

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DEL *PRIVATE ENFORCEMENT* IN ITALIA E IN EUROPA

SOMMARIO: 1. *Private e public enforcement* – 2. I primi passi del *private enforcement* in Italia – 2.1 *La legge 10 ottobre 1990, n. 287* – 3. L'evoluzione della normativa antitrust in Europa – 4. La direttiva europea 2014/104/UE – 4.1 *L'attuazione della direttiva: il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.*

1. *Private e public enforcement*

I comportamenti anticoncorrenziali sono oggetto di valutazione di due autorità diverse, sotto due angoli di visuale differenti. Da un lato opera il giudice ordinario su un piano privato, con l'obiettivo della tutela intersoggettiva. Dall'altro opera l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato su un piano pubblicistico, teso alla tutela del buon funzionamento del mercato. Sul versante comunitario agisce invece la Commissione.

In materia, quindi, si distingue tra *private e public enforcement*, se, rispettivamente, la norma antitrust è applicata dall'autorità giudiziaria o da autorità pubbliche.

Entrambi gli apparati hanno il compito di applicare le norme che l'Unione Europea ha stabilito per la tutela della competitività all'interno degli Stati membri. In particolare gli artt. 101 e 102 TFUE, che vietano le intese verticali e orizzontali restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante¹.

La storia legislativa e l'attività giurisprudenziale nel nostro paese e nell'Unione Europea dimostrano come i maggiori poteri per contrastare le condotte anticoncorrenziali siano per lo più stati concentrati sul piano pubblico, rispecchiando la volontà di porre al centro del sistema un organo amministrativo piuttosto che giudiziario².

Il Garante, infatti, nell'accertare le condotte antitrust non possiede solamente poteri di prevenzione, ma è anche in grado di applicare sanzioni nel caso di violazioni. Questi ampi poteri sono il principale motivo del successo avuto negli anni dall'Autorità amministrativa e della sua capacità di concentrare

¹ TAURINI S., GIOIA R., (2017). *Danno antitrust: nuove regole per il trasferimento del sovrapprezzo nel d.lgs. 3/2017*. Tratto da www.ridare.it.

² CASTELLI L., (2012). *Disciplina antitrust e illecito civile*. Giuffrè Editore, Milano.

dinanzi a sé la maggior parte dei procedimenti in materia, all'opposto di quanto invece conseguito dall'Autorità giudiziaria, penalizzata da molteplici fattori. Questo ha reso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato il "vero giudice" nel campo.

La maggior parte della dottrina negli ultimi decenni ha cercato di forzare l'avanzamento del *private enforcement*³, considerato componente necessario per completare tutti i profili di tutela richiesti dal diritto dei mercati. Ciò è avvenuto nel Regolamento n. 1/2003⁴, all'interno del quale si mette in risalto la "funzione essenziale" svolta dalle giurisdizioni nazionali nell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie e nella tutela dei diritti soggettivi garantiti dalle stesse. È infatti convinzione comune che incentivare le azioni per il risarcimento danni in sede civile favorisca un mercato più competitivo e una maggior certezza delle norme concorrenziali.

Le regole europee sulla concorrenza degli ultimi anni rappresentano una precisa scelta: basare la disciplina antitrust su un sistema binario di *public e private enforcement*, che rappresentino due facce della stessa medaglia. Questo cammino ha fatto un balzo in avanti, seppur sicuramente non conclusivo, con la direttiva 2014/104/UE e il suo recepimento. Quest'ultima, infatti, ha "l'apprezzabile obiettivo di rafforzare il *tono muscolare* dell'arto meno sviluppato in Europa"⁵.

Essendo diversi gli obiettivi perseguiti tramite i due strumenti, diverse sono le funzioni svolte dalle sanzioni emanate dall'AGCM e dalle sentenze del giudice ordinario. Rispettivamente avremo sanzioni afflittive, deterrenti da un lato, e sentenze compensative dall'altro. Ricordiamo infatti che nel nostro ordinamento il risarcimento dei danni non rappresenta un mezzo con il quale l'offendente viene punito, ma uno strumento con il quale ristorare la lesione

³ SPOLIDORO M.S., SPOLIDORO T.F.F., (2017). *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*. Analisi giuridica dell'economia: pp. 411-436.

⁴ Consiglio dell'Unione Europea, Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002.

⁵ PEZZOLI A., SEPE G., (2017). "*Public*" e "*private enforcement*": *c'è danno e danno...* Analisi Giuridica dell'Economia: pp. 355-366.

subita dall'offeso. Non a caso, molte norme in materia esplicitamente pongono il divieto della sovracompensazione dei danni.

Nonostante le differenze di approccio e strumenti, il giudice e l'Autorità condividono regole comuni per tutelare coerentemente il mercato e la concorrenza.

Nel corso degli anni la giustizia ordinaria non sempre è stata all'altezza di ricoprire quel ruolo che la scienza giuridica sperava assumesse a tutela dei privati. Ne è la principale prova la preponderanza di giudizi c.d. *follow-on* – che seguono un provvedimento del Garante – rispetto a quelli *stand alone* – che nascono indifferentemente da un antecedente provvedimento amministrativo. Ciò significa che i privati acquisiscono la forza necessaria per intentare un giudizio nei confronti di un'impresa, solamente se hanno già ottenuto un provvedimento del Garante accertante la condotta anticoncorrenziale.

Le ragioni sono di palmare evidenza: la tortuosità che caratterizza la prova dell'illecito per un privato, estraneo alle dinamiche interne di un'impresa; gli scarsi poteri di indagine del giudice ordinario; i costi e la lunghezza del processo civile; la difficile individuazione delle lesioni della concorrenza; la scarsa cultura anticoncorrenziale europea.

Tutte difficoltà che appaiono quantomeno attenuate in presenza di un provvedimento favorevole al consumatore dell'Autorità amministrativa.

2. I primi passi del *private enforcement* in Italia

Il *private enforcement* in Italia nasce timidamente nel mezzo degli anni '50, nonostante il frutto di queste prime iniziative veda la luce solamente nel 1990 con la legge 287 dello stesso anno. Quest'ultima era il risultato dell'unione di due disegni di legge: il primo – disegno di legge n. 1240/1988 – d'iniziativa governativa, precisamente del ministro Battaglia; il secondo – disegno di legge n. 1012/1988 – d'iniziativa parlamentare, precisamente del senatore Rossi.

La norma è pienamente influenzata dai principi comunitari sviluppatisi a partire dall'emanazione del Trattato di Roma nel 1958. A dimostrazione di ciò, molte delle norme contenute nella legge non sono altro che norme europee riportate pedissequamente; in più l'art. 1, comma 4, Titolo I, della legge 287/1990 afferma che: "L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza".

Materia del contendere sono le intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

Nonostante la norma italiana entri in vigore solamente all'inizio degli anni '90, le stesse fattispecie regolate lo erano già nel Trattato di Roma da circa trenta anni. Una importante sentenza della Corte di Giustizia⁶ del 1963 aveva inoltre stabilito la diretta applicabilità in capo ai singoli degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE) e la conseguente necessità che le autorità giudiziarie interne tutelassero i diritti garantiti. Conseguentemente, nel caso in cui una violazione del diritto antitrust avesse valicato i limiti nazionali, sarebbe stato teoricamente possibile intentare un'azione risarcitoria anche prima dell'emanazione della disciplina italiana.

Il rimedio in questione non venne praticamente utilizzato in quegli anni; questo perché la dottrina dell'epoca concepiva le norme di natura amministrativa – tra cui quelle antitrust – come indirizzate esclusivamente alla cura dell'interesse pubblico, ed essendo chiaramente l'interesse economico del consumatore escluso da questo novero, si escludeva allo stesso modo la sua capacità di agire in giudizio a difesa del suo diritto soggettivo. In altre parole, secondo la dottrina dell'epoca, in ambito antitrust non sussisteva nessun diritto soggettivo del consumatore⁷.

Una prima apertura si ebbe in seguito a delle ricerche sul risarcimento del danno da violazione del diritto antitrust in sede di Commissione Europea.

⁶ Corte Giust., 5 febbraio 1963.

⁷ CASTELLI L., *op. cit.*

L'incaricato italiano propose un'interpretazione che collegava la violazione della normativa anticoncorrenziale europea con gli artt. 2598 e 2600 del nostro Codice civile. Questa proposta ebbe il merito, ma allo stesso tempo il limite, di aprire il rimedio aquiliano agli imprenditori concorrenti, ma ignorando che la stessa violazione avrebbe potuto ledere anche altri soggetti, consumatori per primi.

La questione venne infine risolta dall'operato della Corte di Giustizia, che in quegli anni con numerose sentenze stabilì l'esperibilità delle azioni risarcitorie dei singoli dinanzi ai giudici nazionali, reinterpretando la normativa antitrust.

Tornando in Italia, come già affermato, due in particolare sono stati i disegni di legge che, seppur con approcci e finalità differenti, hanno preceduto la legge 287/1990, affrontando la problematica tutela dei privati in materia antitrust: il disegno di legge Battaglia⁸ e il disegno di legge Rossi⁹.

La norma più coraggiosa negli intenti è sicuramente il disegno di legge Rossi, il quale all'art. 19 prevede la possibilità per "chiunque abbia subito un danno" di esperire l'azione di risarcimento del danno antitrust dinanzi alla Corte d'Appello competente. In più, al 4 comma, riconosce esplicitamente la stessa facoltà in capo a "consumatori o concorrenti danneggiati". Chiaro a questo punto la *ratio legis*: tutelare il consumatore all'interno di un progetto che vedeva come protagonista il sistema giudiziario, limitando invece il ruolo ricoperto dagli organi amministrativi¹⁰.

Diversi erano invece finalità e mezzi adoperati dal disegno di legge Battaglia, che non prevedeva la difesa del consumatore ma la "libertà di entrata nei mercati" e non accentrava i poteri di tutela nelle mani delle autorità giudiziarie, ma di quelle amministrative. Infatti si nota la totale omissione di qualsiasi riferimento alle azioni risarcitorie¹¹. Questa assenza venne interpretata

⁸ Disegno di legge n. 1240/1988, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

⁹ Disegno di legge n. 1012/1988, *Norme per la tutela del mercato*.

¹⁰ CASTELLI L., *op. cit.*

¹¹ CASTELLI L., *op. cit.*

da una parte come un'esclusione di questa possibilità per il singolo, dall'altra come un'ammissione implicita di questo rimedio all'interno del sistema.

Leggendo la relazione al disegno di legge¹², quest'ultima interpretazione appare prevalere. Nonostante i diversi approcci e i diversi propositi, si può comunque trovare a questo punto un contatto tra le due discipline: la capacità del singolo, leso da una condotta anticoncorrenziale, di intentare un'azione di risarcimento per i danni subiti innanzi al giudice interno.

2.1 La legge 10 ottobre 1990, n. 287

Considerati i suoi predecessori, la legge 10 ottobre 1990, n. 287 appare una via mediata intrapresa dal legislatore: presente la normativa riguardante l'azione risarcitoria, assente il riferimento a chi potesse esercitarla.

Uno solo l'articolo dedicato alla materia: l'art. 33, che individua la competenza in capo alla Corte d'Appello per le azioni di nullità e di risarcimento del danno.

La competenza in materia sarà poi oggetto di modifica nel d.l. 1/2012¹³, il quale sostituirà, come giudice competente, la Corte d'Appello con le sezioni del Tribunale specializzate in materia di impresa al fine di favorire un approccio più tecnico alla materia.

La totale mancanza di norme che legittimassero i consumatori ad agire in prima persona davanti alla Corte d'Appello creò una disputa giurisprudenziale. In un primo momento, la I sezione della Corte di Cassazione affermò il mancato diritto dei consumatori di avvalersi dell'azione *ex art. 33*, sulla base dell'assunto che la disciplina antitrust e quella del Codice civile avessero gli stessi intenti, ossia proteggere l'impresa e gli imprenditori¹⁴. Nel

¹² Specificamente: "l'assetto così delineato consent[er]e a tutti i terzi che si riten[er]ano lesi dagli atti distorsivi della concorrenza di adire il giudice e poter essere soddisfatti nelle loro pretese risarcitorie senza che i poteri dell'Autorità condizionino in alcun modo tale possibilità".

¹³ D.l. 24 gennaio 2012, n.1.

¹⁴ SCOGNAMIGLIO C., (2018). *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*. *Questione giustizia*: pp. 144-150.

caso in cui, invece, ad essere leso fosse stato un utente, la competenza sarebbe stata quella ordinaria del Tribunale o del Giudice di pace (a seconda del valore della causa) e il rimedio quello ordinario *ex art. 2043 c.c.*¹⁵.

Seguendo questa impostazione, il diritto al risarcimento del danno avrebbe dunque richiesto:

- a) l'antigiuridicità del rapporto impresa-consumatore;
- b) la lesione di un diritto soggettivo individuale (non derivante dal diritto antitrust, né dalla sola esistenza dell'illecito antitrust);
- c) l'impossibilità di beneficiare delle regole di competenza fissate dall'art. 33 della l. 287/90¹⁶.

Orientamento di segno contrario assunse la III Sezione delle Corti di legittimità¹⁷, cosicché la questione fu rimessa alle Sezioni Unite, che, reinterpretando l'art. 41 Cost. alla luce dei principi comunitari, decisero seguendo l'orientamento della III Sezione: "competenza della Corte d'Appello, chiunque sia a lamentare un danno da illecito antitrust"¹⁸.

La prospettiva abbracciata dalle Sezioni Unite rispecchia la chiara volontà di non concepire più la legge antitrust come la sola legge degli imprenditori, ma come la disciplina che regola delle condotte potenzialmente plurioffensive, che possono colpire un qualunque soggetto del mercato, "ovvero chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere"¹⁹.

L'interesse tutelato quindi non è più quello dell'imprenditore e della sua capacità di ingresso o permanenza nel mercato, ma il funzionamento del mercato stesso. Il consumatore di conseguenza ricopre una nuova posizione e acquista nuovi diritti. Egli sarà in grado con le sue scelte e le sue iniziative di

¹⁵ Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475 in *Giust. civ.*, 2003, 2143.

¹⁶ BOSCHETTI B., (2013). *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*. Concorrenza e mercato: pp. 27-75.

¹⁷ Cass. civ., 17 ottobre 2003, n. 15538, in *Foro it.*, 2003, I, 2938.

¹⁸ CASTELLI L., *op. cit.*

¹⁹ Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014.

influenzare il comportamento delle imprese, di contrastare monopoli e di incentivare la competitività all'interno del mercato²⁰.

Quanto ottenuto non è altro che una tappa di un lungo e tortuoso percorso intrapreso molti anni prima, che ha come meta la tutela del mercato e dei soggetti che vi accedono, portato avanti parallelamente su più fronti, e che fatica ancora a vedere il traguardo. Fondamentale, è stato l'apporto dato dalle istituzioni europee, a partire dal Trattato CE, passando per il Reg. 1/2003 e le numerose sentenze della Corte di Giustizia (prime fra tutte le sentenze *Courage* e *Manfredi*).

Un altro indispensabile passaggio di questo percorso, soprattutto per la nostra esperienza nazionale, è rappresentato da una storica sentenza della Corte di Cassazione (Cas. Civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500), che alla fine degli anni '90, reinterpretò il concetto di danno ingiusto, disancorandolo dalla nozione di diritto soggettivo, e aprendo la strada ad un più facile riconoscimento per i giudici del carattere ingiusto della lesione degli interessi dei consumatori causata da illeciti antitrust. Indipendentemente dalla loro formale classificazione, quindi, anche questi ultimi vennero riconosciuti come interessi giuridicamente protetti.

È a questo punto che nell'ordinamento italiano viene a sintetizzarsi, favorendo l'avanzata del *private enforcement*, “la conflittualità latente tra la dimensione interindividuale e strettamente privata dell'azione risarcitoria e la dimensione pubblicistica che connota il diritto antitrust e gli interessi che per esso il legislatore persegue. Quasi paradossalmente, infatti, l'ampliamento della sfera soggettiva beneficiaria delle norme concorrenziali ha richiesto l'abbandono di una nozione di mercato come *summa* di relazioni interindividuali, prive di rilievo pubblicistico”²¹.

²⁰ CASTELLI L., *op. cit.*

²¹ BOSCHETTI B., *op. cit.*, p. 40.

3. L'evoluzione della normativa antitrust in Europa

La dottrina maggioritaria ritiene che, nelle sue fasi iniziali, il diritto antitrust comunitario avesse un approccio di tipo accentrato e marcatamente amministrativo. Ciò si ricava dalla totale assenza di riferimenti ai privati e alle loro azioni risarcitorie negli art. 81 e 82 CE (ora 101 e 102 TFUE); assenza confermata anche nel regolamento (CEE) del Consiglio n. 17/62 (primo regolamento di attuazione degli artt. 81 e 82 del Trattato). Tale regolamento, anzi, accentrava tutti i poteri in materia in capo ad un solo organo, la Commissione.

Ma l'evoluzione del *private enforcement* era solo agli inizi, ed infatti “nel corso del tempo, un po' per la maggior circolazione del modello statunitense, un po' per il radicarsi di una concezione in chiave di divieto/sanzione del diritto antitrust, che presuppone l'adesione ad un'idea di concorrenza che assume l'esistenza di un equilibrio di mercato ottimale, che può essere alterato da comportamenti censurabili delle imprese, ci si è mossi verso il riconoscimento ai privati del diritto ad ottenere davanti alle corti l'equivalente di quanto sarebbe spettato loro qualora l'ordine naturale non fosse stato modificato da comportamenti illeciti”²².

Di seguito si analizzeranno le tappe che hanno portato dall'iniziale indifferenza nei confronti dello strumento risarcitorio all'odierna valorizzazione dello stesso.

Nonostante il Trattato, come abbiamo visto, non disponesse nulla sul diritto dei privati di ottenere un risarcimento del danno nel caso di violazione della disciplina antitrust, negli anni '60 cominciavano le prime timide discussioni della scienza giuridica sul punto. Il panorama culturale dell'epoca, però, non permise di ottenere dei risultati fruttiferi.

²² MAUGERI M., (2009). *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*. Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato.

Nel 1966 alcuni studiosi furono incaricati dalla Commissione di approfondire la questione del risarcimento delle lesioni derivanti da un'infrazione degli artt. 85 e 86 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea. Ancorché la relazione finale dello studio sembrasse riconoscere generalmente questo diritto, anche se “con talune restrizioni”, dall'analisi dei singoli rapporti si ricavano dei risultati molto più modesti; ovvero la possibilità di riconoscere il diritto al risarcimento esclusivamente ai concorrenti, e non a tutti i soggetti del mercato.

Nel frattempo, a partire dagli anni '70, gli artt. 81 e 82 del Trattato CE (prima 85 e 86 CEE) cominciarono ad avere efficacia diretta nei rapporti tra i singoli e ad attribuire loro diritti che i giudici interni avrebbero dovuto garantire. Fino al 2001 persisteva il dubbio, però, se per garantire questi diritti fosse necessario riconoscere ai privati il risarcimento del danno in caso di violazione delle regole della concorrenza, o se fossero sufficienti altri tipi di tutela.

È altresì vero che, alla fine degli anni '90, ebbe inizio un dibattito che si concluse con il c.d. pacchetto modernizzazione (Regolamento CE 16 dicembre 2003, n. 1). Fu quest'atto che, riformando in parte il diritto comunitario della concorrenza, diede una prima forte spinta al *private enforcement* europeo.

Ma è nel 2001, appunto, che si assiste alla prima presa di posizione decisa sul tema. La Corte di Giustizia, con la sentenza *Courage*, afferma che “la piena efficacia dell'art. 81 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza”²³.

Dato il valore delle sentenze della Corte, considerate dalla maggior parte della dottrina dotate di valore paranormativo o, almeno, di validità *erga omnes*,

²³ MELI V., (2018). *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*. Le nuove leggi civili commentate: pp. 119-142.

questa statuizione risulta di primaria importanza, perché stabilisce il diritto a richiedere il risarcimento del danno in favore dei soggetti privati danneggiati da una violazione del diritto antitrust.

Questo non significa affatto però, che la sentenza *Courage* abbia risolto con una sola decisione tutte le problematiche relative al rimedio risarcitorio. Alcune questioni rimaste nel dubbio riguardano vari profili della legittimazione attiva, la quantificazione del danno e le possibili difese.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, ci si chiede, in particolare, se l'utilizzo del termine "chiunque" voglia star a significare l'impossibilità di limitare il novero dei soggetti ai quali è attribuito il diritto al risarcimento del danno, oppure se il "chiunque" debba comunque essere interpretato nel contesto della decisione e del caso particolare oggetto del contendere. Se si accettasse la prima opzione, verrebbe naturale riconoscere la possibilità di attribuire il rimedio risarcitorio in capo agli acquirenti diretti, agli acquirenti indiretti, ai non acquirenti (che per esempio, non hanno potuto acquistare un bene a causa dell'eccessivo aumento di prezzo), ai lavoratori (licenziati a causa delle conseguenze sul mercato di un'intesa a monte), e anche altre categorie di danneggiati. Ma non è certo che sia questo il risultato finale dell'operazione ermeneutica. Concludere in tal modo solleverebbe infatti molti dubbi.

A ben riflettere, la giustizia ha un costo, i giudici sono una risorsa limitata, così come le loro competenze man mano che si entra più nello specifico in materie tecniche come il diritto antitrust; tutto ciò rappresenta un costo che la collettività deve sostenere. Il "chiunque" stesso appartiene alla collettività. Dunque, è quanto meno possibile che la collettività, il "chiunque", vedendosi riconosciuta la legittimazione attiva *tout court*, venga a trovarsi in una condizione peggiore rispetto ad una nella quale la legittimazione attiva venga ragionevolmente limitata ad alcune categorie di soggetti danneggiati.

Un criterio con il quale individuare i soggetti legittimati potrebbe essere quello della vicinanza all'evento dannoso. In un caso di violazione di norme urbanistiche, ad esempio, potrebbe essere conveniente riconoscere il