistruttoria (anche nell'ambito di audizioni).

---

<sup>58</sup> P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 240 giustifica tale necessità in quanto «alla regola di principio secondo la quale ad un'infrazione consegue una sanzione deve quindi accompagnarsi un'altra regola di principio per cui all'infrazione consegue l'obbligo risarcitorio, obbligo che la Commissione [*in qualità di public enforcer*] è tenuta a rendere efficace, eventualmente anche permettendo l'accesso ai documenti ottenuti con il programma di clemenza».

<sup>59</sup> F. FERRARO, *op. cit.*, 55 risulta essere di questo avviso. Cfr. C. Giust. UE, 6 giugno 2013, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG e altri*, causa C-356/11. In dottrina, v. N. PISANI, *Programmi di compliance antitrust per le imprese*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 1092 ss.

<sup>60</sup> In questo senso si esprimono le Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák presentate il 16 dicembre 2015, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360-09. Similmente, v. M. G. MONTANARI, *op. cit.*, 35. V. sul punto, E. A. RAFFAELLI, M. BRICCHETTO, *Public e private enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 163 ss.

### 2.3. I limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza

Ai limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza è dedicato l'art. 5, d.lgs. n. 3/2017, il quale prevede che

*«1. Le prove che rientrano in una delle categorie di cui all'articolo 4, commi 4 e 5, primo periodo, comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo sono ammesse negli stessi limiti di cui all'articolo 4, commi 4 e 5.*

*2. Le prove che rientrano nella categoria di cui all'articolo 4, comma 6, comunque ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo possono essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto.»*

L'art. 5, d.lgs. n. 3/2017, individua i limiti (soggettivi e oggettivi) nell'uso delle prove ottenute solamente grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante. Tali limiti corrispondono sostanzialmente a quelli previsti dall'art. 4 cit. e pertanto non possono essere utilizzate le prove escluse dall'ambito di applicazione dell'ordine di esibizione di cui sopra. In aggiunta, l'art. 5 specifica che le prove che rientrano nella *white list* comunque ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo, possono essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno esclusivamente dalla parte che le abbia ottenute. Tale previsione rispecchia la finalità ultima di evitare il fenomeno del commercio di prove, ossia di prevenire che determinati soggetti diffondano elementi conoscitivi raccolti nell'ambito delle investigazioni dell'AGCM con la prospettiva di ottenere un ritorno economico.

Per quanto riguarda la documentazione rientrante nella *black list*, il decreto ribadisce che tali documenti non possono essere prodotti in giudizio in ragione della necessità di preservare il *public enforcement antitrust* realizzato mediante meccanismi diversi da quelli sanzionatori (e cioè i programmi di clemenza e le proposte di transazione).

A tale proposito, si rileva che le suddette limitazioni rappresentano un forte disincentivo per i soggetti privati ad esperire azioni risarcitorie e, per tale ragione, diversi autori sottolineano che il divieto assoluto di utilizzo dei suddetti mezzi di prova risulta essere incompatibile con le finalità di rafforzare il diritto alla prova a fondamento della direttiva europea sul *private enforcement*<sup>61</sup>.

### 2.4. La valutazione del danno, la presunzione di sussistenza del danno cagionato da un cartello e l'AGCM come *amicus curiae* del giudice civile ai fini della quantificazione del danno

L'art. 14, d.lgs. n. 3/2017 sancisce che

---

<sup>61</sup> Per riferimento: P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 177 ss. in materia europea; E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement antitrust dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, 66; F. FERRARO, *op. cit.*, 41 ss.

«1. Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile.

2. L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione.

3. Il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima.»

La Direttiva sul *private enforcement*, così come l'art. 1 d.lgs. n. 3/2017, sancisce il diritto di *chiunque* ad ottenere il *pieno* risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme a tutela della concorrenza<sup>62</sup>. Tale diritto deve essere garantito in modo effettivo ed in conformità al dettato degli artt. 19, par. 1, TUE, e 47 della Carta di Nizza.

L'art. 3 della Direttiva definisce espressamente il pieno risarcimento del danno come la compensazione che «pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa.» (il c.d. danno differenziale che si determina secondo la c.d. *but-for analysis*)<sup>63</sup>. Detta disposizione precisa anche che il pieno risarcimento «comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi»<sup>64</sup>. Ad ogni modo, rimane sempre fermo il divieto di sovra-compensazione del danno subito «sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura».

La determinazione del *quantum* del danno è un tema chiave del *private enforcement* in considerazione del fatto che soltanto se il danno viene quantificato in maniera idonea a riparare il pregiudizio subito si realizza una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei soggetti privati (artt. 24 e 113 Cost.)<sup>65</sup>. Invero, come già sottolineato, la prova dell'entità del danno grava sul danneggiato e richiede la cognizione di un elevato numero di elementi fattuali

<sup>62</sup> Cfr. Considerando n. 3 e n. 4 della Direttiva (UE) 2014/104. In dottrina, cfr. A. MONTANARI, *op. cit.*, 194 ss.

<sup>63</sup> Il *but-for test* si configura come un'analisi contro-fattuale, la quale accerta che in assenza della condotta *antitrust* dell'impresa convenuta il danno non si sarebbe verificato. Per un approfondimento, v. E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *Valutazione dei danni*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 143 e C. FRATEA, *op. cit.*, 223.

<sup>64</sup> La giurisprudenza italiana peraltro riconosce anche la risarcibilità del danno da perdita di opportunità alla vittima di un illecito anticoncorrenziale. Cfr. Cass., sez. VI, 18 maggio 2012, n. 7927; Trib. Milano, 20 luglio 2012; Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.

<sup>65</sup> E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *op. cit.*, 133. V. anche P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 132 ss. e 143 ss.

nonché la conoscenza di competenze tecniche specifiche in applicazione di modelli economici complessi<sup>66</sup>.

L'art. 14 d.lgs. n. 3/2017 disciplina specificatamente l'attività giudiziale di individuazione del *quantum* della sanzione.

Il primo comma riporta sostanzialmente il contenuto dell'art. 2056 c.c. in tema di valutazione dei danni, stabilendo che «Il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile». In questo senso l'interprete è chiamato a riempire di contenuto tali clausole generali a seconda del caso concreto, seguendo anche quanto disposto dagli strumenti di *soft-law* adottati dalla Commissione (e in particolare la sua Guida Pratica<sup>67</sup>)<sup>68</sup>.

Il secondo comma fissa una presunzione relativa di sussistenza di un danno risarcibile per tutti i casi in cui la violazione anticoncorrenziale consista nella formazione di un cartello, dal quale generalmente può derivare un danno che si manifesta in un aumento dei prezzi o in una loro mancata diminuzione<sup>69</sup>. Tale presunzione scatta dall'accertamento dell'elemento oggettivo del collegamento tra il danno subito dal soggetto privato e la condotta dell'autore<sup>70</sup>. Si tratta di una presunzione *iusuris tantum* in quanto l'impresa convenuta ha la

---

<sup>66</sup> M. TODINO, *op. cit.*, evidenzia proprio la difficoltà non solo a reperire la prova del danno ma anche la «complessità dei criteri c.d. scientifici di quantificazione del danno da illecito *antitrust* – complessità che opera a due livelli, in primo luogo in termini di raccolta di dati di mercato necessari per poter applicare tali metodi e in secondo luogo a livello di bagaglio di conoscenze tecniche richieste per interpretare i dati ed effettuare i *test*». V. anche B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 31 ss. e C. FRATEA, *op. cit.*, 214 ss.

<sup>67</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Guida Pratica: Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 e 102 del TFUE*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0613%2804%29>, 13 giugno 2013, 2013/C 167/07.

<sup>68</sup> Per un approfondimento sul tema della quantificazione del danno, v. E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *op. cit.*, 140 ss. Nello specifico, vengono evidenziati i criteri di valutazione dei danni in relazione ai casi concreti nonché i metodi di calcolo dei danni cagionati.

<sup>69</sup> Sul punto, cfr. Considerando n. 47 della Direttiva (UE) 2014/104: «Per rimediare all'asimmetria informativa e ad alcune delle difficoltà che presenta la quantificazione del danno nelle cause in materia di concorrenza e per garantire l'efficacia delle domande di risarcimento, è opportuno presumere che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi. A seconda degli elementi fattuali del caso, i cartelli determinano un aumento dei prezzi o impediscono una loro riduzione, che si sarebbe invece verificata in assenza di cartello. Tale presunzione non dovrebbe riguardare l'effettivo ammontare del danno. Gli autori della violazione dovrebbero avere il diritto di confutare questa presunzione. È opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito.»

<sup>70</sup> Peraltro, si rileva a questo proposito che diverse pronunce di legittimità (anche antecedenti all'entrata in vigore del d.lgs. n. 3/2017) hanno affermato che «dal provvedimento di accertamento del cartello è possibile desumere non solo l'esistenza del comportamento anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un danno ai consumatori, ma anche, in via presuntiva, che tale danno è stato concretamente arrecato ai consumatori» (cfr. A. BERNES, *op. cit.*). In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904.

facoltà di fornire con ogni mezzo prova contraria, e cioè che nel caso di specie il cartello non ha provocato alcun danno<sup>71</sup>.

Pertanto, in virtù della previsione in questione, il danneggiato assolverebbe l'onere probatorio dimostrando l'esistenza del rapporto obbligatorio con l'impresa convenuta e allegando di aver subito un pregiudizio per effetto di un illecito *antitrust* manifestatosi in un cartello<sup>72</sup>. L'impresa convenuta invece sarà gravata dell'onere di fornire la prova contraria dell'interruzione del nesso causale ovvero dell'insussistenza del pregiudizio lamentato<sup>73</sup>. Invero, proprio in applicazione del principio di vicinanza della prova, l'impresa «è l'unico soggetto che può dimostrare effettivamente l'esistenza di alcun effetto pregiudizievole, nell'ambito del mercato rilevante, del comportamento anticompetitivo, mediante l'ausilio di prove che sono, secondo un criterio generale logico-probabilistico, nella sola disponibilità dell'autore dell'infrazione»<sup>74</sup>. In questo senso l'obiettivo perseguito da questa disposizione non è tanto quello di semplificazione o alleggerimento probatorio del soggetto privato quanto quello di ripartire l'onere della prova diversamente rispetto all'art. 2697 c.c.: dunque se l'impresa convenuta non prova l'inesistenza del danno lamentato o l'interruzione del nesso causale con la condotta anticoncorrenziale, la fattispecie si presume sussistente.

Il terzo comma dell'art. 14 cit. stabilisce che il giudice civile «può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli *orientamenti che riguardano la quantificazione del danno*». In questo senso, l'AGCM si configura come *amicus curiae* del giudice civile, anche in ragione del fatto che, nella prassi, l'attività di *public enforcement* dell'AGCM è caratterizzata dal c.d. *effect based approach* per cui «nel rendere le proprie decisioni, essa si spinge (...) a valutare l'esistenza degli effetti dell'infrazione sanzionata»<sup>75</sup>.

Peraltro, diversi autori hanno espresso dubbi circa la posizione di terzietà dell'Autorità rispetto al procedimento civile nelle ipotesi in cui dovrebbe agire

---

<sup>71</sup> Si rileva che detta presunzione di sussistenza del danno da violazione *antitrust* di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, non si presenta come una novità nel nostro ordinamento giuridico, in quanto già in precedenza la Suprema Corte aveva stabilito, in virtù del principio di vicinanza della prova, l'onere di offrire prova contraria a dimostrazione dell'interruzione del nesso causale tra illecito *antitrust* e il danno. Cfr. Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904; sez. I, 22 maggio 2013, n. 12551; sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039; sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

<sup>72</sup> Per riferimento: S. LAMARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, cit., 131 ss.

<sup>73</sup> Cfr. M. TODINO, *op. cit.* e A. BERNES, *op. cit.* sul tema del rischio che tale presunzione *iuris tantum* nell'ambito di azioni *follow on*, in cui la decisione amministrativa definitiva ha efficacia vincolante, porti a presumere l'esistenza di un danno *in re ipsa*.

<sup>74</sup> Così testualmente A. BERNES, *op. cit.*

<sup>75</sup> Così si è espresso E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *op. cit.*, 153. Invero vi sono stati provvedimenti sanzionatori dell'AGCM che hanno incluso valutazioni incidentali circa la sussistenza del danno cagionato dall'illecito della condotta anticoncorrenziale nei confronti di terzi e circa la quantificazione del suo ammontare, cfr. ad esempio Provvedimento AGCM, 27 febbraio 2014, n. 24823, *Roche-Novartis/Farmaci Avastin Lucentis*, caso I760. V. anche G. MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 43.

come *amicus curiae*<sup>76</sup>. Tali censure attengono in particolare alla possibile violazione del principio del giusto processo ex art. 111 Cost. e di prevenzione di possibili conflitti di interessi «alla luce del fatto che l'autorità interviene, a giudizio civile pendente, ma dopo essersi già formata un convincimento nel procedimento amministrativo (ancor più ove si sia spinta a stimare gli effetti della violazione, nella propria decisione)»<sup>77</sup>. Invero taluni autori sostengono che in queste ipotesi potrebbe sorgere un conflitto di interessi «considerato che un'autorità di concorrenza che opera alla stregua di un ausiliario del giudice, dovrebbe essere terza e imparziale, coadiuvando il giudice nella formazione del suo convincimento, tramite la soluzione di questioni pregiudiziali che il giudice da solo con le sue conoscenze non potrebbe altrimenti comporre» e pertanto «si dubita (...) che quel medesimo organo di vigilanza che è deputato all'applicazione delle norme della concorrenza in chiave pubblicistica possa poi rispettare tale posizione di imparzialità e terzietà nell'ambito del processo; tanto più che la realistica prospettazione della situazione nella quale ci si verrebbe a trovare è infatti quella in cui lo stesso organo che ha accertato l'abuso (...) e, quindi, determinato la sanzione, è anche organo deputato alla quantificazione del danno al singolo nell'ambito di controversie tra privati; con la conseguenza di causare, in ultima analisi, un conflitto in interessi e una commistione di ruoli»<sup>78</sup>.

Inoltre, è possibile ritenere che tale strumento potrebbe essere maggiormente implementato nel contesto delle azioni risarcitorie *follow on*, in considerazione del fatto che il giudice sarebbe in grado di esaminare il fascicolo istruttorio dell'Autorità e inviare richieste specifiche in relazione alla concreta interpretazione della grande mole di dati in esso contenuti<sup>79</sup>.

Per quanto riguarda le azioni *stand alone*, giova sottolineare che in questi casi l'Autorità potrebbe non aver ancora avviato un procedimento *antitrust*, con la conseguenza che tali richieste di informazioni comporterebbero un dispendio di risorse aggiuntive rispetto all'attività ordinaria dell'AGCM e dunque di costi che dovrebbero essere adeguatamente finanziati<sup>80</sup>.

Infine, si ricorda che il giudice civile ha comunque a disposizione altri strumenti processuali per sopperire alle esigenze di quantificazione dei danni. Si pensi in particolare alla consulenza tecnica d'ufficio, con cui può richiedere il supporto di esperti in materia economico-scientifica<sup>81</sup>. Inoltre, nelle ipotesi in cui il giudice ricorre all'ausilio di soggetti terzi al procedimento civile (qualunque essa sia), egli deve sempre assicurare alle parti un'adeguata tutela del contraddittorio.

---

<sup>76</sup> *Ex multis*, v. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017*, cit.; M. TODINO, *op. cit.*; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni: considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 165 ss.

<sup>77</sup> Testualmente così E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *op. cit.*, 154.

<sup>78</sup> Così si è espresso M. TODINO, *op. cit.*

<sup>79</sup> V. E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *op. cit.*, 153-154.

<sup>80</sup> M. G. MONTANARI, *op. cit.*, 39.

<sup>81</sup> M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, cit., 328 ss.

3. L'accertamento della violazione delle norme *antitrust* in sede amministrativa: la portata applicativa dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, circoscritta soltanto alle azioni *follow on*

La norma che per eccellenza opera un raccordo tra il *public* e *private enforcement* risulta essere l'art. 7, d.lgs. n. 3/2017. Come già riscontrato, detta disposizione attribuisce efficacia vincolante in capo al giudice civile all'accertamento della violazione *antitrust* realizzato mediante un provvedimento dell'AGCM inoppugnabile ovvero una sentenza definitiva del giudice amministrativo (ossia, secondo il dettato della norma «il giudice del ricorso»)<sup>82</sup>.

Nello specifico, l'art. 7 cit. si configura come l'implementazione a livello nazionale dell'art. 9 della Direttiva (UE) 2014/104, che recita come segue:

*«1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.*

*2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, 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.*

*3. Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE.»*

Per scrupolo argomentativo, si riporta anche il contenuto dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017:

*«1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.*

---

<sup>82</sup> Per tutti, G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 61 ss.

*Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.*

*2. La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.*

*3. Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.»*

Occorre anzitutto specificare che sin da prima dell'entrata in vigore della Direttiva (UE) 2014/104, la nostra giurisprudenza di legittimità, seguita da quella di merito, attribuiva nell'ambito del giudizio civile risarcitorio un valore speciale all'accertamento in sede amministrativa della violazione *antitrust*. Invero qualificava come «prova privilegiata» l'accertamento dell'antigiuridicità della condotta anticoncorrenziale operato dai provvedimenti dell'ACGM nonché dalle decisioni del giudice amministrativo che eventualmente confermava o riformava tali provvedimenti ai sensi dell'art. 33, l. n. 287/1990<sup>83</sup>. In particolare, la Suprema Corte riteneva che il provvedimento dell'AGCM che accertava la violazione *antitrust* fosse dotato di una «elevata attitudine a provare» la condotta lesiva del diritto della concorrenza<sup>84</sup>. Ciò nonostante, anche in seno a tale filone giurisprudenziale si registravano diverse interpretazioni della portata della nozione di *prova privilegiata*.

Nello specifico, secondo una prima impostazione il provvedimento accertativo dell'AGCM aveva un'efficacia meramente presuntiva nel giudizio civile e, pertanto, la sua efficacia probatoria era rimessa al libero apprezzamento del giudice, il quale poteva rimettere in discussione ogni aspetto del provvedimento (incluso il fatto storico oggetto della violazione) e

---

<sup>83</sup> Per riferimento: M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: Intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 397 ss. Per un'analisi dei vari orientamenti dottrinali sul tema della rilevanza nel processo civile dell'accertamento in sede amministrativa, cfr. P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss. Si vedano anche le riflessioni di I. TACCANI, *op. cit.*, 123 ss. sul tema.

<sup>84</sup> *Ex multis*, Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640; sez. III, 22 febbraio 2010, n. 4261; sez. VI, 20 gennaio 2011, nn. 3139 e 3140; sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942; sez. III, 21 marzo 2011, n. 6347; sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211; sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486; sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362; sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262; sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116. Da ultimo, cfr. Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, la quale ripercorre i vari precedenti giurisprudenziali. Per una critica alla giurisprudenza della Suprema Corte in tema di «prova privilegiata», v. A. FRIGNANI, *La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow-on*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 61 ss. In dottrina, cfr. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, 105 e M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 406.

valutare qualsiasi contro-prova prodotta dall'impresa convenuta. Le due sedi civile e amministrativa risultavano quindi essere del tutto autonome secondo questa interpretazione<sup>85</sup>.

Successivamente, talune pronunce della Cassazione estendevano la portata della prova privilegiata fino a stabilire che «è da escludere la possibilità che nel giudizio civile vengano rimesse in discussione le circostanze di fatto già accertate nel provvedimento amministrativo, impedendo così all'impresa convenuta di sostenere la sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in sede procedimentale»<sup>86</sup>. Di conseguenza, la prova privilegiata non era più soltanto fonte di una mera presunzione, ma si sostanziava in una vera e propria cristallizzazione dei fatti «vincolante anche per il giudice civile, in mancanza di un impianto difensivo del convenuto che sia basato su argomentazioni ed elementi probatori diversi da quelli su cui l'Autorità si è pronunciata»<sup>87</sup>. Per l'effetto, l'accertamento in sede amministrativa diventava incontrovertibile nel giudizio civile, senza che però vi fosse alcuna disposizione normativa a fungere da base giuridica.

La Direttiva europea, con l'art. 9, però fece un passo avanti rispetto alla giurisprudenza sulla *prova privilegiata*, attribuendo all'accertamento in sede amministrativa un'efficacia *vincolante* per il giudice civile, il quale dunque non potrebbe in alcun modo pronunciarsi sulla sussistenza o la portata della condotta anticoncorrenziale. Tale previsione ha invero come diretta conseguenza il fatto che l'impresa convenuta in un giudizio civile non potrebbe nemmeno offrire la prova contraria circa l'insussistenza della violazione ovvero una differente interpretazione della sua estensione.

Nei casi in cui l'attore includa nell'oggetto della domanda elementi diversi da quelli che sono stati oggetto di accertamento in sede amministrativa si ritiene che l'attore sia tenuto a provare di fronte al giudice civile che la violazione *antitrust* ha riguardato soggetti o condotte ulteriori ovvero che la durata dell'infrazione è stata in realtà più lunga di quella accertata in sede amministrativa. Di conseguenza, «in questi casi la rilevanza dell'accertamento definitiva coprirà solo parte della domanda dell'attore, dovendo quest'ultimo produrre idonei elementi di prova per la parte eccedente»<sup>88</sup>. Tale circostanza potrebbe verificarsi, ad esempio, quando l'accertamento definitivo ha ad oggetto solo una parte della fattispecie che ha cagionato il danno all'attore perché l'Autorità si è limitata ad investigare solo determinate imprese o condotte ovvero ha preso in considerazione un periodo temporale limitato dell'infrazione.

---

<sup>85</sup> *Inter alia*, Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640 e sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942. Cfr. in dottrina, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 50 ss. con riguardo alla nozione di «presunzione relativa c.d. impropria di formazione giurisprudenziale il cui effetto è quello di una mera *relevatio ab onere probandi*».

<sup>86</sup> Così si è espresso M. GOLIA, *op. cit.* In giurisprudenza, v. Cass., 10 maggio 2011, n. 10211 e 20 giugno 2011, n. 13486.

<sup>87</sup> Così testualmente, F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, 257.

<sup>88</sup> Testualmente, R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 34.

La regola di cui all'art. 9 della Direttiva (nonché l'art. 7, d.lgs. n. 3/2017) vale solamente per l'accertamento della condotta anticoncorrenziale (*accertamento in positivo*), ma non per le decisioni che escludono la commissione dell'illecito *antitrust* (*accertamento in negativo*)<sup>89</sup>, con la conseguenza che il giudice civile non risulterà essere vincolato in alcun modo.

In questo senso, la previsione in parola opera un'«estensione della 'regola della supremazia'»<sup>90</sup> di cui all'art. 16 del Reg. (CE) n. 1/2003, il quale stabilisce che i giudici nazionali non possono pronunciarsi in maniera contrastante con le decisioni adottate dalla Commissione ovvero «con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati» e che a tal fine possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti avviati dinnanzi a loro<sup>91</sup>.

Gli obiettivi dell'art. 9 della Direttiva sono plurimi<sup>92</sup>: (i) garantire un'applicazione più certa od omogenea degli artt. 101 e 102 TFUE; (ii) evitare la duplicazione dell'attività istruttoria; (iii) riservare la valutazione giuridica all'Autorità garante, organo di natura pubblica, dotato di specifiche competenze tecnico-economiche e operante in coordinamento con le autorità degli altri Stati membri nonché con la Commissione; (iv) eliminare il rischio di accertamenti contrastanti circa il medesimo fatto; (v) alleggerire l'onere probatorio gravante sulla vittima dell'illecito *antitrust*; nonché (vi) ridurre i costi e le tempistiche delle azioni civili risarcitorie (e in particolare quelle di tipo *follow on*).

A questo ultimo proposito, si rileva che la disposizione in oggetto ha una funzione cardine di coordinamento tra *public* e *private enforcement* soltanto per le azioni *follow on*, in quanto concerne specificatamente l'ipotesi in cui l'AGCM o il giudice amministrativo, in sede di impugnazione del provvedimento dell'Autorità, abbiano già operato un accertamento e pertanto l'azione civile risarcitoria consegue (*follows on*) all'attività di natura pubblicistica.

Inoltre, comparando l'art. 9 della Direttiva e l'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, risulta essere evidente come l'art. 7, e specificatamente il primo comma, presenti delle addizioni rispetto a quanto previsto dal legislatore europeo, poiché stabilisce che: (i) il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili

---

<sup>89</sup> Per ulteriori riferimenti v. M. SCUFFI, *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe*, in F. MUNARI, C. CELLERINO (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016, 98 ss.

<sup>90</sup> Così si è espressa S. LOPOPOLO, *op. cit.* V. anche P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017*, cit.

<sup>91</sup> Art. 16, Reg. (CE) n. 1/2003:

«1. Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato.

2. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione.»

<sup>92</sup> Per una sintesi, cfr. S. LOPOPOLO, *op. cit.*

tecniche che non presentano un margine oggettivo di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima, e (ii) quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. Come si evidenzierà nel prosieguo, diversi autori hanno censurato tale operazione additiva ex art. 76 Cost. per eccesso di delega rispetto al contenuto della legge di delega<sup>93</sup>.

Il secondo comma riporta sostanzialmente lo stesso contenuto del secondo paragrafo dell'art. 9 della Direttiva e stabilisce che la decisione definitiva con cui un'autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro dell'Unione Europea accerta una violazione del diritto *antitrust* 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>94</sup>. In questo senso, tali decisioni devono essere ammesse nei giudizi civili risarcitori almeno a titolo di prova *prima facie* del fatto che è avvenuta la violazione *antitrust*<sup>95</sup>.

Il nostro ordinamento non conosce l'istituto della prova *prima facie*. Nemmeno gli artt. 116 c.p.c. e 2279 c.c., che individuano i criteri-guida che l'interprete deve seguire nella valutazione delle prove, sono di ausilio nella definizione del valore probatorio dei provvedimenti condannatori emanati dalle autorità garanti di altri Stati membri (nonché delle decisioni emanate dal giudice del ricorso).

Alla luce degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva (UE) 2014/104, si ritiene che tali provvedimenti facciano sorgere quanto meno una presunzione relativa (*iuris tantum*) circa l'esistenza della violazione delle norme a tutela della concorrenza<sup>96</sup>. L'impresa convenuta può comunque invocare gli elementi ignorati o esclusi nel corso del procedimento dinanzi all'autorità *antitrust* nazionale ovvero lamentare la violazione dei propri diritti di difesa in tale contesto. Nel primo caso il giudice civile sarebbe tenuto ad ammettere nel giudizio la prova contraria, mentre nel secondo caso la violazione accertata potrebbe perdere il proprio valore probatorio.

Peraltro, diversi autori hanno suggerito di attribuire a questo tipo di decisioni lo stesso valore probatorio che la Corte di Cassazione prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 3/2017 attribuiva ai provvedimenti di condanna dell'AGCM. Secondo tale impostazione bisognerebbe qualificare le decisioni delle autorità *antitrust* degli altri Stati membri, nonché dei giudici del ricorso come prove privilegiate, per le quali è ammessa prova contraria, e che il giudice, secondo il suo libero apprezzamento, potrebbe valutare come prove

---

<sup>93</sup> Sul punto, v. più di recente R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 35. e F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>94</sup> V. G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 65 ss.

<sup>95</sup> V. G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 70 ss. Per una critica alla previsione normativa in parola, v. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 518 ss.

<sup>96</sup> Di questo avviso risultano essere, tra gli altri, G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 70 e M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 521.

della natura e della portata materiale, personale, temporale e territoriale della violazione, unitamente ad altri mezzi di prova<sup>97</sup>.

Infine, anche il terzo comma dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, risulta essere identico all'art. 9, par. 3, della Direttiva e concerne la possibilità per il giudice civile (o il dovere per il giudice di ultima istanza) di effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE in caso di dubbi circa la corretta applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Il presente lavoro si concentrerà sulla portata applicativa del primo comma dell'art. 7 cit. e valuterà la sua portata (anche costituzionale) nell'ambito di azioni (esclusivamente *follow on*) con cui l'attore invoca l'effetto vincolante di una decisione amministrativa sia nel caso in cui questa si presenti come un provvedimento dell'AGCM non impugnato che come sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato.

#### 4. L'interazione tra giudizio civile risarcitorio e provvedimento dell'AGCM: l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017

L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 stabilisce in prima battuta che la decisione con cui l'AGCM accerta una violazione *antitrust* che è diventata inoppugnabile risulta essere vincolante nei confronti dell'autore in un giudizio civile risarcitorio (che non potrà che essere di tipo *follow on*).

In questo senso le decisioni definitive dell'Autorità, ossia non più impugnabili dinnanzi al giudice amministrativo<sup>98</sup>, assumono un carattere vincolante. Tuttavia occorre precisare che non hanno natura di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., poiché il provvedimento dell'AGCM non ha natura giurisdizionale<sup>99</sup>. Pertanto tale disposizione risulta avere natura speciale e derogatoria dei principi generali del nostro ordinamento giuridico in quanto viene attribuito *ex lege* ad un provvedimento di un'autorità amministrativa indipendente che accerta un illecito *antitrust* efficacia di accertamento *erga omnes* (o comunque efficacia plurisoggettiva)<sup>100</sup>. Invero, secondo il dettato della

---

<sup>97</sup> Cfr. F. PASQUARELLI, *op. cit.*, 263; I. TACCANI, *op. cit.*, 134; M. FAZZARI, *op. cit.* Diversamente, vi sono autori che sostengono che l'ipotesi in parola costituisce solamente un semplice elemento di prova (e non una prova privilegiata o comunque una presunzione *iuris tantum*): R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 318.

<sup>98</sup> Per riferimenti ulteriori v. F. GOISIS, *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatorio in materia sanzionatoria antitrust?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 756 ss.

<sup>99</sup> Argomenta così G. MUSCOLO, *op. cit.*, 42. L'Autrice giunge a tale conclusione sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali (cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2017, n. 13151 e sez. un., 20 maggio 2002, n. 7341) e delle risultanze della sentenza n. 13/2019 della Corte Costituzionale.

<sup>100</sup> Per un'analisi approfondita della natura dei provvedimenti emanati dall'AGCM e circa la loro attitudine ad avere un'efficacia dichiarativa di accertamento, cfr. B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: Accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 77 ss. Di diverso avviso risulta essere, *inter alia*, M. BINA, *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento dell'Agcom sul diritto d'autore*, Torino, 2014, 224 che sottolinea come il provvedimento amministrativo «resta un procedimento che si svolge innanzi alla p.a. e il suo provvedimento definitivo – non impugnato, o anche confermato dal giudice amministrativo – non può produrre l'effetto tipico della decisione giudiziaria, cioè l'effetto di accertamento (o, se si vuole, della fissazione della volontà di legge

previsione in parola, il giudice civile non potrà quindi sindacare sull'accertamento dell'infrazione, ma dovrà solamente considerare quest'ultimo come un fatto accertato.

L'ambito oggettivo di applicazione della regola risulta essere limitato, in primo luogo, dal fatto che il provvedimento dell'AGCM ha efficacia di accertamento soltanto dell'antigiuridicità della condotta, e non degli altri elementi essenziali dell'illecito civile (il nesso di causalità e l'esistenza del danno rimangono dunque tra le prerogative del giudice civile). Pertanto il giudice civile è vincolato dalla decisione dell'AGCM soltanto in relazione alla «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale» e l'impresa convenuta non può offrire prova contraria. I ricorrenti sono tuttavia legittimati a fornire prove ulteriori rispetto a quelle considerate dall'Autorità (o dal giudice del ricorso), quali ad esempio quelle attinenti alla partecipazione di altre imprese o alla maggiore durata della violazione.

In secondo luogo, il giudice civile risulta essere vincolato dal provvedimento che accerta (in positivo) l'illecito anticoncorrenziale. Le situazioni che più tipicamente si possono presentare sono quelle in cui viene emanato un provvedimento sanzionatorio di un illecito *antitrust* (quale ad esempio un'intesa restrittiva o un abuso di posizione dominante), a cui consegue un'azione civile risarcitoria. Ancora, vi può essere una decisione di autorizzazione in deroga (ossia un provvedimento con cui l'AGCM autorizza espressamente un'intesa tra imprese), a cui segue un'azione per il risarcimento del danno derivante dall'intesa.

Pertanto rimangono fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 i provvedimenti di archiviazione per assenza dei presupposti della responsabilità *antitrust* (così come la decisione del giudice amministrativo che accoglie il ricorso per annullamento del provvedimento dell'AGCM) in quanto tali decisioni sono prive di efficacia di accertamento positivo<sup>101</sup>. Inoltre, sono esclusi dall'applicazione dell'art. 7 cit. i provvedimenti cautelari emessi ex art. 14, l. n. 287/1990, in quanto inidonei ad accertare in modo pieno l'an dell'infrazione poiché sono basati su un esame sommario della sussistenza della violazione. In tale ipotesi, secondo taluni autori, si potrebbe ritenere al più che tali provvedimenti abbiano «valore atipico di principio di prova»<sup>102</sup>.

Ulteriori problemi sorgono nelle ipotesi in cui il procedimento *antitrust* si conclude con l'accettazione di impegni ex art. 14-ter l. n. 287/1990, ossia di provvedimenti con cui l'AGCM accoglie i comportamenti proposti dalle imprese soggette al procedimento e volti ad eliminare il danno *antitrust* emerso nel corso

---

nel caso concreto) con la conseguenza che il giudice non è vincolato al contenuto dello stesso ed alla 'decisione' dell'autorità amministrativa». Lo stesso Autore, con riferimento al caso specifico dei provvedimenti emessi da un'altra autorità amministrativa indipendente, ritiene che «il provvedimento Agcom, non impugnato, o confermato in sede di impugnazione, è un ordine immediatamente efficace che vincola provvisoriamente il destinatario, il quale dovrà adempiere ed adeguarsi al contenuto dell'interdetto sotto pena di sanzione amministrativa; un provvedimento con effetti *sui generis*, attraverso il quale l'autorità indipendente introduce una regola provvisoria destinata a produrre i propri effetti finché non sopravvenga un provvedimento dell'AGO».

<sup>101</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>102</sup> Di questo avviso è F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss.

dell'istruttoria. Invero, le decisioni con impegni non accertano che la violazione *antitrust* inizialmente sospettata sia avvenuta, a differenza dei provvedimenti sanzionatori nonché delle confessioni rese nell'ambito dei programmi di clemenza. Le decisioni con impegni generalmente contengono una descrizione della condotta e dei mercati oggetto dell'istruttoria, oltre che la constatazione che per effetto degli impegni assunti dall'impresa i profili anticoncorrenziali sono stati rimossi e le condizioni di mercato si sono ristabilite.

Per tale ragione, vi sono autori che sostengono che questo tipo di provvedimento risulta essere «*prima facie* inidoneo a dimostrare la sussistenza della lamentata violazione e la relativa responsabilità dell'impresa convenuta, dovendo l'attore del giudizio civile attivare una causa di tipo *stand alone*»<sup>103</sup>. Tuttavia, secondo tale impostazione, le circostanze che conducono l'Autorità ad adottare una decisione con impegni possono portare a riconoscere a questa un limitato valore probatorio (cioè un valore indiziario) nonostante non vi sia un formale accertamento dell'infrazione<sup>104</sup>. Dello stesso avviso sembra essere anche la Corte di Giustizia<sup>105</sup> nonché la più recente giurisprudenza di Cassazione<sup>106</sup> e in un primo momento anche la giurisprudenza amministrativa italiana<sup>107</sup>.

Altri autori invece sostengono che attribuire alle decisioni con impegni una valenza probatoria esorbiterebbe rispetto alla funzione tipica del *public enforcement*, cioè la soddisfazione dell'interesse generale e della libera concorrenza nel mercato, e pregiudicherebbe l'autonomia del giudizio civile dal processo amministrativo, finalizzato a perseguire interessi di tipo individuale e

---

<sup>103</sup> Cfr. C. FRATEA, *op. cit.*, 232-233, la quale fa riferimento alla prospettiva di R. CHIEPPA, *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie di concorrenza*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesuaro*, vol. II, *La tutela giurisdizionale dell'Unione Europea*, Napoli, 2014, 1579. V. anche R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 93.

<sup>104</sup> F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit., 45 ss. include questi tipi di provvedimenti tra quelli che possono assumere il «valore atipico di principio di prova». Dello stesso avviso risultano essere anche B. RABAI, *op. cit.* e L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, 297.

<sup>105</sup> Cfr. C. Giust. UE, 11 luglio 2007, *Alrosa Company Ltd. c. Commissione*, causa T-170/06. Per un'illustrazione di questa giurisprudenza, v. C. FRATEA, *op. cit.*, 233 ss. Dello stesso tenore risulta essere anche C. Giust. UE, 23 novembre 2017, *Gasorba e altri c. Respol Comercial de Productos Petroliferos SA*, C-547/16.

<sup>106</sup> Da ultimo si veda anche la posizione adottata dalla Suprema Corte, che richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCM si sia concluso con una decisione con impegni, a norma dell'art. 14 ter L. cit., in ordine alla posizione rivestita sul mercato dall'impresa ed alla sussistenza del comportamento di questa implicante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi non integrino prova privilegiata e possano essere quindi contrastati da emergenze di diverso tenore» (Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381). In dottrina, cfr. L. PRINCIPESSA, *La Cassazione torna sull'efficacia dei provvedimenti dell'AGCM nel giudizio civile promosso ante D. Lgs. 3/2017 e sul riparto degli oneri istruttori*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2021 (13.08.2021).

<sup>107</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, 19 maggio 2011, n. 3964.

privatistico<sup>108</sup>. Nello stesso senso si è pronunciato successivamente il Consiglio di Stato<sup>109</sup>.

In aggiunta, poiché giudice civile risulta essere vincolato *ex lege* dall'accertamento definitivo dell'AGCM, si ritiene che il primo possa rilevare d'ufficio la presenza di provvedimenti di condanna sulla medesima pratica oggetto della causa civile per il risarcimento del danno<sup>110</sup>.

La regola introdotta all'art. 7 cit. inevitabilmente altera i rapporti tra AGCM, ossia un'autorità amministrativa indipendente, e giudice civile, e cioè organo di giustizia ordinario soggetto esclusivamente alla legge, terzo, imparziale e indipendente, avente il compito di offrire tutela giurisdizionale ai diritti dedotti in giudizio, in un ordinamento che tradizionalmente è «a diritto amministrativo» e cioè orientato alla «costruzione di un ordinamento di regole speciali destinate a governare i rapporti tra amministrazione e amministrato e munite di controlli giudiziali separatamente dedicati»<sup>111</sup>. In questo senso, la previsione risulta essere problematica in quanto non regola solamente il rapporto tra plessi giurisdizionali diversi (civile e amministrativo), ma opera una vera e propria commistione tra diritto amministrativo e diritto processuale civile, rendendo il giudice civile dipendente da un'autorità amministrativa.

In questo senso, si rileva anche che nella prassi la portata dell'art. 7 cit. ha ulteriormente alterato la relazione tra giudice civile e AGCM in quanto il primo tende sempre di più, specialmente per quanto riguarda i cartelli, ad «appiattirsi» sulle verifiche compiute in sede amministrativa<sup>112</sup>. Infatti l'elevato tecnicismo che caratterizza i provvedimenti dell'Autorità ha portato i giudici civili «all'affermazione (...) di una presunzione relativamente agli accertamenti ivi contenuti<sup>113</sup>, compresi gli effetti della condotta, l'esistenza del danno<sup>114</sup> e finanche il suo ammontare»<sup>115</sup>.

Invero la giurisprudenza della Suprema Corte, nella prassi applicativa, non si limita a far derivare dall'accertamento amministrativo la sussistenza del solo elemento dell'illecito *antitrust*, ma estende la portata probatoria anche al nesso

---

<sup>108</sup> V. E. A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, cit., 1940-1943, nonché E. A. RAFFAELLI, M. BRICCHETTO, *Public e private enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, cit., 175 ss.

<sup>109</sup> Cfr. Cons. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, in *Foro amm.*, 2015, con nota di F. MARINI BALESTRA, R. TREMOLADA.

<sup>110</sup> Cfr. G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 74 e M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit., 16 ss.

<sup>111</sup> Così si è espresso D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D.lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di 'antitrust private enforcement')*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge...ed alla Autorità antitrust?*, in *Federalismi.it*, 2018 richiamando S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010, 230 e E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 2.

<sup>112</sup> Cfr. G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 69.

<sup>113</sup> *Ex multis*, Cass., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486 e 10 maggio 2011, n. 20211.

<sup>114</sup> *Inter alia*, Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904; sez. I, 22 maggio 2013, n. 12551; sez. VI-III, 23 aprile 2014, n. 9116. Sui «criteri di alta probabilità logica» che *de facto* liberano l'attore dall'onere di provare il nesso di causalità tra la violazione *antitrust* e il danno subito, v. Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305; 22 febbraio 2010, n. 4261; 9 maggio 2012, n. 7039. V. anche Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904.

<sup>115</sup> Così argomenta G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 75.

di causalità<sup>116</sup>. Ad esempio, allegando il provvedimento dell'AGCM (che dispensa l'attore dalla prova dell'antigiuridicità della condotta) e il contratto «in cui la lesione si è estrinsecata e da cui emerge l'aumento della somma pagata (come condotta finale), il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra illecito e il danno lamentato»<sup>117</sup>, «anche grazie a criteri di alta probabilità logica o a presunzioni senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dal (...) (*convenuto*) che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi»<sup>118</sup>. Inoltre, nelle ipotesi in cui la violazione *antitrust* si sia manifestata in un abuso di posizione dominante secondo la giurisprudenza non sarebbe nemmeno necessario produrre alcun atto specifico, essendo sufficiente che il soggetto privato deduca e dimostri di essere un operatore nello stesso mercato in cui vi è stato l'abuso di posizione dominante e di avere quindi subito un pregiudizio economico<sup>119</sup>.

Alla luce di tali pronunce, il giudice civile si vincola *de facto* e in maniera autonoma all'efficacia di accertamento dei provvedimenti dell'AGCM, estendendola anche agli altri elementi essenziali dell'illecito civile (e cioè il danno e il nesso di causalità). Questa tendenza secondo diversi commentatori si porrebbe in evidente contrasto con le prerogative espressamente attribuite al giudice civile (il quale ha la cognizione almeno degli altri elementi costitutivi dell'illecito), con il carattere eccezionale della presunzione in materia di cartelli di cui all'art. 14, par. 2, della Direttiva, così come con gli artt. 6 Cedu e 47 della Carta di Nizza inerenti ai principi fondanti della tutela giurisdizionale.

#### 4.1. La potestà disapplicativa del giudice civile con riguardo ai provvedimenti dell'AGCM: tra interpretazione letterale della norma e variegate posizioni dottrinali

La lettera dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, stabilendo che la decisione definitiva con cui l'Autorità accerta un'infrazione *antitrust* ha efficacia vincolante nel giudizio civile risarcitorio, sembra non lasciare alcuno spazio di autonomia al giudice civile, il quale pertanto non potrebbe disapplicare il provvedimento dell'AGCM qualora lo ritenga necessario.

Su questo tema, è opportuno sottolineare che la giurisprudenza civile ha comunque sempre rifiutato la disapplicazione in via principale del provvedimento dell'AGCM non impugnato in quanto sarebbe elusiva dei termini perentori di impugnazione del provvedimento in sede amministrativa, e pertanto inammissibile<sup>120</sup>. Dello stesso avviso risultava essere anche la dottrina

<sup>116</sup> Con riferimento a quanto segue cfr. L. PROSPERETTI, *Oneri probatori, controfattuale e passing-on: alcune osservazioni sulla recente giurisprudenza europea*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 210 ss. e M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 480 ss.

<sup>117</sup> Testualmente C. FRATEA, *op. cit.*, 215-216.

<sup>118</sup> Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305.

<sup>119</sup> Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30175.

<sup>120</sup> *Inter alia*, Cass., sez. I, 27 settembre 2007, n. 20321; sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2244; sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053; sez. un., 20 settembre 2019, n. 23536. In sede amministrativa, v. Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4490. Ad esempio si veda Cass., sez. II, 4 febbraio 2005, n. 2213: «il potere del giudice ordinario di applicazione o disapplicazione degli atti amministrativi, ex artt. 4 e 5 L. 2248/1865 all. E, in ragione della

precedente all'entrata in vigore della disciplina europea sul *private enforcement*<sup>121</sup>.

Ad ogni modo, sulla potestà disapplicativa del giudice civile persiste ancora un vivace dibattito dottrinale.

Alcuni studiosi sostengono che il giudice civile non abbia il potere di disapplicare il provvedimento dell'AGCM, evidenziando che è la legge stessa (*rectius*, l'art. 9 della Direttiva (UE) 2014/104 e l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017) ad attribuire l'efficacia di accertamento autonomo vincolante e autoritativo ai provvedimenti dell'AGCM, in qualità di autorità amministrativa indipendente, e pertanto nel totale rispetto del principio costituzionale di legalità. In questo senso, il potere di disapplicazione del giudice civile dovrebbe essere legittimamente escluso, in quanto «la tutela eliminativa degli interessi legittimi (ossia quella affidata alla neutralizzazione degli effetti del provvedimento per il suo diretto destinatario) è stata sottoposta a termini decadenziali, e a tale modello di tutela il Costituente ha fatto trasparente rinvio (art. 113 Cost.)» e dunque «una volta che il legislatore (*ha attribuito*) al provvedimento AGCM efficacia imperativa di accertamento, esso deve essere tempestivamente impugnato»<sup>122</sup>.

Secondo altri autori, invece, adottando un'interpretazione costituzionalmente orientata ai sensi degli artt. 101, comma 2, e 111, comma 2, Cost., il giudice civile non dovrebbe essere vincolato dalla decisione dell'Autorità qualora egli la ritenga «irrimediabilmente viziata», con la conseguenza che il potere di disapplicazione persisterebbe, anche se in via

---

ritenuta legittimità o meno degli stessi e della relativa portata, incontra un limite obiettivo ed invalicabile, discendente dai principi costituzionali in materia di riparto di giurisdizione, nei casi in cui la questione sia stata già sottoposta al giudice amministrativo, giurisdizionalmente competente, e decisa, con sentenza passata in giudicato, all'esito di procedimento svoltosi in contraddittorio tra le parti».

<sup>121</sup> Si faccia riferimento a F. CINTIOLI, *La disapplicazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2012, 1430 ss. sottolinea che il giudicato amministrativo sulla legittimità del provvedimento si impone nei procedimenti ordinari aventi ad oggetto il medesimo provvedimento: «è pur vero che il g.a. non emette sentenze dichiarative di legittimità o illegittimità di un atto amministrativo, ma solo pronunce di accoglimento o rigetto del ricorso, ma questo non toglie che tali decisioni passino in giudicato; sicché il formarsi della cosa giudicata incide sul giudizio civile e impedisce al g.o. di tornare sulle stesse questioni ai fini della disapplicazione di un atto già riconosciuto illegittimo dal g.a. In breve, l'accertamento, compiuto nel processo amministrativo e passato in giudicato, della legittimità di un provvedimento esclude la possibilità di far valere, poi, nel giudizio civile e tramite la disapplicazione, sia i vizi dedotti con l'impugnazione che i vizi deducibili». Cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *Giudicato amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2676 ss.: «merita richiamo, infine, quella giurisprudenza delle Corti di cassazione (...) che concerne i rapporti tra sentenza di rigetto del giudice amministrativo e potere di disapplicazione del giudice ordinario. Secondo la Corte, in linea di principio il giudicato (formale) sulla relativa decisione reiettiva di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo non preclude al giudice ordinario la possibilità di dichiarare la nullità del medesimo provvedimento per carenza di potere o di disapplicarlo, fatta salva l'ipotesi di formazione di un giudicato esterno su tutte quelle questioni espressamente affrontate e risolte dal giudice amministrativo quali antecedenti logici e necessari della pronuncia».

<sup>122</sup> Argomenta così F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

residuale ed eccezionale<sup>123</sup>. Secondo tale impostazione il giudice civile potrebbe dunque rilevare l'illegittimità del provvedimento e disapplicarlo per vizi di incompetenza o violazione delle norme di legge.

Altri autori ritengono che il giudice civile debba mantenere un potere di disapplicazione del provvedimento *antitrust* nelle ipotesi di violazione di norme di legge in ragione del «principio costituzionale di soggezione del giudice alla (sola) legge», il quale esprime «l'esigenza che il giudice non riceva, se non dalla legge, l'indicazione delle regole da applicazione nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»<sup>124</sup>. In questo senso, dovrebbe così applicarsi la teoria dei contro-limiti, in considerazione del fatto che il giudice deve essere libero di disapplicare il provvedimento laddove rilevi evidenti profili di illegittimità.

Taluni studiosi, tra l'altro, reputano che il giudice civile abbia il potere di discostarsi dall'accertamento svolto dall'AGCM nelle ipotesi in cui il provvedimento sia divenuto definitivo per scadenza dei termini per l'impugnazione<sup>125</sup>.

A sostegno della possibilità che il giudice civile possa disapplicare il provvedimento dell'AGCM, parte della dottrina evidenzia che la stessa Relazione illustrativa del Governo inerente alle misure di attuazione della Direttiva (UE) 2014/104 pare accennare al persistere di una potestà disapplicativa in capo al giudice civile: «il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale venga proposta un'azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità»<sup>126</sup>. Ciò nonostante, la previsione di cui all'art. 7 cit. non sembra aver recepito tali considerazioni.

#### 4.2. La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: riflessioni sull'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGCM

---

<sup>123</sup> *Inter alia*, v. S. LOPOPOLO, *op. cit.*: «sebbene il testo normativo non lo espliciti, infatti, è possibile ritenere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 7 – in conformità agli artt. 101, comma 2 e 111, comma 2, Cost. – che il giudice del risarcimento non sia vincolato all'accertamento contenuto nel provvedimento dell'autorità quando lo ritenga irrimediabilmente viziato». V. anche L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: Il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus Civile*, 2017.

<sup>124</sup> D. PORENA, *op. cit.*

<sup>125</sup> M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno*, cit.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 58 e 213 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 503 ss.; M. RAMAJOLI, *op. cit.*, Milano, 1998, 379; P. FABBIO, *op. cit.*, 219.

<sup>126</sup> GOVERNO, *Relazione illustrativa di attuazione della direttiva 2014/104/UE 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*, disponibile al sito [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0350\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0350_F001.pdf&leg=XVII). Sul punto, V. in dottrina M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 500.

Alla luce della portata applicativa dell'art. 7 d.lgs. n. 3/2017, parte della dottrina ha sollevato forti dubbi circa la compatibilità della norma con la Carta Costituzionale.

La presente trattazione, nell'ambito dell'illustrazione del *public enforcement antitrust* e con specifico riguardo all'attività dell'AGCM, ha offerto una sintesi circa il ruolo e le funzioni dell'Autorità nonché circa le modalità di espletamento del procedimento *antitrust*. In tale occasione è stato anzitutto evidenziato che l'Autorità è portatrice di interessi pubblici specifici (e dunque non è terza e neutrale rispetto agli interessi che vengono in rilievo nell'espletamento delle sue attività) e che questa è dotata del carattere dell'indipendenza rispetto agli altri poteri (e in particolare quelli di controllo e di esercizio da parte del Governo) nell'esercizio delle sue funzioni, con la conseguenza che l'AGCM si pone al di fuori del circuito di responsabilità di cui all'art. 95 Cost. Inoltre, è stato rimarcato che l'Autorità è dotata di poteri regolatori e decisorii particolarmente incisivi nonché di un elevato livello di discrezionalità tecnica.

In tale contesto, si è sottolineato che il *deficit* di democraticità che essenzialmente caratterizza l'operato dell'AGCM, nonché l'assenza di una completa e adeguata disciplina legislativa in materia *antitrust* trovano fondamento e giustificazione nella c.d. legalità procedurale, ossia nella sussistenza di una serie di garanzie rinforzate attinenti al procedimento decisionale dell'AGCM e nel fatto che l'attività dell'AGCM può essere oggetto di un eventuale successivo controllo giurisdizionale in sede amministrativa. Nello specifico, la legalità procedurale si declinerebbe, almeno in astratto, nella tutela di una serie di diritti di partecipazione e di difesa delle parti all'interno del procedimento.

Innanzitutto, mediante la notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria nel rispetto dei principi della completezza informativa e della puntuale definizione del *thema decidendum*, in ossequio al principio di immutabilità dei fatti contestati. La notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria ha come diretta conseguenza la possibilità per l'AGCM di esercitare i suoi poteri di *enforcement* nonché il diritto delle parti del procedimento *antitrust* di partecipare e difendersi, in conformità con il principio del contraddittorio. A questo proposito si è evidenziato come l'intera fase preistruttoria del procedimento *antitrust* si svolge essenzialmente senza il contraddittorio con l'impresa indagata, a meno che l'AGCM non ritenga, a sua discrezione, di avviare un dialogo negoziale. Inoltre tale fase non risulta essere sufficientemente disciplinata, con la conseguenza che l'Autorità gode di una certa discrezionalità nella determinazione della durata della fase preistruttoria e nella prioritizzazione di certi fascicoli rispetto ad altri.

In questo senso, la notifica del provvedimento di avvio spesso può avvenire in un momento molto successivo rispetto a quando l'AGCM ha cominciato ad espletare delle indagini circa la sussistenza di un'infrazione *antitrust*, senza che l'impresa indagata possa essere edotta dell'esistenza delle investigazioni nei suoi confronti (che possono protrarsi per lungo tempo), nonché comunicare direttamente con il *public enforcer*, il quale nel frattempo ha

già avuto modo di crearsi un convincimento circa la commissione o la portata della violazione *antitrust*.

In aggiunta si è anche sottolineato come il *thema decidendum* del procedimento *antitrust*, che deve essere ben delineato dal provvedimento di avvio dell'istruttoria, spesso è soggetto ad estensioni sia di carattere soggettivo che oggettivo, con il rischio di pregiudicare il principio di immutabilità dei fatti contestati. Oltre a ciò, l'Autorità fissa nel provvedimento di avvio dell'istruttoria il termine di conclusione del procedimento *antitrust*, il quale non è in alcun modo regolato dalla legge, non è perentorio e può essere più volte discrezionalmente prorogato con provvedimento dell'AGCM. Tale aspetto può dunque far sollevare dubbi circa la compatibilità con il principio di ragionevole durata del procedimento ai sensi dell'art. 6 Cedu.

In secondo luogo, il diritto di partecipazione sarebbe assicurato dal pieno contraddittorio scritto per tutte le parti del procedimento *antitrust* nonché il diritto rafforzato al contraddittorio orale delle imprese destinatarie del provvedimento di avvio. In questo senso, si è argomentato che il contraddittorio orale con le parti interessate del procedimento *antitrust* in realtà presenta delle forti problematiche, soprattutto in relazione ai termini per poter essere sentiti dall'Autorità e dunque per esaminare tutto il materiale probatorio raccolto da quest'ultima e preparare la difesa. Similarmente, si è rilevato che le parti possono presentare istanza per essere sentite dal Collegio entro il termine di 5 giorni del ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie e l'audizione da parte dell'impresa sospetta generalmente ha una durata di 10-20 minuti, nonostante questa sia l'unica sede in cui è possibile avere un contatto diretto con il Collegio (ossia l'organo decidente), senza il filtro degli uffici.

In terzo luogo, la legalità procedurale sarebbe garantita dalla facoltà di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio. Anzitutto è da rilevarsi come non tutti i documenti contenuti del fascicolo istruttorio vengono messi a disposizione dell'impresa sospetta, la quale quindi non potrà conoscere tutti gli elementi a proprio carico, con la conseguenza che per tutto il procedimento *antitrust* persisterebbe un'asimmetria informativa tra parte pubblica e parte privata, in netto contrasto con i principi di trasparenza, buona amministrazione e giusto processo. Peraltro l'Autorità può negare (tacitamente o espressamente) ovvero differire l'accesso alla documentazione e nella prassi spesso si avvale di tale facoltà, con la conseguenza che buona parte del materiale contenuto nel fascicolo rimarrebbe inaccessibile alle parti almeno fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie. Allo stesso modo si è visto che l'Autorità decide sulle istanze di riservatezza e di segretezza delle parti soltanto prima della comunicazione delle istanze istruttorie. È dunque evidente come tali pratiche si pongano in netto contrasto con il diritto di difesa e rischiano di compromettere la garanzia del contraddittorio.

Alla luce di tali osservazioni inerenti alla portata e all'effettività del principio della legalità procedurale in relazione alla prassi dell'attività dell'AGCM, emerge una serie di problematiche attinenti al rispetto dei principi costituzionali e convenzionali del contraddittorio, difesa, *due process*, e ragionevole durata del procedimento. In questo senso, sembra che la natura dell'Autorità, caratterizzata da una lacunosa disciplina legislativa nonché da un forte *deficit* di democraticità, e le modalità di espletamento del procedimento *antitrust*, che

dovrebbero essere informate al principio di legalità procedurale, presentano ex se forti problemi di costituzionalità, che molti studiosi non hanno mancato di censurare.

Invero i difetti inerenti ai principi del giusto processo (e in particolare del contraddittorio)<sup>127</sup> nonché di difesa<sup>128</sup> e di parità delle parti<sup>129</sup>, la mancanza di imparzialità, terzietà e neutralità dell'AGCM così come della Commissione, le quali sono «vere e proprie 'parti' incaricate di perseguire un interesse specifico, ossia l'individuazione e la repressione delle violazioni del diritto della concorrenza»<sup>130</sup>, come anche confermato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 13/2019, rendono, secondo parte della dottrina, ancora più difficoltoso accettare che la *constatazione* dell'Autorità possa far considerare *definitivamente accertati* i fatti oggetto dell'accertamento.

A questo proposito viene rilevato che nel nostro ordinamento ciò che risulta essere «definitivamente accertato» può essere ricondotto soltanto ad una sentenza e non ad un provvedimento amministrativo, il quale, ad accettare la tesi qui opposta, «finisce per assumere (...) la veste di atto soggettivamente e formalmente amministrativo ma, *oggettivamente e sostanzialmente*, 'giudiziario' o, quanto meno, espressione di una funzione capace di riabilitare» la «tesi sulla 'paragiurisdizionalità' delle funzioni che sembrava tramontata»<sup>131</sup>.

Proprio in relazione alle argomentazioni sopra esposte, la previsione di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017, che realizza un raccordo tra giudizio civile e provvedimento dell'AGCM prevendo che il giudice civile risulti essere vincolato dall'accertamento della violazione *antitrust* dell'AGCM risulta sollevare forti dubbi di compatibilità con i principi costituzionali.

In particolare, verrebbe così pregiudicata l'indipendenza del potere giudiziario, e quindi il principio di indipendenza della magistratura ex art. 104, comma 1, Cost., attuando un'alterazione del principio della separazione dei poteri dello Stato nella misura in cui il giudice civile cede il potere di disapplicazione del provvedimento illegittimo o comunque di cognizione circa i fatti oggetto dell'accertamento e soggiace al contenuto del provvedimento dell'AGCM. Per l'effetto anche il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101, comma 2, Cost. verrebbe fortemente compromesso<sup>132</sup>.

Pertanto, diversi commentatori censurano anche l'impossibilità per l'impresa destinataria del provvedimento dell'AGCM di introdurre degli elementi a supporto dell'insussistenza dell'infrazione ovvero prove attinenti alla portata

---

<sup>127</sup> Cfr. C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, 135 e M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 211 ss.

<sup>128</sup> V. G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 67 ss.

<sup>129</sup> V. L. MICCOLI, *op. cit.* e F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.

<sup>130</sup> Per riferimento: E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in *Federalismi.it*, 2019, 7.

<sup>131</sup> Così argomenta D. PORENA, *op. cit.* con particolare riferimento alle risultanze della pronuncia Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

<sup>132</sup> In maniera incisiva sul tema della soggezione del giudice alla legge ex art. 101 Cost., cfr. D. PORENA, *op. cit.*; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 ss.; M. SIRAGUSA, *Judicial Review of Antitrust Decisions: Q&A*, in *Rivista italiana di diritto antitrust*, 2015, 144 ss.

della violazione, in quanto comporterebbe la violazione del diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost.<sup>133</sup>.

Al contrario, parte della dottrina ha ritenuto compatibile con i principi vigenti nel nostro ordinamento la scelta del legislatore di attribuire un'efficacia autoritativa di accertamento ai provvedimenti dell'AGCM.

In primo luogo, argomentando che tale decisione risulta essere impugnabile dinnanzi al giudice amministrativo sotto ogni suo profilo (sia di accertamento che di condanna) ai sensi dell'art. 113 Cost.<sup>134</sup>. Così, secondo questa impostazione, i diritti delle imprese destinatarie del provvedimento dell'AGCM non verrebbero pregiudicati dalle loro ridotte facoltà probatorie qualora vengano convenute in sede civile e quindi il diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost. rimarrebbe intatto.

A questa argomentazione gli autori che sostengono l'incostituzionalità dell'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 replicano che il processo amministrativo non è comunque «idoneo a surrogarsi per intero al procedimento incardinato innanzi al giudice ordinario» poiché, in prima battuta, il giudizio amministrativo vede il solo coinvolgimento del ricorrente (l'impresa destinataria del provvedimento) e dell'amministrazione resistente (l'AGCM), oltre ad eventuali controinteressati<sup>135</sup>. In seconda battuta, l'oggetto del giudizio amministrativo, avente natura impugnatoria e demolitoria, è il provvedimento viziato, nei limiti dei motivi del ricorso amministrativo. Di conseguenza non si realizzerebbe alcun contraddittorio tra l'impresa che ha commesso l'illecito e i soggetti privati danneggiati. Pertanto l'unica sede in cui sarebbe possibile un contraddittorio diretto tra le parti, nel rispetto dei principi costituzionali, sarebbe quella civile.

La specifica censura attinente al fatto che la cognizione del giudice civile (nell'ambito del *private enforcement*) e quella dei procedimenti *antitrust* (*public enforcement*), sempre secondo gli studiosi che supportano la compatibilità costituzionale dell'art. 7 cit., potrebbe comunque essere superata in ragione della comune necessità di accertare sia in sede amministrativa che civile una violazione di legge (e nello specifico delle norme anticoncorrenziali). Infatti:

«Non vi è dubbio (...) che la cognizione del giudice civile e quella svolta delle procedure di *public enforcement* mirino a obiettivi differenti. La funzione di quest'ultime, infatti, è il prodursi, se del caso, in divieti e sanzioni, nell'ottica di regolamentare il mercato in senso 'macroeconomico', la prima ha ad oggetto pretese interprivate

<sup>133</sup> Si vedano anche le riflessioni di F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>134</sup> *Inter alia*, B. GILIBERTI, *op. cit.* ritiene che la disposizione che attribuisce efficacia vincolante *ultra partes* al provvedimento dell'AGCM che accerta l'illecito *antitrust* «non pare incidere sulla pienezza di tutela di chi si ritenga danneggiato dal provvedimento amministrativo *antitrust* che accerti un'infrazione, perché il sistema è strutturato nel senso di permettergli il ricorso alla magistratura amministrativa, la quale oggi sembra disporre di adeguati strumenti di sindacato, specie per ciò che attiene all'accesso e alla revisione dei fatti (peraltro, in un'ottica anche di concentrazione della tutela innanzi al medesimo plesso giurisdizionale, pure potrà essere valutata la possibilità che la cognizione dei giudizi di impugnazione avverso i provvedimenti *antitrust* venga affidata al giudice ordinario)».

<sup>135</sup> Sul tema dei limiti soggettivi e oggettivi del giudizio amministrativo, cfr. D. PORENA, *op. cit.*; B. GILIBERTI, *op. cit.* e M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 221 ss.

per la apposizione di divieti e il ristoro di danni. Ciò, tuttavia, non toglie nulla al fatto che queste due procedure condividano il tratto comune del concretarsi in una verifica circa il rispetto della normativa *antitrust*. Si tratta (...) di accertamenti privi di margini di discrezionalità in senso proprio, che si sostanziano nell'esercizio di un'attività di verifica a carattere opinabile. Per questa ragione, l'attività del giudice e quella dell'Autorità garante appaiono, sotto quest'aspetto, speculari (accertamento di una violazione di legge)»<sup>136</sup>.

Altri autori, poi, sostengono che gli asseriti problemi di compatibilità con il dettato costituzionale di cui sopra possono essere superati in ragione del fatto che il legislatore ha espressamente conferito alle decisioni dell'AGCM efficacia vincolante di giudicato<sup>137</sup>.

Altri ancora ritengono che l'art. 7 cit. risulta essere compatibile con i principi della Cedu (e con la dottrina della *full jurisdiction*, di cui si è già illustrata la portata ma che verrà nuovamente considerata nel proseguo) perché tale disposizione (che riporta il contenuto dell'art. 9 della Direttiva) riflette una specifica scelta legislatore europeo e il perseguimento di una serie obbiettivi di maggiore rilevanza ad opera della Direttiva (UE) 2014/104, con l'intento anche di superare la giurisprudenza sulla prova privilegiata e di riconoscere la portata garantista dei meccanismi di *private enforcement*<sup>138</sup>.

##### 5. L'interazione tra il giudizio civile risarcitorio e il giudizio amministrativo alla luce dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017

L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 prevede che la *sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato* che *constata* la violazione *antitrust* ha efficacia di accertamento vincolante in sede civile. Nel nostro ordinamento il «giudice del ricorso» in materia *antitrust* risulta essere il giudice amministrativo, al quale è deputato il compito di esercitare il controllo giurisdizionale sull'attività di *public enforcement antitrust* condotta dall'AGCM. A differenza dell'ipotesi appena sopra considerata, la norma in questo caso disciplina il rapporto tra giudizi di diversa natura (e non la relazione tra organo giurisdizionale ordinario e autorità amministrativa indipendente).

Qualora un soggetto legittimato all'impugnazione del provvedimento dell'AGCM intenda ricorrere al giudice amministrativo, questi dovrà necessariamente esperire un'azione di annullamento dello stesso. Infatti ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a. «il giudice non può conoscere della legittimità

---

<sup>136</sup> Così argomenta B. GILIBERTI, *op. cit.* Sulla differenza della cognizione dell'Autorità e del giudice civile v. M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: La proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 297 ss.

<sup>137</sup> Si vedano le riflessioni di G. FATTORI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007 e L. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, 309.

<sup>138</sup> Di questo avviso risulta essere F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29» (si tratta del c.d. principio della necessità dell'azione di annullamento). Pertanto, il giudice amministrativo, al di fuori dell'azione di annullamento (la quale prevede necessariamente un'espressa domanda di parte), non può autonomamente accertare l'illegittimità dell'agire amministrativo e dunque non è possibile prefigurare un'azione di mero accertamento<sup>139</sup>.

L'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale civilistica risultano essere autonome ed indipendenti, con la conseguenza che il giudizio civile risulta essere pacificamente procedibile, a prescindere dalla pendenza o meno di un giudizio amministrativo. Già la giurisprudenza più risalente aveva escluso che nelle azioni risarcitorie di tipo *follow on* vi fosse un rapporto di pregiudizialità fra il procedimento amministrativo e le azioni risarcitorie nell'ambito del *private enforcement*<sup>140</sup>. Anche la dottrina risulta essere conforme a tale orientamento, escludendo appunto la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza fra il giudizio civile e amministrativo<sup>141</sup>.

Ai fini della determinazione della portata della disposizione di cui all'art. 7 cit. nell'ipotesi in esame, è opportuno individuare quale siano rispettivamente l'efficacia soggettiva ed oggettiva della pronuncia del giudice amministrativo in sede di impugnazione.

Per quanto riguarda i limiti soggettivi, la sentenza amministrativa in generale segue la regola di cui all'art. 2909 c.c. e dunque ha efficacia nei confronti delle parti del giudizio amministrativo, ossia il ricorrente, il resistente e gli eventuali controinteressati.

Qualora la pronuncia del giudice amministrativo rigetti l'azione di annullamento del provvedimento dell'AGCM, è comunemente ritenuto che l'efficacia di accertamento vincolante derivi comunque dalla decisione dell'Autorità, la quale mantiene la sua efficacia *ultra partes* (o comunque plurisoggettiva)<sup>142</sup>.

Nel caso in cui invece il giudice amministrativo accolga in tutto o in parte l'azione di annullamento, la sentenza ha efficacia solo tra le parti del processo amministrativo, con eventuale possibilità di estensione soltanto ai co-autori che non hanno impugnato il provvedimento di un illecito che si è manifestato in un cartello<sup>143</sup>, in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o del vizio dedotto, da cui deriva l'inscindibilità delle posizioni dei destinatari del provvedimento<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit. e M. LIPARI, *op. cit.*

<sup>140</sup> Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827; sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207; sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305. Di recente, v. Trib. Milano, sez. imprese, 16 febbraio 2018, n. 1672.

<sup>141</sup> V. R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno «antitrust»: Relazione per il Convegno su «Il risarcimento del danno antitrust»*, Roma 18 marzo 2014, in *Le Società*, 2014, 784 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, 97 ss.; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti davanti alle autorità garanti: giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, 232 ss.

<sup>142</sup> Per tutti, B. GILIBERTI, *op. cit.*

<sup>143</sup> V., *inter alia*, Cass., sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882 e Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 362.

<sup>144</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 5, secondo cui:

Per quanto riguarda l'efficacia oggettiva della sentenza amministrativa, questa risulta anzitutto essere limitata ai motivi di ricorso dedotti con la domanda di annullamento. La sentenza del giudice amministrativo può confermare il provvedimento dell'AGCM (in ipotesi di rigetto del ricorso), annullarlo in tutto o in parte (in caso di accoglimento dell'azione costitutiva), ovvero modificarlo o annullarlo.

Nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo accoglie il ricorso avverso il provvedimento dell'AGCM, la sentenza di accoglimento si limita ad annullare l'effetto di accertamento del provvedimento e dunque effettua un «accertamento in punto di fondatezza (o meno) di eventuali vizi sostanziali solo strumentale all'annullamento, senza un'ulteriore efficacia autonoma di accertamento negativo dell'illecito»<sup>145</sup>. Per l'effetto, il giudice civile non risulterebbe in alcun modo vincolato dalla pronuncia di annullamento.

Così come è stato evidenziato per l'ipotesi del provvedimento dell'AGCM, anche l'efficacia vincolante della sentenza amministrativa definitiva in capo al giudice civile concerne solamente «*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*» (cfr. art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017).

A questo proposito è già stato rilevato che qualora il ricorso venga invece rigettato, il provvedimento dell'AGCM rimane valido ed efficace e continua a produrre i suoi effetti senza che sia necessaria una conferma ulteriore in sede giudiziale<sup>146</sup>.

In questo senso, gli effetti vincolanti in sede civile dell'accertamento dell'illecito *antitrust* derivano direttamente dal provvedimento dell'AGCM infruttuosamente impugnato<sup>147</sup>. In tale contesto, è opportuno sottolineare che taluni autori invece sostengono che «la sentenza di rigetto, oltretutto non comportare conseguenze di tipo demolitorio sul provvedimento, finirebbe (...)

---

«Il giudicato amministrativo – in assenza di norme *ad hoc* nel codice del processo amministrativo – è sottoposto alle disposizioni processualcivilistiche, per cui il giudicato opera solo *inter partes*, secondo quanto prevede per il giudicato civile l'art. 2909 c.c.

I casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes* sono, quindi, eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile – logicamente, ancor prima che giuridicamente – che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato.

Utilizzando tale criterio, dottrina e giurisprudenza hanno individuato alcune eccezionali ipotesi di estensione *ultra partes* degli effetti del giudicato. Tale estensione dipende spesso da una pluralità di fattori concorrenti, fra i quali rileva non solo la natura dell'atto annullato, ma anche, cumulativamente, il vizio dedotto, nonché il tipo di effetto prodotto dal giudicato della cui estensione si discute.»

<sup>145</sup> Così testualmente, F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit. e B. GILIBERTI, *op. cit.*

<sup>146</sup> Cfr. ancora F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>147</sup> Ciò viene confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa. *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2003, n. 7725; sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142; sez. VI, 19 aprile 1996, n. 580. V. anche T.A.R. Liguria, sez. I, 29 aprile 2014, n. 684: «Se all'esito del giudizio sono mantenuti fermi gli effetti di un provvedimento che comporta un obbligo di fare (come nella specie, un'ordinanza di demolizione), la fonte di tale obbligo continua ad essere il provvedimento amministrativo (e non la sentenza del giudice, che si è limitata a respingere il ricorso contro di esso)».

per 'sanarne' anche ulteriori e non dedotti o non accertati difetti agli effetti del successivo processo civile»<sup>148</sup>, tra cui appunto l'effetto di accertamento dell'illecito *antitrust*. Peraltro alcuni studiosi si chiedono se la sentenza sarebbe in grado comunque di produrre un proprio accertamento autonomo indipendente dall'effetto eliminatorio nel caso in cui il provvedimento venga annullato per un vizio formale/procedimentale e allo stesso tempo il giudice del ricorso non accoglie la censura sostanziale relativa all'esistenza dell'illecito e quindi accerta/conferma la violazione *antitrust*. In questi casi vi sono commentatori che ritengono che la sanzione verrebbe meno ma il capo di accertamento autonomo risulterebbe essere trasferito alla sentenza.

Il meccanismo di raccordo realizzato dall'art. 7 cit. sembra essere più agevolmente identificabile quando il provvedimento impugnato in sede amministrativa risulta essere quello di tipo sanzionatorio. Per quanto riguarda invece gli altri provvedimenti aventi natura non sanzionatoria, quali ad esempio il provvedimento meramente inibitorio di una condotta attuale piuttosto che la decisione con cui il richiedente di un programma di clemenza ha ricevuto l'immunità totale dalla sanzione, sorge invece una serie di dubbi.

Alcuni autori, infatti, ritengono che le imprese destinatarie di tali provvedimenti non abbiano un interesse diretto ed attuale ad impugnare, poiché «non può non osservarsi come la decisione dell'AGCM renda attuale il solo interesse dell'impresa che voglia impugnare tale decisione in vista dell'annullamento delle relative sanzioni e non anche l'interesse della medesima impresa a contestarne la legittimità allo scopo di evitare un giudizio negativo in sede civile per il risarcimento del danno in favore dei terzi controinteressati»<sup>149</sup>. Secondo questa prospettiva, soltanto un provvedimento di tipo sanzionatorio attualizza l'interesse ad impugnare il provvedimento stesso ai fini dell'ottenimento della rimozione della sanzione e pertanto «viceversa, con l'adozione del provvedimento *antitrust*, non pare sorgere necessariamente anche l'interesse a contestarne la legittimità a fini risarcitori civili. In quel momento, infatti, quell'interesse resta sullo sfondo come non attuale, tenuto conto del fatto che azioni civili potrebbero, addirittura, non essere mai intentate. Questa differenziazione, riportata in sede processuale, sembra richiamare molto da vicino l'operatività del brocardo per cui *temporalia ad agenda, perpetua sunt ad excipiendum*»<sup>150</sup>.

Altri commentatori invece rilevano che nelle ipotesi di provvedimenti non sanzionatori vi sia un interesse al ricorso poiché «la sopravvivenza di un interesse al ricorso, che nella giurisprudenza amministrativa è ravvisata anche nelle sole utilità risarcitorie che il ricorrente può trarre dall'annullamento dell'atto, sembra orientata a valorizzare l'interesse risarcitorio, attuale e diretto, del ricorrente stesso e non già l'interesse, solo ipotetico ed eventuale, che lo stesso possa coltivare in opposizione a possibili pretese risarcitorie che terzi, se del caso, ritengano successivamente di avanzare»<sup>151</sup>. In questo senso,

<sup>148</sup> Di questo avviso risulta essere D. PORENA, *op. cit.*

<sup>149</sup> Argomenta in questo senso C. PESCE, *Sul sindacato del giudice amministrativo delle decisioni dell'AGCM: Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2019 (08.08.2021). Dello stesso avviso risulta essere anche D. PORENA, *op. cit.*

<sup>150</sup> Così testualmente B. GILIBERTI, *op. cit.*

<sup>151</sup> In senso critico rispetto alla giurisprudenza amministrativa e a tale impostazione, v. D. PORENA, *op. cit.*

secondo questa impostazione, persisterebbe l'interesse ad impugnare la decisione dell'AGCM proprio in funzione risarcitoria anche di chi, ad esempio, abbia ricevuto un'immunità totale «così da evitare che tale accertamento risulti definitivo ed inoppugnabile, deprivandolo immediatamente del suo diritto a professarsi 'innocente' in ogni successiva sede e quindi esponendolo ad azioni *follow on*»<sup>152</sup>.

5.1. L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 come arretramento della tutela giurisdizionale in sede amministrativa rispetto agli orientamenti del Consiglio di Stato che hanno dato riscontro alla *full jurisdiction* della Corte EDU

La previsione concernente l'efficacia vincolante della pronuncia del giudice amministrativo in sede civile ha sollevato critiche meno accese rispetto all'ipotesi dell'efficacia vincolante del provvedimento dell'Autorità non impugnato in ragione del fatto che tale disposizione riguarda nello specifico il rapporto tra giurisdizioni (amministrativa e civile).

Il presente lavoro ha in precedenza trattato del tema del controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* del giudice amministrativo e, in particolare, ha esaminato i vari orientamenti in seno alla giurisprudenza amministrativa nonché la relativa posizione della Suprema Corte.

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, si è evidenziato come le pronunce più risalenti operavano un sindacato giurisdizionale a carattere restrittivo (il c.d. sindacato esterno) limitato alla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, nonché della corretta motivazione ed istruzione del provvedimento. Successivamente, il Consiglio di Stato ha elaborato la distinzione tra «sindacato forte», secondo cui il giudice è dotato di un potere sostitutivo delle valutazioni tecniche operate dall'AGCM, e «sindacato debole», limitato a verificare la ragionevolezza e la coerenza tecnica della decisione, e ha ricondotto il controllo dei provvedimenti *antitrust* al secondo tipo.

In epoca più recente, la giurisprudenza amministrativa ha colto le istanze provenienti dalla Corte di Strasburgo, la quale ha elaborato la dottrina della *full jurisdiction*, basata sull'art. 6 Cedu. Per *full jurisdiction* si intende il diritto di un soggetto sanzionato (quasi penalmente) da un'autorità amministrativa ad avere accesso ad una successiva fase di «piena giurisdizione» che consenta al giudice di valutare ogni questione di fatto e di diritto attinente alla decisione dell'organo che ha emanato il provvedimento. Prendendo le mosse dalle numerose pronunce della Corte EDU in materia di *full jurisdiction* nonché dai principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.), il Consiglio di Stato a partire dal 2016 ha cercato di prendere le distanze dalla distinzione tra sindacato forte e sindacato debole e ha operato un controllo maggiormente intenso e pieno, ma mai sostitutivo.

Diversamente, la Suprema Corte ha affermato in maniera costante che il giudice amministrativo deve operare un sindacato di legittimità «estrinseco non sostitutivo», avente ad oggetto solamente il vaglio della correttezza dei criteri

---

<sup>152</sup> Così F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

giuridici, della logicità e coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione. Di conseguenza, il sindacato del giudice amministrativo sarebbe «destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo»<sup>153</sup>.

Il legislatore italiano pare proprio aver positivizzato l'orientamento maggiormente restrittivo della Corte di Cassazione, operando la già menzionata addizione nell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017 rispetto al contenuto dell'art. 9 della Direttiva, stabilendo che «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e *si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*».

Tale formula pare dunque disporre che il sindacato del giudice amministrativo non può estendersi ai profili tecnici che presentano un *oggettivo margine di opinabilità* e in questo senso risulta essere evidente l'intento del legislatore italiano di circoscrivere il potere di cognizione del giudice amministrativo. Peraltro, è da rilevarsi come nel restringere la portata del sindacato del giudice amministrativo, il legislatore non si sia nemmeno premurato di chiarirne quale sia l'effettivo perimetro né di definire quali siano i profili tecnici dotati di un *oggettivo margine di opinabilità*.

Secondo diversi autori, tale limitazione risulta essere ingiustificata proprio perché non è prevista dalla legge di delega (ossia la l. 9 luglio 2015, n. 114), con la conseguenza che la norma in parola è censurabile in quanto costituzionalmente illegittima ex art. 76 Cost. per violazione degli artt. 117, comma 1, Cost. e 6, par. 1, Cedu, nonché dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione ex art. 3 Cost. in quanto tale restrizione non è prevista né per il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di altre autorità amministrative indipendenti né per il giudizio autonomo del giudice civile (e quindi con riguardo alle azioni *stand alone*)<sup>154</sup>.

Peraltro, la disposizione di cui all'art. 7 cit. si pone in contrasto con le aperture della giurisprudenza amministrativa ad un sindacato di tipo intrinseco, pieno ed effettivo. Proprio a causa dell'inciso di cui all'art. 7, il Consiglio di Stato ha adottato orientamenti divergenti in relazione al tema dell'estensione del sindacato amministrativo *antitrust*. Da un lato, infatti, vi sono pronunce che si conformano all'interpretazione restrittiva della Corte di Cassazione e che danno pieno riscontro all'art. 7. Dall'altro lato, invece, da talune sentenze emerge un sindacato intrinseco pieno ed effettivo, in conformità alla *full jurisdiction* della Corte EDU, che viene definito di «sindacato pieno di maggiore attendibilità», in cui il giudice ha il potere di rivalutare le scelte tecniche compiute dall'AGCM e d

<sup>153</sup> Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

<sup>154</sup> In questo senso argomentano: M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018; M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 729 ss.; D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM: Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *www.judicium.it*, 2019 (15.05.2021).

applicare una diversa interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta (senza la necessità di verificare che non vi siano *oggettivi margini di opinabilità*).

In questo senso, molti autori rilevano che l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 costituisce un arretramento della tutela giurisdizionale volta all'ampliamento delle garanzie processuali in sede di impugnazione cui la giurisprudenza amministrativa si è aperta, nonché un ostacolo alla piena recezione da parte del nostro ordinamento della giurisprudenza EDU in materia di *full jurisdiction*<sup>155</sup>.

Per tali ragioni, secondo questa interpretazione sarebbe necessario operare una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma in oggetto. Il tema dell'intensità sindacato del giudice amministrativo, infatti, risulta essere fondamentale perché la menzionata apertura del Consiglio di Stato parrebbe essere ristretta tra l'orientamento della Cassazione e la previsione dell'art. 7 cit., concernenti una serie di limiti esterni da rispettare, e della Corte di Strasburgo in materia di *full jurisdiction*<sup>156</sup>. Invero l'art. 7, comma 1, d.lgs. 3/2017 pone un vero e proprio ostacolo alla possibilità di ammettere un sindacato pieno ed effettivo del giudice<sup>157</sup> e per tale motivo diversi commentatori sostengono che sia necessario offrire una diversa interpretazione dello stesso (se non una nuova previsione legislativa)<sup>158</sup>.

Applicando il principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, Cedu, avente rilevanza anche in materia *antitrust*, come parametro di legittimità costituzionale, sarebbe così possibile prevedere un innalzamento dello

---

<sup>155</sup> M. LIPARI, *op. cit.*; R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 34 ss.; R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 6 aprile 2017 (02.06.2021); R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, nella Relazione tenuta al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati», tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013. Ancora più incisivamente: M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019; M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 702 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 498 ss.

<sup>156</sup> V. R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 34 ss. V. anche M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 495-496: «L'accesso al pieno ed effettivo riesame dell'atto davanti ad un giudice terzo ed imparziale diviene così la chiave di volta dell'intera costruzione. Non v'è dubbio infatti che la concreta possibilità di censurare davanti ad un giudice la decisione amministrativa ed ottenerne un controllo completo ed approfondito, in fatto e in diritto, si profili come elemento imprescindibile affinché possa ammettersi la compatibilità con i principi fondamentali radicati nelle Costituzioni degli Stati membri della sottrazione al giudice civile del suo potere di apprezzamento indipendente dell'illiceità della condotta sanzionata dalla Commissione o dall'Autorità nazionale».

<sup>157</sup> *Ex multis*, L. MICCOLI, *op. cit.*; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.; G. VILLA, *La Direttiva Europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 446.

<sup>158</sup> Tra tutti, cfr. M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 734 ss.

*standard* di controllo giurisdizionale dei provvedimenti dell'AGCM<sup>159</sup>. In altre parole, i giudici amministrativi sarebbero tenuti ad esaminare scrupolosamente il contenuto della decisione dell'Autorità, inclusa la motivazione, nonché tutte le censure di fatto e di diritto delle imprese sanzionate, con lo scopo di verificare se l'ipotesi accusatoria dell'AGCM possa essere smentita (in conformità con il criterio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*).

## 5.2. La compatibilità della previsione di cui all'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 con i principi costituzionali: ulteriori considerazioni sulla sentenza del giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento *antitrust*

Il presente lavoro ha già illustrato taluni profili di illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 che parte della dottrina ha sollevato.

Anzitutto, è stato evidenziato che la previsione sarebbe idonea a violare il diritto di difesa ex art. 24 Cost., declinato come diritto inviolabile in ogni stato e grado del giudizio, in quanto, alla luce del dettato dell'art. 7 cit., l'impresa convenuta in sede civile non potrebbe sollevare eccezioni inerenti alla ricostruzione del fatto storico e all'antigiuridicità dell'illecito *antitrust* e qualora lo facesse queste dovrebbero essere dichiarate inammissibili perché *ex lege* non possono trovare spazio nel giudizio civile<sup>160</sup>.

Inoltre, è emerso che l'esclusione dal *thema decidendum* del giudizio civile della constatazione della violazione del diritto *antitrust* contrasterebbe con il principio del giusto processo ex art. 111 Cost. i cui corollari sono, oltre alla terzietà dell'organo giudicante, il principio del contraddittorio e della parità tra le parti nel procedimento<sup>161</sup>. Invero è stato rilevato che l'impossibilità per il giudice civile di pronunciarsi circa l'antigiuridicità della condotta nonché l'esclusione di una prova contraria (o comunque della possibilità di difesa) nel giudizio civile comporterebbero la violazione del principio del contraddittorio tra l'impresa convenuta e i soggetti danneggiati<sup>162</sup>. È stato evidenziato anche come tali circostanze secondo taluni autori costituirebbe una violazione dell'art. 6 Cedu, con particolare riferimento al diritto di difesa del soggetto accusato e alle garanzie del giusto processo<sup>163</sup>.

Con specifico riguardo all'efficacia vincolante della sentenza del giudice amministrativo, diversi commentatori hanno poi rilevato ulteriori profili di incostituzionalità dell'art. 7, comma 1, cit.<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., 752 ss.

<sup>160</sup> Per tutti, D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2019 (15.05.2021).

<sup>161</sup> D. PORENA, *op. cit.*; L. MICCOLI, *op. cit.*; S. LOPOPOLO, *op. cit.*

<sup>162</sup> V. anche S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del 'Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust' della Commissione e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 14 ss.

<sup>163</sup> M. LIPARI, *op. cit.*; F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro in Il processo*, 2019, 587 ss.; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.

<sup>164</sup> Peraltro si segnala che vi sono anche autori che sostengono che il giudicato amministrativo non possa in alcun modo essere vincolante per il giudice civile: «l'annullamento

Innanzitutto, secondo molti studiosi il limite all'estensione del sindacato del giudice amministrativo pare essere irragionevole (ex art. 3 Cost.) in ragione del fatto che il giudice civile, nelle ipotesi in cui viene incardinata un'azione di tipo *stand alone*, non è soggetto alle medesime restrizioni e pertanto può conoscere qualsiasi censura di fatto o di diritto inerente all'infrazione<sup>165</sup>.

Un ulteriore problema di compatibilità costituzionale concerne il fatto che il *petitum* del giudizio amministrativo è l'annullamento del provvedimento dell'AGCM e il giudice si pronuncia in relazione ai motivi del ricorso. Pertanto, la portata vincolante dell'accertamento in sede amministrativa finirebbe per inerire anche ulteriori profili di illegittimità che non sono stati dedotti in giudizio, sanando i vizi non dedotti o non accertati agli effetti del successivo giudizio civile<sup>166</sup>.

Inoltre, parte della dottrina sostiene che vi sia anche una potenziale violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. nei confronti dell'impresa autrice dell'illecito poiché il legislatore non riserva il medesimo trattamento ai provvedimenti dell'AGCM che accertano che la condotta oggetto del procedimento *antitrust* non viola il diritto della concorrenza (si tratta qui delle decisioni di archiviazione) ovvero alle sentenze di annullamento del provvedimento dell'AGCM<sup>167</sup>.

A tale proposito diversi autori si sono interrogati circa la compatibilità con il principio Cedu di presunzione di innocenza dell'irrelevanza *ex lege* dell'accertamento in negativo circa l'insussistenza dell'infrazione, alla luce del fatto che la responsabilità *antitrust* risulta avere natura sostanzialmente penale. Infatti, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, la presunzione di innocenza non si configura come una garanzia che concerne solamente il processo penale, ma si tratta di un principio generale che impone a qualsiasi organo dello Stato di non affermare la responsabilità penale di coloro i quali sono già stati dichiarati non colpevoli<sup>168</sup>. Di conseguenza, il principio di presunzione di innocenza sarebbe «violato ogni qualvolta venga riconosciuta

---

del provvedimento come l'accertamento della sua legittimità restano semplicemente irrilevanti e non vincolano il giudice civile più di quanto potesse fare il provvedimento stesso; al più sarebbe concepibile attribuire al giudicato amministrativo sulla validità del provvedimento un'efficacia in senso lato probatoria in ordine alle questioni comuni, ammesso che si ritenga in generale accettabile l'uso della sentenza come prova» (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 217). G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss. secondo cui «un eventuale annullamento giurisdizionale non pregiudica (necessariamente) le pretese che gli operatori economici interessati potrebbero azionare davanti al giudice civile»; M. SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Atti del Convegno V UAE-LIDC, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 16-17 maggio 2002, 1. In aggiunta si rileva che vi sono autori che sostengono che l'art. 7 cit. non contrasti con alcun principio fondamentale della Costituzione e che pertanto non vi è alcun fondamento per invocare la teoria dei contro-limiti: v. ad esempio G. MUSCOLO, *op. cit.*, 45 ss.

<sup>165</sup> V. M. LIPARI, *op. cit.*

<sup>166</sup> V. D. PORENA, *op. cit.*

<sup>167</sup> Cfr. D. PORENA, *op. cit.* e A. DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La Direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, 152.

<sup>168</sup> Corte EDU, 12 aprile 2012, *Lagardère v. France*, ricorso n. 18851/07; 30 giugno 2009, *Viorel Burzo v. Romania*, ricorso nn. 75109/01 e 12639/02; 13 settembre 2007, *Mouillet v. France*, ricorso n. 27521/04.

una responsabilità risarcitoria sulla base di un accertamento di responsabilità penale a carico di chi sia stato assolto in sede penale»<sup>169</sup>. A questo proposito, non sarebbe «necessario che il giudice del risarcimento statuisca espressamente ed in modo diretto su tale responsabilità penale; ma è sufficiente che sia rinvenibile un chiaro legame tra illecito di natura penale ed il diritto risarcitorio, cioè che seppur ai meri fini del giudizio risarcitorio, emerga l'accertamento dei presupposti di una responsabilità di stampo penale»<sup>170</sup>. E infatti nell'ambito dei giudizi risarcitori aventi ad oggetto azioni *follow on* tale legame risulta sussistere *ex lege* (cfr. art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017).

Alla luce della giurisprudenza EDU in materia di presunzione di innocenza e degli obbiettivi del diritto europeo della concorrenza nonché della funzione specificatamente dissuasiva del *private enforcement antitrust* ai sensi della Direttiva (UE) 2014/104, pare che il legislatore europeo dell'art. 9 della Direttiva abbia compiuto una scelta precisa: cioè quella di escludere che le decisioni di accertamento in negativo possano essere vincolanti in sede risarcitoria al pari dei casi di accertamento in positivo.

Ad ogni modo, è possibile comunque ritenere che il giudice civile debba tenere conto di eventuali pronunce assolutorie, alla stregua di prove atipiche particolarmente autorevoli e nella sostanza idonee a determinare l'esito del giudizio risarcitorio (salvo che il danneggiato produca elementi probatori in senso contrario)<sup>171</sup>.

### 5.3. La pienezza del sindacato del giudice amministrativo come soluzione al dibattito sulla costituzionalità dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 e il problema aperto della sua applicabilità ai provvedimenti non sanzionatori

Alla luce delle censure sollevate dalla dottrina circa le problematiche che derivano dall'applicazione del primo comma dell'art. 7 cit., diversi studiosi propongono di dare una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma.

Nello specifico, tale impostazione propone di fare riferimento ai principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 113 Cost.) e al diritto inviolabile di difesa di cui all'art. 24 Cost. nonché alla giurisprudenza di Strasburgo in tema di *full jurisdiction* così come recepiti dai più recenti orientamenti del Consiglio di Stato aperti ad un'estensione della portata del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Così testualmente, F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>170</sup> F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit. Cfr. Corte EDU, 12 aprile 2012, *Lagardère v. France*, ricorso n. 18851/07.

<sup>171</sup> F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>172</sup> M. LIPARI, *op. cit.*; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, cit.; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017 (02.06.2021); M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018, 15-16; M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 247 ss. e 258 ss.; Z. ALIMA, *Tutela antitrust*

È possibile identificare diverse ragioni di principio per cui la pienezza del sindacato si pone come presupposto necessario ai fini della compatibilità costituzionale del sistema di raccordo tra *public* e *private enforcement* introdotto dal legislatore europeo e italiano<sup>173</sup>.

In primo luogo, per il fatto che il giudizio amministrativo si configura come (il solo e unico) organo preposto dalla legge al controllo giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità indipendenti, e che pertanto il processo amministrativo rappresenta la *sedes* naturale in cui sindacare i provvedimenti lesivi degli interessi delle imprese destinatarie.

In secondo luogo, in ragione dell'efficacia vincolante che la legge (*rectius*, l'art. 7 cit.) attribuisce alla sentenza del giudice amministrativo nell'ambito del giudizio civile risarcitorio<sup>174</sup>. Infatti risulterebbe essere maggiormente accettabile che la constatazione della violazione *antitrust* risulti essere vincolante (e quindi che il giudice civile non possa in alcun modo pronunciarsi sull'antigiuridicità della condotta anticoncorrenziale) soltanto se questa è stata posta al vaglio del suo giudice naturale (il *giudice del ricorso*) e se il potere di verifica di legittimità del provvedimento risulta essere sufficientemente intenso e penetrante, fermo restando l'onere dell'impresa destinataria di impugnarlo tempestivamente.

In terzo luogo, come anche il Consiglio di Stato ha rilevato, la necessità di un sindacato pieno su ogni profilo di accertamento dell'illecito *antitrust* si rinviene anche perché «nelle azioni risarcitorie c.d. *stand alone* (ossia non precedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile – sia pure a fini risarcitori – è chiamato a verificare direttamente e in prima persona i

---

*nel private enforcement: Profili processuali*, in M. CONDINANZI, J. ALBERTI, F. CROCI (a cura di), *Il private antitrust enforcement europeo nelle Corti milanesi: Una prospettiva europea*, in *Atti del Convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 presso l'Università di Milano*, 31. Allo stesso modo, sulla necessità di intensificare il sindacato del giudice amministrativo, cfr. R. CHIEPPA, *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, cit., 35-36; R. PERNA, *op. cit.*, 8; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017.

<sup>173</sup> Tra coloro i quali criticano le attuali autolimitazioni che la giurisprudenza amministrativa opera in relazione al proprio sindacato sui provvedimenti dell'Autorità: P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., 112 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 257 ss.; S. VINCRE, *La Direttiva UE 104/2004 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1180; F. PASQUARELLI, *op. cit.*, 261 ss.; G. GRECO, *op. cit.*, 1013 ss.; G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Corr. giur.*, 2014, 1324 ss.; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno*, cit.; G. VILLA, *op. cit.*, 306 ss.

<sup>174</sup> Cfr. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 499: «L'esigenza di superamento dell'attuale *standard* di controllo, attestato sul controllo di mera 'attendibilità intrinseca' sui presupposti delle decisioni sanzionatorie, che potrebbe fors'anche reputarsi sufficiente sul versante del *public enforcement*, cresce, infatti, in misura direttamente proporzionale al crescere del peso riconosciuto ai provvedimenti della Autorità, i cui effetti si riverberano oggi necessariamente anche sul versante del *private enforcement*». V. anche P. BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1385; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 27; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno*, cit.

presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione del potere pubblico»<sup>175</sup>.

Infine, non si può ignorare il fatto che la maggior parte delle azioni risarcitorie *follow on* sono di natura collettiva. Pertanto il peso dell'efficacia vincolante della decisione amministrativa risulta essere ancora più grave in considerazione della sua applicabilità nei giudizi risarcitori di massa. Inoltre, si sottolinea che la legge n. 31/2019 ha ulteriormente esteso la legittimazione attiva nelle *class actions* italiane, rendendole quindi azioni a carattere generale, con la finalità di incentivare il loro utilizzo da parte non solo di consumatori ma anche, *inter alia*, di imprese concorrenti (attuali e potenziali), *partner* commerciali, clienti e lavoratori.

In questo senso, si renderebbe necessario un intervento espresso del legislatore, volto a dirimere l'acceso dibattito dottrinale sul tema nonché le divergenti posizioni interne alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, e costituzionalmente e convenzionalmente orientato.

## 6. Il giudizio civile autonomo: uno sguardo alle azioni *stand alone*

Le azioni civili risarcitorie possono essere incardinate anche in assenza di un previo provvedimento dell'AGCM ovvero di una sentenza del giudice amministrativo, in quanto *public* e *private enforcement* risultano essere autonomi e pertanto non esiste alcun vincolo di pregiudizialità formale tra l'accertamento amministrativo della violazione e l'azione risarcitoria privatistica. Si tratta in questo caso di azioni di tipo *stand alone*, in cui spetta al giudice civile valutare se vi sia stata una violazione *antitrust*, prima di procedere alla verifica del danno e del nesso di causalità.

Le situazioni in presenza delle quali è possibile promuovere un'azione *stand alone* sono varie, tra cui, ad esempio, quelle di promozione dell'azione civile (i) contestualmente all'avvio di un'istruttoria da parte dell'AGCM o della Commissione, in particolare a seguito della segnalazione alle autorità *antitrust* effettuata dall'attore stesso; (ii) successivamente ad una preistruttoria avviata senza che l'attore ne sia a conoscenza; (iii) in totale assenza di qualsivoglia procedimento *antitrust* o indagini preistruttorie da parte delle autorità *antitrust*.

Come rilevato nel presente lavoro, le azioni *stand alone* nel nostro ordinamento giuridico vengono promosse piuttosto raramente, soprattutto a causa del loro gravoso onere probatorio<sup>176</sup>.

Nelle azioni *stand alone*, il soggetto privato che agisce per ottenere il risarcimento del danno derivante da una condotta anticoncorrenziale, senza che vi sia stato un previo accertamento amministrativo, dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*, in conformità con l'art. 2055 c.c.

Allo stesso modo, il giudice civile dovrà autonomamente accertare la sussistenza di tutti i profili dell'illecito (inclusi quelli più complessi), senza che operi alcuna limitazione al suo potere di cognizione<sup>177</sup>.

<sup>175</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

<sup>176</sup> Per tutti, M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, *op. cit.*, 330.

<sup>177</sup> F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, *cit.*

In questi casi, dunque, l'attore in sede civile non potrà avvalersi del previo accertamento amministrativo dell'infrazione, il quale risulterebbe essere vincolante nel giudizio civile ex art. 7 cit., e la maggior parte dei meccanismi di raccordo tra *public* e *private enforcement* previsti dal d.lgs. n. 3/2017 non troveranno applicazione.

Invero le azioni *stand alone* possono soltanto beneficiare di talune norme che agevolano la deduzione probatoria dell'attore, tra cui l'art. 3 sull'ordine di esibizione nei confronti della controparte o dei terzi, l'art. 4 sull'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, l'art. 5 sull'ammissione delle prove ottenute dalle parti mediante l'accesso al fascicolo istruttorio di un'autorità, e l'art. 14 sulla possibilità di chiedere assistenza all'AGCM ai fini della quantificazione del danno. L'attore potrà anche avvalersi delle disposizioni concernenti la responsabilità in solido delle imprese co-autrici dell'illecito (cfr. art. 9) e il meccanismo della *passing-on defense* (sub artt. 10, 11 e 12). Per quanto riguarda il contenuto e la portata di queste disposizioni, si rinvia a quanto già illustrato nella presente trattazione.

Inoltre, risulta essere opportuno menzionare una famosa pronuncia della Suprema Corte in materia di azioni *stand alone* resa nell'ambito di un giudizio risarcitorio derivante da un illecito *antitrust* (nel caso di specie, un abuso di posizione dominante)<sup>178</sup>. Da questa pronuncia, infatti, si possono trarre numerosi spunti di riflessione, tuttavia soltanto alcuni di questi verranno qui considerati<sup>179</sup>.

Anzitutto, sulla base della peculiarità del giudizio risarcitorio *antitrust* per le azioni *stand alone* e dell'esigenza di garantire piena efficacia al diritto *antitrust* europeo, la Suprema Corte, ancora prima che venisse implementata nel nostro ordinamento la Direttiva (UE) 2014/104, ha operato «una lettura estensiva delle condizioni previste dalle norme del codice di rito in materia di istruzione probatoria alla luce degli strumenti più flessibili previsti dalla direttiva n. 2014/104»<sup>180</sup>. Nello specifico, ha stabilito che il giudice civile debba quindi disporre di poteri di indagini intensificati, anche d'ufficio, avvalendosi, ad esempio, dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564.

<sup>179</sup> Per una disamina più approfondita sulle risultanze della pronuncia in oggetto, cfr. C. FRATEA, *op. cit.*, 226 ss. e B. VOLTAGGIO, *Abuso di posizione dominante e onere della prova: maggiore tutela nel «private enforcement» contro comportamenti lesivi della concorrenza*, 2015, in [www.giuricivile.it](http://www.giuricivile.it) (18.08.2021).

<sup>180</sup> Così testualmente C. FRATEA, *op. cit.*, 227.

<sup>181</sup> «Traendo le conclusioni, l'efficacia diretta delle norme (comunitarie e nazionali) a tutela della concorrenza è garantita mediante strumenti omogenei di *public* e *private enforcement*: nell'ambito di questi ultimi, 'il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascun Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto. La necessità di mezzi di ricorso procedurali efficaci deriva anche dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, come previsto all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea e all'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea' (è il quarto considerando della Direttiva n. 104/2014).

In questo scenario il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza (nelle ipotesi di cui agli artt. 2 ss. della legge n. 287 del 1990), 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

Inoltre ha affermato il principio per cui nelle azioni *stand alone* la regola generale in materia di onere della prova dovrebbe essere diversamente declinata in quanto sarebbe sufficiente «indicare in modo sufficientemente 'plausibile' seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la concorrenza» poiché gli attori in sede civile, a fronte di complessi fatti di natura tecnico-economica, subiscono «particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie»<sup>182</sup>.

Peraltro, nella prassi gli atti introduttivi delle azioni risarcitorie *stand alone*, considerata la difficoltà probatoria strutturale nella materia *antitrust* nonché la circostanza per cui il materiale probatorio viene generalmente raccolto in sede di istruttoria, risultano spesso avere carattere generico e, infatti, «fermo il principio dispositivo, inteso in senso sostanziale e non processuale, l'onere di compiuta allegazione dei fatti costitutivi della domanda si limita (...) al c.d. *hard core* della *causa petendi*, mentre l'atto di citazione diviene una c.d. opera aperta»<sup>183</sup>.

In questo senso, spesso accade che vengano introdotte azioni c.dd. «*quasi follow on*», ossia azioni risarcitorie indipendenti rispetto all'accertamento amministrativo dell'infrazione che vengono incardinate prima che l'AGCM abbia concluso il procedimento *antitrust*, di cui comunque l'attore dà conto nell'atto di citazione<sup>184</sup>. Lo scopo principale sarebbe quello di non ancorare la domanda risarcitoria all'accertamento amministrativo (e quindi evitare che vi possa essere un'immediata sospensione del procedimento civile), di raccogliere il numero massimo di adesioni nonché di evitare che vi possa essere un immediato rigetto

---

concorrenza. È un obiettivo che può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del Reg. CE n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente 'plausibile' seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale.» (cfr. Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564).

<sup>182</sup> «In giudizi di questo tipo (cd. *stand alone*), a differenza di quelli introdotti a seguito di un accertamento o di una decisione della medesima Autorità o della Commissione europea (cd. *follow-on actions*), sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del 'mercato rilevante') che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito. La difficoltà è accentuata sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà» (cfr. Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564).

<sup>183</sup> Testualmente, Z. ALIMA, *op. cit.*, 30. Per un approfondimento v. M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*

<sup>184</sup> Sono state così riconosciute in giurisprudenza da Trib. Genova, ordinanza del 4 ottobre 2012 e più di recente da Trib. Milano, 15 marzo 2018, n. 2110. In dottrina, v. M. NEGRI, *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte II - L'azione di classe e l'illecito antitrust*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 420 ss.

in rito dell'azione, grazie all'effetto pubblicitario derivante dall'avvio della fase istruttoria del procedimento *antitrust*.

Si tratta in questi casi di azioni che si pongono sulla linea di confine della distinzione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tra azioni *follow on* e *stand alone*. Ancora non si è riscontrato un sufficiente numero di azioni di tipo *quasi follow on*, tale da poter stabilire quale possa essere la loro portata. Ad ogni modo, si ritiene che in queste ipotesi dovranno applicarsi le medesime regole delle azioni *stand alone*, almeno fino a quando non vi sarà stato un accertamento in positivo da parte dell'AGCM circa la sussistenza della violazione *antitrust*.

#### 6.1. La mancata regolamentazione nella direttiva sul *private enforcement* delle azioni *stand alone*: critica e risvolti negativi

Alla luce di quanto illustrato, pare evidente che la Direttiva (UE) 2014/104, e conseguentemente il legislatore italiano, abbia cercato di potenziare più specificatamente le azioni *follow on*, prevedendo una disciplina più complessiva e incisiva per queste.

Diversi autori hanno criticato tale assetto, rilevando in particolare due conseguenze negative al fatto che il d.lgs. n. 3/2017 non contenga previsioni specifiche dedicate alle azioni *stand alone*.

In primo luogo, il presente sistema di *private enforcement* disincentiva le azioni *stand alone* in favore di quelle *follow on*. Tuttavia, le azioni *follow on* risultano essere dipendenti e aggiuntive rispetto al *public enforcement*, e pertanto si verificherebbero situazioni in cui in prima istanza le imprese subiscono una sanzione (spesso di elevata entità) da parte della Commissione e/o dell'AGCM e successivamente vengono incardinate azioni risarcitorie (di tipo *follow on*) da parte dei soggetti privati (nello specifico, azioni di classe). In tale circostanza è probabile che le imprese sanzionate impugnino i provvedimenti dell'autorità *antitrust* dinnanzi al giudice del ricorso, con la conseguenza che i giudizi civili risultano essere fortemente dipendenti da quelli amministrativi (in particolare dall'accertamento della violazione nonché dal materiale probatorio ivi raccolto).

Diversamente, le azioni *stand alone* costituiscono uno strumento alternativo al *public enforcement* e dunque, ove adeguatamente regolate, sarebbero in grado di garantire uno sviluppo di azioni risarcitorie effettivamente deterrenti, come ad esempio avviene negli Stati Uniti. Per tale ragione, si reputa che una riforma del diritto europeo *antitrust*, e in particolare del *private enforcement*, sia necessaria ai fini di garantire un'adeguata autonomia delle azioni privatistiche nonché un'effettiva funzione deterrente del *private enforcement antitrust* qualora appunto potesse operare in maniera incisiva e penetrante, a prescindere dai meccanismi di *public enforcement*<sup>185</sup>. Mantenere una certa autonomia tra i due sistemi sarebbe anche un modo per far fronte alla limitatezza e alle risorse dell'AGCM, la quale, nell'esercizio delle sue attività di vigilanza, non potrà individuare ed istruire ogni possibile infrazione, ma dovrà inevitabilmente prioritizzare le violazioni di maggiore gravità.

---

<sup>185</sup> E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, cit.

In secondo luogo, l'esclusivo incentivo alle azioni di tipo *follow on* potrebbe finire per dare luogo «al rischio di una moltiplicazione incontrollata delle conseguenze negative per le imprese coinvolte in procedimenti dinnanzi alle Autorità *antitrust*»<sup>186</sup>. In questo senso, la funzione meramente riparatoria financo deterrente del *private enforcement* finirebbe per culminare in una funzione punitiva del risarcimento del danno in materia *antitrust*. Diversi autori hanno valutato positivamente l'opportunità di attribuire al *private enforcement* una funzione di tipo punitivo<sup>187</sup> anche alla luce delle aperture della Corte di Cassazione alla c.d. natura polifunzionale della responsabilità civile «che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva»<sup>188</sup>.

Altri studiosi invece escludono tale possibilità in maniera assoluta ed esprimono una certa perplessità nel riconoscere una funzione punitiva equiparabile o prevalente rispetto alla funzione compensativa dell'azione risarcitoria, in ragione del fatto che si tratterebbe di un'impropria sovrapposizione con lo strumento sanzionatorio, il quale ha per definizione una funzione punitiva e tiene già conto della gravità della violazione<sup>189</sup>. Invero attribuire una funzione punitiva ai meccanismi di *private enforcement antitrust* contrasterebbe direttamente con il dettato dell'art. 3, par. 3, della Direttiva (UE) 2014/104 e comporterebbe una commistione tra i sistemi di *public* e *private enforcement*, che, come detto, risultano essere paralleli e autonomi.

#### 7. La sospensione facoltativa dell'azione di classe: una scelta costretta per il giudice civile nel *private enforcement antitrust*?

Come già previsto dalla precedente azione di classe *sub* art. 140-*bis*, comma 6, c.cons., anche la nuova disciplina sulla *class action* dispone che il giudice possa sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti

---

<sup>186</sup> E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, cit., 8. Dello stesso avviso risulta essere M. TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, cit., 20.

<sup>187</sup> Tra gli studiosi che sostengono la finalità punitiva del risarcimento *antitrust* (o comunque una finalità mista di tipo punitivo/deterrente): E. A. RAFFAELLI, *Il private enforcement antitrust dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, cit., 66; B. L. BOSCHETTI, *op. cit.*; G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp.*, 2016, 1086 ss.; C. MASSA, *Il divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 321 ss.; F. DE DOMINICIS, *I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 285.

<sup>188</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 6 febbraio 2019, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asfaltmix Oy*, causa C-724/17.

<sup>189</sup> Cfr., *inter alia*, P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, cit., 79 ss.; G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza: Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 205 ss.; A. MONTANARI, *op. cit.*, 50 ss.; A. SAIJA, *op. cit.*, 125.; M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust: Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 270 ss.

al giudice amministrativo e precisa che «restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3» (art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c.)<sup>190</sup>.

Alla luce dell'art. 840-*ter* cit., risulta essere evidente l'intento del legislatore di garantire quanto più possibile il coordinamento tra l'azione amministrativa e il processo civile, in ossequio al principio del *ne bis in idem* (e cioè di evitare che in relazione ad una medesima questione vi siano due accertamenti contrastanti), e di assicurare che il giudice ordinario possa disporre di materiali probatori che altrimenti non potrebbe utilizzare<sup>191</sup>. Così come emerge che il legislatore abbia inteso evitare un inutile dispendio di risorse e tempo dell'attività giurisdizionale, anche in considerazione della complessità sottesa ai fatti oggetto di accertamento in materia *antitrust*.

In materia *antitrust*, questa disposizione deve essere coordinata con quelle che prevedono che il giudice civile (i) è vincolato dai provvedimenti inoppugnabili dell'AGCM ovvero dalle sentenze passate in giudicato emesse dai giudici amministrativi che constatano una violazione *antitrust* (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017), (ii) non può pronunciarsi in contrasto con le decisioni definitive della Commissione (art. 16, par. 1, Reg. (CE) 1/2003), e (iii) deve considerare *prima facie* esistente una violazione *antitrust* accertata con decisione definitiva di un'autorità nazionale garante nonché del giudice del ricorso in sede impugnazione in un altro Stato membro (art. 7, comma 2, d.lgs. n. 3/2017).

In questo senso, è rilevabile anche la volontà del legislatore di privilegiare azioni di tipo *follow on* con riguardo alla sospensione del processo civile, incentivando il giudice civile ad attendere perlomeno la decisione definitiva dell'Autorità in conclusione del procedimento *antitrust* prima di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria.

Nonostante il fatto che giudice che si deve pronunciare su un'azione di classe risulti essere vincolato dalle decisioni definitive appena menzionate, la pendenza della fase istruttoria davanti ad un'autorità *antitrust* nonché la pendenza del giudizio amministrativo non determinano la sospensione necessaria del giudizio ex art. 295 c.p.c.<sup>192</sup>. Invero è la legge stessa a stabilire

---

<sup>190</sup> Per tutti, v. G. AFFERNI, *La nuova azione di classe antitrust* in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 138.

<sup>191</sup> Sul punto, v. M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 207 ss. e M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 424 ss.

<sup>192</sup> Cfr. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 516: «Benché qui il rapporto intercorra tra due giudizi, l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. deve in effetti essere esclusa. E ciò non solo in considerazione della mancata identità soggettiva tra il giudizio civile e quello amministrativo sulla validità della decisione amministrativa, cui di regola è estraneo l'attore in sede civile; ma soprattutto perché in assenza di un vincolo attuale, che sorgerà solo con il definitivo rigetto dell'impugnazione, non si vedono ragioni per cui il giudice civile non dovrebbe conservare integro il suo potere di autonoma valutazione della fattispecie. È pur vero che il giudicato amministrativo, se di rigetto del ricorso, renderà definitiva la decisione amministrativa e farà quindi sorgere il vincolo a conformarsi all'accertamento in essa contenuto, ma tanto non implica necessariamente che in attesa di tale esito debba disporsi la sospensione (...)». Si veda anche M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 121 ss. con specifico riguardo all'esclusione della sospensione necessaria del processo civile in pendenza del procedimento *antitrust*.

In tema di sospensione necessaria v. A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. sez. civ.*, Torino, 1998, 604 e S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc.*

che la sospensione del giudizio è solamente facoltativa<sup>193</sup> e pertanto non dovrebbero trovare applicazione né l'art. 42 c.p.c. né l'art. 297 c.p.c., così come tale ipotesi di sospensione non pare rientrare nei casi regolati dall'art. 337 c.p.c.<sup>194</sup>. Ad ogni modo, è ritenuto ragionevole che se la sospensione venisse adottata con ordinanza, dovrebbero essere applicabili gli artt. 177 e 178 c.p.c.<sup>195</sup>.

Inoltre, la collocazione dell'inciso sulla sospensione all'interno dell'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. pare intendere che la sospensione debba essere disposta prima della valutazione sull'ammissibilità dell'azione di classe, ma diversi studiosi non «ravvisano serie ragioni testuali per escludere che la sospensione possa essere dichiarata anche in una fase successiva e, se del caso, anche in pendenza di giudizi di impugnazione»<sup>196</sup>.

In aggiunta, l'art. 840-ter c.p.c. sembra riferirsi all'ipotesi di cui all'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 3/2017, il quale dispone che il giudice civile ha la facoltà di sospendere il giudizio quanto è in corso un procedimento *antitrust* dinnanzi all'Autorità sui «fatti rilevanti ai fini del decidere» e debbano acquisirsi prove o categorie di prove rientranti nelle c.dd. *white list* e *grey list*, ove la loro immediata acquisizione comprometterebbe «l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza». Tuttavia, la sospensione di cui all'art. 840-ter c.p.c. risulta avere una portata soggettiva più ampia rispetto all'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 3/2017, «giacché la prima potrà essere disposta ove un'istruttoria sia pendente dinnanzi ad altre autorità indipendenti ovvero un

---

*dir.*, Milano, 1990, 39. S. BARIATTI, L. PERFETTI, *op. cit.*, 15, precisano che «la sospensione necessaria del giudizio, infatti, postula la contestuale pendenza di due giudizi dei quali l'uno è in grado di definire (almeno) parzialmente l'altro, il che va escluso nella relazione che qui si esamina» in quanto «il giudice dispone, ex art. 295 c.p.c., che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o *altro giudice* deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa». In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 6 giugno 2000, n. 408.

<sup>193</sup> Cfr. art. 840-ter, comma 3, c.p.c.:

«(...) Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.»

Cfr. art. 16, par. 1, Reg. (CE) 1/2003:

«Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato.»

<sup>194</sup> Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 142 ss. e 210 ss. e A. D. DE SANTIS, *Il procedimento*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, 83. Ad ogni modo, M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 428-429 propone di adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata e di estendere l'applicabilità degli artt. 42 e 337 c.p.c. anche all'ipotesi di sospensione facoltativa dell'azione di classe.

<sup>195</sup> Sul punto, v. A. D. DE SANTIS, *op. cit.*, 83.

<sup>196</sup> Testualmente, A. D. DE SANTIS, *op. cit.*, 83. Per un approfondimento, v. anche M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 427 ss. e M. NEGRI, *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte II - L'azione di classe e l'illecito antitrust*, cit., 424-425. Non è però dello stesso avviso la dottrina più risalente, v. ad esempio S. BARIATTI, L. PERFETTI, *op. cit.*, 15-16.

giudizio sia in corso dinnanzi al giudice amministrativo), diversamente dalla seconda, che può trovare applicazione solo allorché un procedimento sia in corso dinnanzi ad un'autorità garante della concorrenza»<sup>197</sup>.

Peraltro, giova menzionare che, nonostante la disposizione in parola preveda espressamente l'applicabilità dell'istituto della sospensione, vi sono autori che sollevano dubbi di legittimità costituzionale della sospensione di all'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. sia in ragione del «disfavore nei fronti del fenomeno sospensivo»<sup>198</sup> che del contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e di ragionevole durata del processo (corollario del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.)<sup>199</sup>. Secondo un altro orientamento dottrinale quella in oggetto si configurerebbe come un'ipotesi di improcedibilità temporanea per l'espletamento del procedimento *antitrust* ovvero del tentativo di composizione stragiudiziale della controversia, similmente a quelle previste dagli artt. 443 c.p.c., 5 d.lgs. n. 28/2010 e 412-bis c.p.c.<sup>200</sup>, nonostante non sia previsto un termine massimo, decorso il quale l'azione di classe può essere comunque proseguita. Altri autori rilevano, invece, che l'ipotesi di sospensione in oggetto debba essere intesa come un potere di differimento del giudice in ragione dell'assenza di pregiudizialità fra il processo civile avente ad oggetto la domanda risarcitoria collettiva e il provvedimento dell'AGCM ovvero il giudizio amministrativo<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> Così M. FAZZARI, *Private enforcement antitrust e nuova azione di classe ex l. n. 31/2019*, in *Salvis Juribus*, 2020. Sul punto, v. anche M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 515.

<sup>198</sup> Cfr. Cass., sez. un. 1° ottobre 2003, n. 14670, in *Foro it.*, 2004, 1474, con nota di G. TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*. V. in dottrina anche M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 130 ss., la quale critica aspramente l'ampio potere discrezionale che verrebbe attribuito al giudice civile nelle ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio.

<sup>199</sup> V. C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo Class Action: L'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, 157 ss. e più di recente A. D. DE SANTIS, *op. cit.*, 83. Inoltre, M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 429 ss. censura la sospensione facoltativa anche in ragione del fatto che la norma non prevede un termine di durata massima della stessa, con la conseguenza che il giudice non sarebbe tenuto a sospendere il giudizio sino all'emanazione del provvedimento dell'AGCM nonché al passaggio in giudicato della sentenza del giudice amministrativo: «Deve quindi essere nettamente respinta, perché finirebbe per vanificare lo spazio operativo dell'azione di classe in materia *antitrust*, qualsiasi lettura che, sulla base di una fuorviante analogia con l'art. 297 c.p.c., subordini la ripresa del giudizio civile al conseguimento di un giudicato nell'ambito del giudizio di impugnativa del provvedimento amministrativo 'ininfluente', così tra l'altro introducendo un ulteriore incentivo all'impugnazione. In particolare, non sarebbe né ragionevole né opportuno che il giudice subordinasse addirittura alla definitività del provvedimento amministrativo di diffida la prognosi di non manifesta infondatezza dell'azione di classe (...)» (così testualmente M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 430-431). Si veda anche il contributo di A. RAFFAELLI, M. BRICCHETTO, *op. cit.*, 185 ss., che solleva i medesimi problemi di compatibilità con il dettato costituzionale in relazione all'ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio ex art. 16, Reg. (CE) 1/2003.

<sup>200</sup> Cfr. G. COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del codice di consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 1130 ss.

<sup>201</sup> S. BARIATTI, L. PERFETTI, *op. cit.*, 19 ss. argomenta tale ipotesi in ragione del fatto che, qualora si ritenesse che l'ipotesi in oggetto costituirebbe un caso di sospensione facoltativa, il giudice civile risulterebbe essere soggetto non più soltanto alla legge ma anche alle risultanze del procedimento amministrativo e che questo rinuncerebbe a decidere la domanda proposta

Per quanto riguarda la specifica ipotesi in cui risulta essere pendente l'istruttoria dell'AGCM, questa pare trarre spunto dall'art. 16 del Reg. (CE) n. 1/2003 con riferimento ai casi di sospensione del giudizio nei casi in cui la Commissione abbia già avviato il relativo procedimento<sup>202</sup>.

La *ratio* sottostante alla sospensione in questo caso sarebbe quella di attendere gli sviluppi dell'istruttoria e la valutazione finale dell'Autorità, soprattutto in ragione del fatto che quest'ultima dispone di strumenti di indagine più efficaci del giudice civile nonché delle conoscenze tecnico-scientifiche necessarie. Invero la sospensione del processo avrebbe la specifica utilità di conseguire una maggiore efficienza al processo civile in quanto «per il tramite della circolazione delle informazioni e dei dati fattuali raccolti dall'Autorità nel corso della indagine e di cui anche il giudice civile dovrebbe poter disporre al fine di attenuare in concreto i rischi di valutazioni divergenti»<sup>203</sup>. Alla luce di tali considerazioni, taluni autori sottolineano l'opportunità che i giudici civili sospendano il procedimento in pendenza di un'istruttoria amministrativa sino alla decisione definitiva dell'AGCM<sup>204</sup>, soprattutto se questo ha ad oggetto un'azione di tipo *follow on*.

Per quanto concerne il rapporto tra giudizio amministrativo e azione di classe, l'utilità della sospensione facoltativa per alcuni sarebbe da individuare nella possibilità di beneficiare dell'efficacia vincolante della decisione che rigetta la domanda di annullamento del provvedimento dell'AGCM, oltre che di evitare un potenziale contrasto tra giudicati. Altri rilevano che invece la sua utilità sarebbe data dalla possibilità di sfruttare le conseguenze di una eventuale pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato<sup>205</sup>, anche se tale impostazione non tiene conto del fatto che in questo caso il giudice civile non risulterebbe essere in alcun modo vincolato dall'accertamento negativo e che questo potrebbe quindi accertare autonomamente l'eventuale condotta

---

dall'attore, vincolandosi alla decisione dell'organo amministrativo, con la conseguenza che il diritto di agire in giudizio ex art. 24 Cost. risulterebbe essere compromesso.

Sull'assenza del nesso di pregiudizialità tra processo civile e processo amministrativo per l'annullamento di un provvedimento illegittimo la dottrina risulta essere copiosa e conforme (cfr., *inter alia*, F. CIPRIANI, *Sospensione del processo civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 5 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, 193 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 209 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 479).

<sup>202</sup> Per un approfondimento della disciplina di cui all' art. 16 Reg. (CE) n. 1/2003 e dei suoi risvolti, cfr. I. TACCANI, *op. cit.*, 104 ss. Per una disamina delle differenze tra l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017, e l'art. 16 Reg. (CE) n. 1/2003, v. G. MUSCOLO, *op. cit.*, 37 ss.

<sup>203</sup> Così testualmente M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 126. Tuttavia, si rileva che secondo l'interpretazione dell'Autrice, il provvedimento dell'AGCM non avrebbe in alcun modo efficacia vincolante in capo al giudice civile (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., 145 ss.). Ad ogni modo, questa ipotesi di sospensione comporterebbe l'attesa del termine dell'istruttoria dell'AGCM, che in media dovrebbe attestarsi intorno ad un anno, ma che nella prassi viene spesso prorogata più volte, fino a protrarsi per 4 o 5 anni. Sul punto, v. M. CARPAGNANO, A. NUZZI (a cura di), *Antitrust in numeri*, in [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu), 2011 (12.08.2021).

<sup>204</sup> Per riferimento: G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 75; I. TACCANI, *op. cit.*, 133; A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017, 86.; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *op. cit.*, 24. Di diverso avviso risulta essere R. RORDORF, *op. cit.*, 785.

<sup>205</sup> M. A. ZUMPANO, *Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2002, 219 ss.

anticoncorrenziale a fini risarcitori. Ad ogni modo, diversi studiosi auspicano in generale la sospensione del giudizio civile in pendenza del processo amministrativo<sup>206</sup>.

In conclusione, giova effettuare una riflessione su quanto è stato già sopra evidenziato, ossia che la disciplina di cui all'art. 840-ter c.p.c. incentiva esclusivamente le ipotesi di *private enforcement antitrust* in relazione alle azioni risarcitorie *follow on* e perciò la sospensione risulterebbe essere utile proprio nei casi in cui la domanda risarcitoria sia basata sull'accertamento amministrativo<sup>207</sup>.

A questo proposito, si rileva come la combinazione dell'efficacia vincolante dell'accertamento in sede amministrativa con la possibilità per il giudice civile di sospendere procedimento nei casi in cui l'azione risarcitoria sia *follow on* possano avere come diretta conseguenza una sorta di costrizione nonché obbligo indiretto per il giudice di disporre la sospensione del giudizio, con un inevitabile allungamento dei tempi processuali per l'emanazione della sentenza finale<sup>208</sup>. In questo senso, è vero che si eviterebbero «conflitti di decisioni, ma al prezzo di congelare troppo a lungo l'aspettativa di giustizia dei danneggiati, offrendo alle imprese convenute un facile grimaldello per indebolire la funzione (anche) deterrente dell'*antitrust private enforcement*»<sup>209</sup>.

La disciplina in oggetto parrebbe dunque non tenere conto dell'effettività delle azioni *stand alone* in quanto chi ha agito in giudizio prima che vi sia stato un previo accertamento da parte dell'AGCM subisce in maniera ancora più marcata l'asimmetria informativa tra danneggiato ed impresa ed è tenuto a soddisfare un onere probatorio ancora più grave.

Pertanto, nelle ipotesi in cui il procedimento *antitrust* venga avviato successivamente all'instaurazione del giudizio civile, è da ritenersi che il Tribunale dovrebbe comunque disporre la sospensione del procedimento, con lo scopo tutelare in maniera effettiva il diritto alla prova e la posizione processuale del danneggiato.

---

<sup>206</sup> V., *inter alia*, M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 178 ss.

<sup>207</sup> V. M. NEGRI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, vol. II, cit., 431 nonché M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 484, in commento all'ipotesi di sospensione dell'azione di classe in relazione all'art. 7, d.lgs. n. 3/2017: «L'indiretto incentivo a proporre e poi alimentare il giudizio di impugnazione dell'atto, anche quando non contenesse la condanna a sanzioni pecuniarie, al solo scopo di allontanare l'insorgenza del vincolo (...) ovvero al fine di lucrare la sospensione del giudizio civile (...)». Cfr. anche A. RAFFAELLI, M. BRICCHETTO, *op. cit.*, 185 con specifico riferimento all'art. 16, Reg. (CE) 1/2003.

<sup>208</sup> Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 515: «In concreto, è facile prevedere che il giudice sceglierà di sospendere in attesa della decisione potenzialmente vincolante: il che, se può talora giovare al danneggiato scongiurando prematuri rigetti nel merito, rischia però di ritardare significativamente la tutela della vittima, soprattutto se quella sospensione venisse protratta addirittura fino al momento in cui la decisione acquisisca il crisma della definitività».

<sup>209</sup> M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., 516.

## CONCLUSIONI

Lo scopo di indagine della presente trattazione ha riguardato l'interazione tra il *public enforcement* del diritto della concorrenza e il processo civile, con particolare riferimento alle azioni collettive finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust*, poiché le *class action* si configurano come uno dei possibili meccanismi di *private enforcement antitrust* a cui i soggetti privati possono ricorrere per ottenere tutela giurisdizionale a fronte del pregiudizio subito.

Il lavoro ha innanzitutto preso in considerazione il sistema di *public enforcement antitrust* presente nel nostro ordinamento giuridico e realizzato grazie all'attività integrata dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e del giudice amministrativo, con la finalità di determinare quali problematiche sussistono in questo ambito. Il *public enforcement antitrust*, infatti, si presenta come un settore in forte crescita, tanto che la necessità di potenziarlo ha portato all'emanazione della Direttiva UE 2019/1 approvata dal Parlamento europeo, ma non ancora implementata nel nostro ordinamento, la quale intensifica i poteri e le strutture di cui le Autorità garanti nazionali dovranno essere dotate nell'esercizio delle loro funzioni di *public enforcers*.

In prima istanza, sono state illustrate le fonti e le finalità del diritto *antitrust*, partendo dal diritto dell'Unione Europea e giungendo alla problematica e tardiva introduzione della l. n. 287/1990 in materia di tutela della concorrenza da parte del legislatore italiano. A questo proposito, sono state evidenziate una certa limitatezza dell'intervento normativo e, pertanto, la sussistenza di una forte lacuna legislativa in materia *antitrust* (*rectius*, un difetto di legalità sostanziale).

In seconda istanza, l'analisi si è concentrata sul ruolo dell'AGCM, la quale è stata istituita nella forma di autorità amministrativa indipendente in ragione dell'indipendenza, autonomia ed elevato grado di tecnicità necessari ai fini dell'esercizio delle funzioni attribuitegli dalla l. n. 287/1990 in materia *antitrust*. È stato rilevato come l'AGCM, portatrice di interessi pubblici specifici, eserciti la propria attività di *public enforcement antitrust* con un certo grado di discrezionalità e, in ragione della sua natura di autorità indipendente, si posiziona al di fuori del circuito di responsabilità di cui all'art. 95 Cost., presentando dunque un forte *deficit* di democraticità. In questo senso, risulta essere comunemente ritenuto che tali aspetti sarebbero contemperati da una serie di garanzie procedurali «rinforzate», in ossequio principio di c.d. legalità procedurale. A tale proposito, il presente lavoro ha esaminato la portata di tali meccanismi di tutela rafforzata, con lo scopo di stabilire se questi risultino essere idonei ad ovviare al problema del difetto di legalità e di democraticità che caratterizza l'attività dell'AGCM.

A tal fine, si sono illustrati l'espletamento della fase pre-istruttoria, seguita dall'emanazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria nonché le fasi istruttoria e decisoria del procedimento *antitrust*. In seguito, si è evidenziata la sussistenza, con riferimento a ciascuna delle suddette fasi, di una serie di problematiche di natura costituzionale attinenti al rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. Infine, è stato dato conto della peculiare natura delle decisioni adottate dall'Autorità in conclusione del procedimento *antitrust*, i quali hanno efficacia *ultra partes*, nonché della natura *para-penale*

dei provvedimenti sanzionatori, alla luce delle risultanze della giurisprudenza EDU.

In terza istanza, la presente trattazione ha esaminato il tema del controllo giurisdizionale dei provvedimenti *antitrust* operato dal giudice amministrativo. Dopo aver illustrato quali sono i soggetti legittimati ad impugnare le decisioni dell'AGCM nonché gli atti impugnabili in sede amministrativa, alla luce anche della distinzione tra gli atti di regolazione e i provvedimenti sanzionatori, l'analisi si è focalizzata sul problema dell'estensione del sindacato del giudice amministrativo, soprattutto con riferimento alla contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza, basata sull'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, e al suo raffronto con i fatti oggetto di accertamento.

In tale contesto, si è rilevato un percorso di progressiva apertura da parte della giurisprudenza amministrativa ad un sindacato maggiormente intenso e penetrante.

Nello specifico, l'analisi ha dato conto delle posizioni più risalenti in seno al Consiglio di Stato maggiormente restrittive, le quali operavano prima un sindacato «estrinseco», secondo cui il giudice si doveva limitare a valutare *ab externo* se l'attività valutativa dell'AGCM risultasse essere affetta da vizi logici, incongruenza ed eccesso di potere, e, successivamente, un sindacato «debole», rispetto al quale era possibile soltanto verificare la ragionevolezza e la coerenza tecnica della valutazione tecnica (contrariamente al sindacato di tipo «forte», avente carattere sostitutivo), per poi giungere ad un sindacato «pieno ed intrinseco», maggiormente intenso in quanto esteso anche alle valutazioni tecniche dell'AGCM, con il solo limite dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi a quest'ultima.

La Corte di Cassazione ha adottato in maniera costante un orientamento maggiormente restrittivo, peraltro ancora attuale, sancendo che il giudice amministrativo ha un potere di sindacato solamente «intrinseco» e «non sostitutivo», destinato ad arrestarsi di fronte all'opinabilità delle attività valutative dell'Autorità.

Inoltre, la Corte di Strasburgo ha affermato, a partire delle famose sentenze Menarini e Grande Stevens, il principio secondo cui risulta essere necessario, ai sensi dell'art. 6 Cedu, assicurare la piena giurisdizione (*full jurisdiction*) nelle ipotesi in cui un organo pubblico (anche amministrativo, quale l'AGCM) emetta una sanzione *para-penale*.

Proprio alla luce delle diverse pronunce della giurisprudenza EDU, il Consiglio di Stato ha adottato un'impostazione più estensiva, operando un sindacato «pieno ed intrinseco», comprendente anche le valutazioni tecniche dell'AGCM, con il solo limite dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi a quest'ultima.

Ciò nonostante il legislatore pare aver positivizzato l'orientamento restrittivo della Corte di Cassazione in quanto all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017 ha escluso che il sindacato del giudice possa estendersi ai profili (intesi come fatti e valutazioni) tecnici «che non presentano un oggettivo margine di opinabilità del provvedimento». Detta disposizione sembrerebbe quindi porsi in diretto contrasto con le recenti aperture del Consiglio di Stato ad un sindacato pieno ed effettivo nonché con la dottrina della *full jurisdiction* elaborata dalla giurisprudenza EDU.

Per effetto di questo apparente «arretramento» da parte del legislatore, che è stato diversamente recepito dai commentatori, la giurisprudenza in seno al Consiglio di Stato stesso ha adottato posizioni contrastanti. Il presente lavoro ha dato conto, da un lato, delle pronunce che danno pieno riscontro al dettato normativo di cui all'art. 7 cit., e, dall'altro, a quelle in cui i giudici amministrativi hanno ulteriormente esteso il proprio potere di controllo, affermando un «sindacato pieno di maggiore attendibilità». In questo senso, il problema della portata del sindacato del giudice amministrativo pare non aver ancora trovato un arresto, in quanto sia la giurisprudenza del Consiglio di Stato che la dottrina risultano essere fortemente divisi.

Nell'ambito del secondo capitolo sono stati esaminati taluni profili della nuova azione di classe introdotta mediante la l. n. 31/2019, con lo scopo di valutare se l'innovazione legislativa in parola risulti essere idonea a rendere la *class action* uno strumento di tutela maggiormente effettivo e di diffusa applicazione e, di conseguenza, un meccanismo di *private enforcement antitrust* efficace.

La trattazione ha dato anzitutto conto della precedente azione di classe consumeristica di cui all'art. 140-*bis* c.cons. ed ha individuato le ragioni del suo scarso successo, le quali sono dovute principalmente alle forti difficoltà applicative della relativa disciplina.

Successivamente ha illustrato in maniera succinta la nuova *class action*, che ha trovato la sua *sedes* agli artt. 840-*bis*-840-*sexiesdecies* c.p.c., e le sue novità rispetto alla precedente versione.

Nello specifico, sono stati considerati soltanto taluni profili della nuova azione di classe.

In prima battuta, si è affrontato il tema della legge applicabile nel tempo in materia di *class actions*, rispetto alle ipotesi di *private enforcement antitrust*, in quanto le disposizioni di cui alla l. n. 31/2019 saranno applicabili soltanto alle condotte illecite poste in essere successivamente alla sua entrata in vigore. A questo proposito, è stato rilevato che tale assetto risulterebbe essere difficile da conciliare con la natura delle violazioni *antitrust*, le quali assumono spesso il carattere dell'illecito permanente o comunque a carattere continuativo.

In seconda battuta, è stato trattato il tema della legittimazione ad agire, la quale, a seguito dell'opera di *deconsumerizzazione* della nuova azione di classe, ha assunto un carattere generale in quanto non risulta più essere limitata a consumatori e utenti. Inoltre, sono state esposte delle riflessioni critiche sul mantenimento del sistema di *opt-in*, derivanti dalle numerose inefficienze che emergono dai meccanismi di adesione delineati dal legislatore del 2019. In questo senso, si è fatta menzione dei modelli alternativi di *class actions* adottati in altri ordinamenti giuridici, partendo dal sistema di *opt-out* puro statunitense sino a modelli ibridi e più flessibili introdotti in altri Stati membri dell'Unione Europea. Alla luce di questi, sono state proposte delle riflessioni circa la compatibilità del nostro ordinamento giuridico con l'*opt-out* e la possibilità che il legislatore italiano adotti un diverso modello di *class action*, con lo scopo di rendere la tutela collettiva maggiormente effettiva e di diffusa applicazione.

In aggiunta, è stata presentata una disamina delle disposizioni introdotte dal legislatore del 2019, e in particolare all'art. 840-*quinquies* c.p.c., volte a

rinforzare la fase istruttoria delle azioni di classe, con lo scopo di riequilibrare le strutturali asimmetrie informative tra i proponenti e le imprese convenute. Tali previsioni, peraltro, si affiancherebbero a quelle già previste in materia di *private enforcement antitrust* nel d.lgs. n. 3/2017, le quali sono state oggetto di indagine nel terzo capitolo. A questo proposito, è stato rilevato come talune disposizioni introdotte dal legislatore della nuova *class action* risultano avere un ambito di applicazione meno esteso rispetto a quelle contenute del d.lgs. n. 3/2017.

Un ulteriore profilo esaminato nel presente lavoro è quello inerente ai difensori della classe, con specifico riguardo alla mancanza di incentivi economici per i grandi studi legali a rappresentare la classe e il conseguente frequente schieramento a fianco delle imprese resistenti. In questo senso, è stato dato rilievo all'argomento sostenuto da diversi studiosi, secondo cui il nostro legislatore dovrebbe introdurre dei meccanismi di finanziamento dell'iniziativa collettiva ovvero di incentivazione economica per i *law firms* maggiormente strutturati, similmente a quanto previsto nell'ordinamento nordamericano, per assicurare un'adeguata rappresentanza della classe in giudizio.

La disamina dell'azione di classe si è conclusa con alcune riflessioni concernenti la disciplina degli accordi di conciliazione e alle transazioni collettive di cui all'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. In tale contesto, è stata valutata la loro portata applicativa nonché la convenienza di tali strumenti in relazione alle finalità di riduzione dei tempi e dei costi del contenzioso (di massa, in questo caso) prospettate dal legislatore.

Da ultimo, il presente lavoro si è concentrato sulla portata applicativa dei meccanismi di raccordo tra *public* e *private enforcement* contenuti in talune disposizioni del d.lgs. n. 3/2017, avendo un particolare riguardo per il ruolo e l'autonomia del giudice ordinario dinanzi al quale sono state introdotte domande risarcitorie di tipo *antitrust*.

A questo fine, è stata precisata la distinzione tra azioni risarcitorie di tipo *follow on* e *stand alone* e la differente allocazione dell'onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*.

Anzitutto, è stato illustrato il contenuto di talune disposizioni del d.lgs. n. 3/2017, le quali sono state introdotte con il fine ultimo di alleggerire l'onere della prova del danno e del nesso di causalità nelle azioni risarcitorie nell'ambito del *private enforcement antitrust*. Nello specifico, queste sono state l'art. 3 sugli ordini di esibizione nei confronti della controparte o dei terzi, l'art. 4 esibizione delle prove contenute nel fascicolo un'autorità garante della concorrenza, l'art. 5 sui limiti all'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, ed infine l'art. 14 concernente la valutazione del danno, la presunzione di sussistenza del danno cagionato da un cartello e l'attività dell'AGCM di assistenza al giudice civile ai fini della quantificazione del danno.

In seguito, il lavoro si è focalizzato sulla portata applicativa dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017 sull'accertamento della violazione delle norme a tutela della concorrenza nel *public enforcement antitrust* e, più in particolare, sul primo comma dell'art. 7 cit., il quale sancisce che la constatazione dell'infrazione operata da un provvedimento dell'AGCM inoppugnabile ovvero dalla sentenza

passata in giudicato del giudice amministrativo risulta avere efficacia di accertamento vincolante della violazione in sede civile. Tale disposizione, invero, risulta avere una funzione cardine di coordinamento tra *public* e *private enforcement antitrust* e opererebbe soltanto con riferimento alle azioni risarcitorie di tipo *follow on*. Per tale ragione, sono state specificatamente considerate le due ipotesi di raccordo tra *public* e *private enforcement antitrust* previste dall'art. 7, comma 1, cit.

Pertanto, in primo luogo, è stata esaminata l'interazione fra il giudizio civile risarcitorio e il provvedimento dell'AGCM e, in particolare, è stato dato spazio alla tesi sostenuta da parte della dottrina concernente la necessità che il giudice civile possa esercitare la sua potestà disapplicativa in talune ipotesi, seppur anche solo in via eccezionale. Inoltre, sono state illustrate le censure mosse da diversi autori aventi ad oggetto la compatibilità con la Carta Costituzionale dell'ipotesi in parola.

In secondo luogo, il lavoro ha esplorato il rapporto tra il giudizio civile risarcitorio e il giudizio amministrativo e ha dato evidenza della portata applicativa dell'inciso di cui all'art. 7 cit. inerente alla limitazione del sindacato del giudice amministrativo alle sole valutazioni tecniche che «presentano un oggettivo margine di opinabilità», la quale comporterebbe un arretramento della tutela giurisdizionale in sede amministrativa rispetto alle pronunce del Consiglio di Stato che hanno accolto le istanze provenienti dalla Corte EDU in materia di *full jurisdiction*. In questo senso, sono stati esaminati i dubbi di legittimità costituzionale dell'ipotesi in oggetto espressi da diversi autori nonché la possibilità che il consolidamento di un sindacato pieno ed effettivo del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM si possa porre come soluzione al dibattito sulla costituzionalità dell'art. 7 cit.

In seguito, sono state considerate le azioni risarcitorie di tipo *stand alone*, con specifico riferimento all'onere probatorio gravante sulla parte ricorrente nonché all'assenza di limitazioni relative alle questioni di fatto o di diritto inerenti alla violazione *antitrust*. In questo senso, è stato evidenziato che il legislatore europeo (seguito da quello italiano) non si è occupato di disciplinare le azioni risarcitorie *stand alone* con la stessa attenzione che ha prestato alle azioni *follow on*. Per tale motivo, diversi studiosi hanno criticato l'attuale assetto della materia di *private enforcement* del diritto della concorrenza in ragione del fatto che il legislatore ha delineato un sistema di *private enforcement antitrust* del tutto dipendente dalle risultanze provenienti dal *public enforcement*, in quanto ha incentivato soltanto le azioni *follow on*.

Da ultimo, si è trattato della previsione di cui all'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. in materia di azione di classe, la quale sancisce che il giudice civile può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio dinnanzi al giudice amministrativo. A questo proposito, sono state evidenziate la portata applicativa della disposizione in parola nonché le critiche mosse da diversi commentatori concernenti la circostanza per cui, coordinando l'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. con le norme di raccordo previste dal d.lgs. n. 3/2017 (e in particolare con l'art. 7 cit. concernente l'efficacia vincolante dell'accertamento amministrativo), il giudice civile avrà formalmente la facoltà di sospendere il giudizio risarcitorio, ma sarà sostanzialmente obbligato a compiere tale scelta.

Il presente lavoro ha rappresentato un'occasione di riflessione sull'interessante, ma ancora fortemente dibattuto, tema dell'interazione fra i meccanismi di *public* e *private enforcement*, in particolare per mezzo delle altrettanto dibattute azioni di classe.

Anzitutto, è da rilevarsi la necessità di un intervento del legislatore in materia di tutela della concorrenza in ragione dell'ancora lacunosa disciplina in materia *antitrust* della l. n. 287/1990 e delle difficoltà che il legislatore italiano incontra annualmente nell'approvazione di un disegno di legge in occasione della legge di delegazione europea. Giova infatti sottolineare come i settori del *public* e *private enforcement antitrust* stanno essenzialmente mutando l'assetto amministrativo e giurisdizionale del nostro ordinamento giuridico. L'AGCM, in qualità di autorità amministrativa indipendente, dispone di poteri decisori e sanzionatori alquanto incisivi, che non trovano precedenti nel nostro sistema e che peraltro non sono nemmeno adeguatamente regolati (si pensi, ad esempio, al procedimento *antitrust*). Allo stesso tempo, l'autonomia giudice civile, per effetto dell'art. 7 cit., risulta essere fortemente compromessa a causa alla sussistenza di un accertamento in sede amministrativa e tale interferenza, fondata sull'inciso di una norma, è idonea a creare uno squilibrio tra poteri dello stato, in quanto rende il giudice civile dipendente non solo dal giudice amministrativo (appartenente ad un altro plesso giurisdizionale), ma da un'autorità amministrativa indipendente. Tali circostanze, attinenti al nostro assetto giurisdizionale, sollevano forti dubbi di legittimità costituzionale e pertanto necessitano di essere adeguatamente regolate dal legislatore.

Inoltre, sempre alla luce della portata applicativa dell'art. 7 cit., è da rinvenirsi la necessità di offrire un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disposizione. In questo senso, il giudice amministrativo, in sede di impugnazione dei provvedimenti *antitrust*, dovrebbe operare un sindacato pieno ed effettivo in quanto si configura come (l'unico) organo preposto dalla legge al controllo giurisdizionale dell'attività dell'AGCM e in ragione anche dell'efficacia vincolante che la sua decisione avrebbe in sede civile risarcitoria.

Per quanto riguarda la nuova *class action*, è da condividersi l'opinione degli autori che sostengono che l'innovazione legislativa del 2019 ha rappresentato un'occasione mancata di riforma. Nonostante debbano essere valutate positivamente l'estensione della legittimazione ad agire (operata in due sensi, e cioè a tutti i soggetti titolari del diritto omogeneo dedotto in giudizio e ad enti/associazioni rappresentative) e le disposizioni in materia probatoria che contribuiscono ad alleggerire l'onere probatorio gravante sulla classe, il legislatore del 2019 ha mancato di intervenire su alcune problematiche già evidenziate in vigenza della disciplina collettiva previgente. In particolare, sono rimaste sostanzialmente invariate le disposizioni in materia di successione delle leggi nel tempo, con le conseguenti difficoltà applicative già illustrate, nonché il sistema di *opt-in*, comportante tutte le inefficienze sottolineate nel presente lavoro. A questo proposito, il legislatore ben avrebbe potuto, ad esempio, offrire una diversa norma di applicazione della legge sull'azione di classe nel tempo nonché perlomeno tentare di introdurre meccanismi alternativi all'*opt-in*, sulla falsariga dei modelli ibridi degli altri ordinamenti europei, almeno per le *class actions* incardinate dai consumatori ovvero per quelle concernenti danni di

scarsa entità. Allo stesso modo, la l. n. 31/2019 non è intervenuta in maniera adeguata sul problema degli incentivi economici per i difensori della classe, con la conseguenza che anche in vigore della nuova *class action* i *law firms* dotati di maggiori risorse e strumenti si schiereranno più probabilmente a fianco delle imprese resistenti e non della classe. In aggiunta, nemmeno gli strumenti di conciliazione e transazione previsti all'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. sembrano essere idonei a perseguire le finalità, seppur ragguardevoli, di riduzione dei costi e dei tempi del contenzioso di massa e men che meno risultano essere convenienti per le imprese resistenti, in ragione della sussistenza dei meccanismi di recupero del procedimento da parte degli altri componenti della classe, i quali impedirebbero l'effettiva chiusura anticipata del giudizio ordinario per effetto dell'accordo.

Alla luce di tali considerazioni, sembrerebbe che la *class action* di cui alla l. n. 31/2019 non risulti ancora essere idonea a porsi come strumento preferenziale, o quantomeno effettivo, di *private enforcement antitrust*. Pertanto, è da prospettarsi un futuro nuovo intervento del legislatore in materia di azione di classe, finalizzato a rendere maggiormente effettivo lo strumento risarcitorio collettivo.

L'analisi dell'interazione fra i meccanismi di *public* e *private enforcement antitrust* ha portato alla luce diverse problematiche, anche di portata costituzionale, che allo stato attuale risultano essere irrisolte.

Ciò che ad ogni modo occorre rilevare in relazione all'intento del presente lavoro è che il legislatore europeo del *private enforcement* ha incentrato la disciplina di coordinamento tra i due sistemi prevalentemente sulle azioni risarcitorie *follow on*, creando uno squilibrio normativo. La principale conseguenza di tale circostanza risulta essere che in questo modo si renderebbe il *private enforcement* sostanzialmente dipendente dal *public enforcement*.

In questo senso, è da valorizzarsi la posizione di coloro i quali ritengono che sarebbe invece necessario potenziare il *private enforcement* stesso, e in particolare le azioni di tipo *stand alone* (similmente a quanto previsto nell'ordinamento nordamericano), con la finalità di evitare di concentrare il *private enforcement antitrust* nelle azioni *follow on*, di attribuire ai meccanismi privati di risarcimento una funzione deterrente, di garantire una maggiore ed effettiva tutela giurisdizionale ai soggetti privati danneggiati nonché di lasciare al giudice civile il proprio spazio di autonomia operativa. In questo modo, sarebbe quindi possibile escludere una gerarchia tra gli strumenti di *private* e *public enforcement* e, allo stesso tempo, preservare i relativi scopi e interessi differenziati.

## BIBLIOGRAFIA

AFFERNI G., *L'azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, 493 ss.

AFFERNI G., *La nuova azione di classe antitrust*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

AL MUREDEN E., DE PAMPHILIS M., *Valutazione dei danni*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017

ALIMA Z., *Tutela antitrust nel private enforcement: Profili processuali*, in CONDINANZI M., ALBERTI J., CROCI F. (a cura di), *Il private antitrust enforcement europeo nelle Corti milanesi: Una prospettiva europea*, in *Atti del Convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 presso l'Università di Milano*

ALTRUI F., PAOLA F., *Controllo giudiziario dell'applicazione da parte dei giudici delle regole antitrust*, in CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018

ALPA G., *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016

AMADEI D., *La class action riformata: La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

AMADEI D., *La nuova azione inibitoria collettiva*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

AZZARELLO S., *La c.d. «terza fase» dell'azione di classe: dalla nomina del rappresentante comune al decreto di liquidazione delle somme spettanti agli aderenti*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

BARIATTI S., PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del 'Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust' della Commissione e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009

BASKOY T., *Effective Competition and EU Competition Law*, in *Review of European and Russian Affairs*, 2005

BASTIANON S., *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009

BENVENUTI E., *La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. dir. int. proc.*, 2020, 583 ss.

BERNES A., *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp.*, 2017, 954 ss.

BERTOLINO G., *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 475 ss.

BIAVATI P., *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, 97 ss.

BIAVATI P., *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1385 ss.

BIASIOR C., *La nuova azione di classe*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 145 ss.

BINA M., *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, in UBERTAZZI L. C. (a cura di), *Il regolamento dell'Agcom sul diritto d'autore*, Torino, 2014

BONA M., *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: La Direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.

BONATTI R., *Esibizione delle prove presso controparte o terzo e Sanzioni per violazione della disciplina delle prove*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017

BOSCHETTI B. L., *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 27 ss.

BOVE M., *La class action riformata: l'aderente*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

BRAZZINI S., MUIÀ P., *La nuova class action: alla luce della Legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019

BRUZZONE G., SAIJA A., *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 9 ss.

CALINI C. B., *Procedure antitrust in Italia*, Milano, 2018

CAPECCHI G., *La tutela della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 243 ss.

CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, 383 ss.

CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, 281 ss.

CAPPALÀ M., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: Un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019

CAPPALÀ M., *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Diritto e Società*, 2018, 702 ss.

CARPAGNANO M., *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 283 ss.

CARPAGNANO M., NUZZI A. (a cura di), *Antitrust in numeri*, in [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu), 2011 (12.08.2021)

CARRATTA A., *La class action riformata: I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

CARRATTA A., *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017

CASSETTA E., *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2017

CASTELLI L., *Risarcimento del danno da illecito antitrust e prescrizione: quali le vere novità?*, in *Resp.*, 2020, 1534

CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, 2010

CARPAGNANO M., *Perché le azioni di classe vengono dichiarate (spesso) inammissibili*, in [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu), 2013 (19.06.2021)

CARUSO G., *La nuova azione di classe: una peinture d'impression*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2020 (03.07.2021)

CASOLARI F., *Diritto ad un pieno risarcimento*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017

CAVALLONE B., *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009

CERULLI IRELLI V., BELLUCCI V., *Antitrust e proprietà intellettuale: Profili sostanziali, public e private enforcement*, Milano-Padova, 2019

CHIEPPA R., *Coordination between private and public antitrust enforcement in Italy and in the EU: Due modalità di un sistema bilanciato di enforcement*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 31 ss.

CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 314 ss.

CHIEPPA R., *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie di concorrenza*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesuaro*, vol. II, *La tutela giurisdizionale dell'Unione Europea*, Napoli, 2014, 1571 ss.

CHIEPPA R., *Il ruolo del public enforcement tra sanzioni e impegni*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 89 ss.

CINTIOLI F., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1207 ss.

CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 ss.

CINTIOLI F., *La disapplicazione*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 2012

CIPOLLETTA I., *La cultura della concorrenza in Italia*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 47 ss.

CIPRIANI F., *Sospensione del processo civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995

CLARICH M., ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinnanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2003, 358 ss.

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Milano, 2010

COMOGLIO L. P., *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991 ss.

CONSOLO C., *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 629 ss.

CONSOLO C., *L'azione di classe di terza generazione*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

CONSOLO C., *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 719 ss.

CONSOLO C., *La tutela giurisdizionale dei crediti per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp.*, 2008, 1701 ss.

CONSOLO C., *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del «giusto» processo civile anche «collettivo»*, in *Resp.*, 2004, 655 ss.

CONSOLO C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.: Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Quotidiano Giuridico*, 2019

CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class Action: L'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008

CONSOLO C., STELLA M., *La nuova azione di classe non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere* in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 4 ss.

CONSOLO C., ZUFFI B., *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012

COSSIGNANI F., *La class action riformata: l'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 2997 ss.

COSSIGNANI F., *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

COSTANTINO G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del codice di consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 1130 ss.

CORAPI E., *Appunti sull'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della class action nella legge di riforma*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Milano, 2019

COZZOLI V., NARDONE C., *Promozione e tutela della concorrenza: Il rapporto tra Parlamento e Autorità Antitrust*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 23 ss.

DALLA BONTÀ S., *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giustizia Consensuale*, 2021, 191 ss.

DALLA BONTÀ S., *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018

DALMOTTO E., *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: Note introduttive sull'evoluzione della tutela del consumatore tra UE e Covid*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.

DE BENEDETTO M., *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid «*La riforma delle Autorità indipendenti*»

DE CRISTOFARO M., *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 100 ss.

DE DOMINICIS F., *I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

DE LUCA A., *La via inglese alla tutela degli interessi collettivi*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995

DE SANTIS A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018

DE SANTIS A. D., *Il procedimento*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

DE SANTIS A. D., *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013

DE SANTIS A. D., *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in GIUSTOLISI C. (a cura di), *La Direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017

DEL GATTO S., *La rete europea per la concorrenza: Una rete a maglie troppo larghe?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1265 ss.

DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 740 ss.

DELSIGNORE M., *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 235 ss.

DEODATO C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017.

DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: Compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009

DI FEDERICO G., *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017

DONZELLI R., *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

DONZELLI R., *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, 103.

DONZELLI R., *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

FABBIO P., *L'efficacia dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193 ss.

FALCE V., *Il privilegio legale nella direttiva 2014/104/UE sul private enforcement e possibili aperture in sede di recepimento*, in *Dir. ind.*, 2016, 505 ss.

FATTORI G., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007

FAZZARI M., *Private enforcement antitrust e nuova azione di classe ex l. n. 31/2019*, in *Salvis Juribus*, 2020

FEBBRAJO T., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli-Roma, 2012

FERRANTE E., *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012

FERRANTE E., *Opt-out ed incentivi oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contratto impr. eur.*, 2012, 487 ss.

FERRANTE E., *Diritti soggettivi e processo di massa*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

FERRARO F., *L'esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, in MANZINI P. (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017

FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, 234 ss.

FIORIO P., *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2019 (19.06.2021)

FONDERICO G., *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 3 ss.

FRATEA C., *I diritti di difesa delle imprese nei procedimenti comunitari antitrust*, Università di Verona, 2006

FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, Napoli, 2015

FRIGNANI A., *La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow-on*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 61 ss.

FOÀ S., *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, 764 ss.

FOX E. M., *Accesso ai mercati, antitrust e sistema commerciale mondiale: In cammino verso misure antitrust connesse agli scambi commerciali*, in [www.agcm.it/](http://www.agcm.it/) (20.03.2021)

GERARDO G., *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2020 (19.06.2021)

GERBER D. J., *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2007, 1235 ss.

GHEZZI F., *Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta «eticamente corretta» dell'impresa*, in *Rivista delle società*, 2019, 91 ss.

GHEZZI F., MARCHETTI B., *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1015 ss.

- GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2019
- GILIBERTI B., Public e private enforcement *nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: Accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 77 ss.
- GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale nella Relazione tenuta al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati»*, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013
- GITTI G., *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 685 ss.
- GIUGGIOLI P. F., *L'azione di classe: un nuovo procedimento collettivo*, Milano-Padova, 2019
- GIUSSANI A., *Azione di classe e tutela antitrust: Profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 371 ss.
- GIUSSANI A., *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008
- GIUSSANI A., *L'azione di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 157 ss.
- GIUSSANI A., *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1583 ss.
- GIUSSANI A., voce *Sospensione del processo*, in *Dig. sez. civ.*, Torino, 1998
- GIUSSANI A., *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1291 ss.
- GOISIS F., *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminitorio in materia sanzionatoria antitrust?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 756 ss.
- GOISIS F., *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: Continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.
- GOLIA M., *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: Intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 397 ss.
- GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003

GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.

GUIZZI G., *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Corr. giur.*, 2014, 1324 ss.

HARTKAMP A., SIEBURGH C., DEVROE W., *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, London, 2017

HERRERO SUAREZ C., *L'eccezione di trasferimento dei costi in azioni follow-on*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 195 ss.

IANNUCELLI P., *La base giuridica della Direttiva 104/2014 e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003*, in MUNARI F., CELLERINO C. (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016

IANNUCELLI P., *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione Europea e la Direttiva 2014/104*, Milano, 2015

IANNUCELLI P., *Torniamo al trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 97 ss.

IURILLI C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, Milano, 2016

LAMARCA S., *Antitrust americano e antitrust europeo*, in CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018

LAMARCA S., *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, Torino, 2017

LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust: Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 270 ss.

LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018

LOPOPOLO S., *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 2017

MARINI BALESTRA F., TREMOLADA R., *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 781 ss.

MARINO S., *Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza: un nuovo impulso dall'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 536 ss.

MASSA C., *Il divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 321 ss.

MAZZINA P., *Verso una nuova azione di classe: compatibilità costituzionale di un modello in continua evoluzione*, in *De Justitia*, 2020

MENCHINI S., voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990

MENCHINI S., MOTTO F., *L'art. 140-bis*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (22.06.2021)

MENGALI A., *La class action riformata: La fase istruttoria della nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

MERUSI F., PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, 2003

MICCOLI L., *Tra public and private enforcement: Il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus Civile*, 2017

MIDIRI M., *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018

MIRATE S., *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp.*, 2020, 40 ss.

MONTANARI A., *Il danno antitrust*, Milano, 2019

MONTANARI M. G., *L'accesso alle prove contenute nel fascicolo dell'Autorità*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 32 ss.

MONTELLA G., *Diritto della concorrenza e diritto costituzionale*, in CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018

MONTEROSSO M. W., *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp.*, 2019, 695 ss.

MONTI S., CASTELLI L., *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, in *Danno e Resp.*, 2019, 699 ss.

MUSCOLO G., *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 37 ss.

NASCIMBENE B., *Le sentenze Grande Stevens, Menarini: Problemi e prospettive*, in *Rivista Eurojus*, 2014

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, vol. II, Torino, 2006

NEGRI M., *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte II - L'azione di classe e l'illecito antitrust*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 397 ss.

NEGRI M., *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 476 ss.

NISTICÒ J., *Nuova class action: verso una (auspicata) maggiore effettività del private enforcement antitrust e non solo*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2020 (16.06.2021)

OSTI C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, 105 ss.

PACE A., *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15 ss.

PACE L. F., *Diritto europeo della concorrenza: Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007

PACE L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005

PAGNI I., *La class action riformata: L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.

PAILLI G., *Unione Europea e azione di classe: la grande assente*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

PASQUARELLI F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, 252 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Giudicato amministrativo*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

PATRONI GRIFFI F., *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il processo*, 2019, 587 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017 (02.06.2021)

PERNA R., *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017 (02.06.2021)

PESCE C., *Sul sindacato del giudice amministrativo delle decisioni dell'AGCM: Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2019 (08.08.2021)

PETRILLO C., *Situazioni soggettive implicate*, in SASSANI B. (a cura di), *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

PICA N., *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 807 ss.

PISANI N., *Programmi di compliance antitrust per le imprese*, in CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018

PIVA S., *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *Federalismi.it*, 2017

PONZANELLI G., *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, 306 ss.

PONZANELLI G., *Risarcimento del danno e class action*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

PORENA D., *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D.lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di 'antitrust private enforcement'). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge...ed alla Autorità antitrust?*, in *Federalismi.it*, 2018

PRINCIPESSA L., *La Cassazione torna sull'efficacia dei provvedimenti dell'AGCM nel giudizio civile promosso ante D. Lgs. 3/2017 e sul riparto degli oneri istruttori*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2021 (13.08.2021).

PROSPERETTI L., *Oneri probatori, controfattuale e passing-on: alcune osservazioni sulla recente giurisprudenza europea*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 209 ss.

PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE* in *Resp.*, 2016, 1086 ss.

RABAI B., *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni: considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 165 ss.

RAFFAELLI E. A., *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 1926 ss.

RAFFAELLI E. A., *Il private enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in *Federalismi.it*, 2019

RAFFAELLI E. A., *Il private enforcement antitrust dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*, in CONDINANZI M., ALBERTI J., CROCI F. (a cura di), *Il private antitrust enforcement europeo nelle Corti milanesi: Una prospettiva europea*, in *Atti del Convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 presso l'Università di Milano*

RAFFAELLI E. A., BRICCHETTO M., *Public e private enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 153 ss.

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998

RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 226 ss.

RORDORF R., *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno «antitrust»: Relazione per il Convegno su «Il risarcimento del danno antitrust»*, Roma 18 marzo 2014, in *Le Società*, 2014, 784 ss.

ROFFI M., *Sanzioni AGCM: sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, in *Giur. amm.*, 2019, 2503 ss.

RONCO A., *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva: Il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe)*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.

SAIJA A., *La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust: un valore da preservare*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 11-13 aprile 2019, 123 ss.

SANDULLI M. A., *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2019, 1377 ss.

SASSANI B., *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019

SCUFFI M., *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Atti del Convegno V UAE-LIDC, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 16-17 maggio 2002

SCUFFI M., *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe*, in MUNARI F., CELLERINO C. (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016

SCARCHILLO G., *Class action: dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Torino, 2019

SCARSELLI G., *La tutela dei diritti davanti alle autorità garanti: giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, 232 ss.

SELVAGGI C., *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, 127 ss.

SILVESTRI C., *La tutela collettiva in Europa: la action de groupe francese*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

SIMONE R., *Aspetti culturali e applicativi della class action*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020

SIRAGUSA M., *Interaction between public and private enforcement of competition law*, in *European Competition Law Annual*, 2016, 587 ss.

SIRAGUSA M., *Judicial Review of Antitrust Decisions: Q&A*, in *Rivista italiana di diritto antitrust*, 2015. 144 ss.

SIRAGUSA M., *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: La proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 297 ss.

SOLDATI N., *La class action come strumento di reazione collettiva a tutela del consumatore nei settori bancario ed assicurativo*, in *Dir. e giustizia*, 2014, 1 ss.

SORICELLI G., *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012

SPEZIALE I., *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Il corriere giuridico*, 2020, 963 ss.

SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 489 ss.

STELLA M., *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Quotidiano Giuridico*, 2020

TACCANI I., *Gli effetti delle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi civili per il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza*, in MUNARI F., CELLERINO C. (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016

TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza: Il modello americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 205 ss.

TARUFFO M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 103 ss.

TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, 193 ss.

TAVASSI M., *L'applicazione delle regole della concorrenza in Italia e nell'Unione: Le azioni di classe in Italia*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 331 ss.

TAVASSI M., *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 1 ss.

TAVASSI M., *Le controversie civili in materia antitrust tra diritto nazionale e indicazioni della Direttiva 104/2014*, in MUNARI F., CELLERINO C. (a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, in *Scritti di Diritto Privato Europeo ed Internazionale*, 2016

- TAVASSI M., SCUFFI M., *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 178 ss.
- TEDIOLI F., *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium Iuris*, 2019, 1413 ss.
- TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità «sostanziale», legalità «procedurale» e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1 ss.
- TODINO M., *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss.
- TORIELLO F., *Regolazione del mercato e private enforcement*, Milano, 2018
- TROCKER N., *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in BARSOTTI V., DE DOMINICIS F., PAILLI G., VARANO V. (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020
- VADALA C., *Azione collettiva e private enforcement antitrust*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2020 (16.06.2021)
- VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.
- VESE D., *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM: Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2019 (15.05.2021)
- VILLA G., *La Direttiva Europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 301 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017
- VINCRE S., *La Direttiva UE 104/2004 sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1153 ss.
- VOLTAGGIO B., *Abuso di posizione dominante e onere della prova: maggiore tutela nel «private enforcement» contro comportamenti lesivi della concorrenza*, 2015, in [www.giuricivile.it](http://www.giuricivile.it) (18.08.2021)
- WINKLER M., *L'azione di classe italiana: Problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Resp.*, 2020, 1675 ss.
- ZUFFI B., *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore: Parte I - Le azioni di classe nella prospettiva dei proponenti in generale*, in BENACCHIO G. A., CARPAGNANO M. (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea*, in *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento*, 18 e 19 aprile 2013, 368 ss.

ZUFFI B., *L'esecuzione «collettiva» nella nuova disciplina della class action*, in DE CRISTOFARO M., PILLONI M. (a cura di), *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Torino, 2020, 47 ss.

ZUMPARO M. A., *Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2002, 217 ss.

#### COMMENTI A SENTENZA

Cass., sez. un. 1° ottobre 2003, n. 14670, in *Foro it.*, 2004, 1474 ss., con nota di TRISORIO LIUZZI G., *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*

C. Giust. UE, Grande Sezione, 14 settembre 2010, *Akzo Nobel c. Commissione*, causa C-550/07P, in *Dir. comm. int.*, 2011, 243 ss., con nota di CAPECCHI G., *La tutela della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno*

App. Milano, 3 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, con nota di GIUSSANI A., *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli «diritti omogenei»*

#### RELAZIONI

ANDREUCCIOLI A. (a cura di), Dossier S. n. 844 e n. 583, novembre 2018

*Annotated ICN Guidance on Investigative Process* recante delle linee guida in materia di trasparenza e *due process* così come presentate nel corso dell'ultima conferenza annuale dell'*International Competition Network*

COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165def.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi*, 11 giugno 2021, COM(2013) 401final

GOVERNO, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - (PNRR) doc. XXVII, n. 18, La proposta del Governo*, 12 gennaio 2021

GOVERNO, *Relazione illustrativa di attuazione della direttiva 2014/104/UE 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*, disponibile al sito [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.aspx?file=0350\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.aspx?file=0350_F001.pdf&leg=XVII)

Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 11 aprile 2018, 2018/0089(COD)

Relazione della Commissione che accompagna la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, 11 giugno 2013, 2013/0185 (COD)

Relazione per Paese relativa all'Italia che accompagna la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea e all'Eurogruppo, COM(2020) 150 final

SERVIZIO STUDI, Corte Costituzionale, *Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale. Il sistema delle fonti*, maggio 2014

UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*

WOODSFORD LITIGATION FUNDING, *The Future of Group Actions and Third Party Funding*, 2019