

Angelo Danilo De Santis

*La direttiva 2014/104/UE
e il suo impatto sul processo civile*

SOMMARIO: 1. Concorrenza e *consumer protection*. – 2. Tecniche di incremento dell'effettività della tutela giurisdizionale. La strada tracciata dalla Cassazione. – 3. L'incremento della effettività del *private enforcement* nella direttiva 104/2014/UE. – 3.1. Strumenti di effettività della tutela nelle azioni *stand-alone*: la «divulgazione» delle prove (e dei fatti). – 3.2. L'accesso alla prova e il 'dialogo' tra Agcm e giudice civile. – 4. Strumenti di effettività della tutela nelle azioni *follow-on*: la decisione dell'Agcm come 'vincolo' per il giudice civile. – 4.1. Un'ipotesi di compatibilità sistematica: il provvedimento dell'Agcm come fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno.

1. *Concorrenza e consumer protection*

L'evoluzione del diritto della concorrenza ha giocato un ruolo decisivo nel percorso di formazione e consolidamento del mercato unico europeo e rappresenta una significativa parte dell'*humus* nel quale affonda le proprie radici il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

È generalmente condivisa l'opinione secondo la quale la genesi e lo sviluppo della *consumer protection* negli ordinamenti degli stati membri fungano da 'veicolo' per l'omogeneizzazione delle regole di condotta degli operatori del mercato¹.

Si ritiene inoltre che l'*antitrust* europeo – e quello italiano – siano volti a garantire, mediante la conservazione di un ambiente ispirato alla logica

¹ Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Giappichelli, Torino 2012, p. 272 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato quale tecnica di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, (Atti del convegno svoltosi a Roma e a Catania), Il Mulino, Bologna 2010, p. 9.

della concorrenza dinamica (*workable competition*), lo sviluppo economico e quindi il maggior benessere collettivo; tra gli obiettivi politici dell'*antitrust* europeo, un ruolo essenziale è svolto dalla creazione di condizioni per un mercato economicamente efficiente e capace di tutelare il consumatore².

Da più di dieci anni, non pare esservi più alcuno spazio per dubbi circa la legittimazione del consumatore a domandare la tutela del diritto al risarcimento del danno derivante da violazioni dell'*antitrust* europeo e nazionale, alla luce del riconoscimento, da parte della Corte di giustizia CE (ora UE), dello *standing to sue* nei confronti di *any individual*³.

Le complesse dinamiche dei rapporti regolati dal diritto della concorrenza e l'articolazione, su diversi piani, dei soggetti coinvolti dagli effetti di una sua violazione fanno sì che proprio la materia dell'*antitrust* rappresenti un autentico banco di prova dei livelli di efficienza degli strumenti di tutela che gli ordinamenti giuridici riescono a garantire.

Basti considerare, come segno dell'attitudine della *competition law* a (di)segnare i modelli di *private enforcement* in Europa, che, con il *Consumer Rights Act* del marzo 2015, è stata introdotta per la prima volta nel Regno Unito la possibilità che una azione collettiva, instaurata da un consumatore per violazione di norme *antitrust*, estenda, sotto uno stretto controllo del *Competition Appeal Tribunal* (CAT), i propri effetti nei confronti di altri consumatori sulla base del meccanismo dell'*opt-out*.

Anche nell'ambito del diritto interno italiano, si assiste ad un ben avviato tentativo di colmare il riscontrato *deficit* in termini di effettività della tutela

² Cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.-Annali*, Giuffrè, Milano 2010, III, p. 191, spec. p. 218; nel senso che lo scopo primario della legislazione sia tutelare la fisiologia concorrenziale del mercato quale condizione essenziale per assicurare permanenti guadagni in termini di benessere dei consumatori e che invece il *consumer welfare* poco o nulla condivida con il processo concorrenziale, cfr. G. GHIDINI – E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta in chiave 'più economica' dell'abuso di dominanza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, p. 115 ss.

³ Nel senso che nella categoria di *any individual* (tratteggiata da C. GIUST. CE, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage ltd. c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 84 ss., con commenti di E. SCODITTI, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, nonché *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 791, con nota di A. DI MAJO) rientrano anche i consumatori, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo del 22 marzo 2001, pt. 38; cfr., anche, C. GIUST. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.a.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 709 ss.

giurisdizionale, soprattutto per i soggetti ‘a valle’, quali sono i consumatori, rispetto alle pretese risarcitorie conseguenti all’accertamento di condotte illecite.

I punti cardine dell’operazione ermeneutica avviata dalla giurisprudenza interna paiono costituiti dal riassetto del rapporto tra autorità amministrative e giurisdizione (tra *public* e *private enforcement*), dalla revisione dei tradizionali criteri di riparto dell’onere della prova, dagli incentivi all’accesso alla prova e, prima ancora, al fatto da allegare.

Si tratta di questioni al centro di un fervido dibattito culturale⁴, alimentato negli scorsi anni dal Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008) 165, 2 aprile 2008) e sulle quali il legislatore interno è chiamato a prendere una posizione in sede di recepimento, entro il 27 dicembre 2016, della direttiva 2014/104/UE (c.d. *private enforcement*), «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»⁵.

2. *Tecniche di incremento dell’effettività della tutela giurisdizionale. La strada tracciata dalla Cassazione*

Accantonando i complessi problemi di natura sostanziale relativi alla configurabilità delle diverse *species* di danno scaturenti da condotte anticon-

⁴ Per il quale si rinvia, esemplificativamente, a A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.; cfr., anche, per ulteriori riferimenti, M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori. Studio sull’osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Jovene, Napoli 2013, p. 249 s.

⁵ Pende alla Camera dei Deputati il disegno di legge n. 3123, già approvato al Senato il 14 maggio 2015, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – Legge di delegazione europea 2014», nel quale, all’art. 2, sono tracciate le linee guida per il recepimento della direttiva 2014/104/UE; la norma non fornisce alcuna indicazione all’interprete in ordine alle scelte tecniche relative ai temi più rilevanti posti dalla direttiva (sui quali *infra*), ma, tra l’altro, si limita a prevedere che le disposizioni adottate per il suo recepimento si applichino anche alle azioni risarcitorie di classe di cui all’art. 140 *bis* cod. consumo e ad annunciare una revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, al fine di concentrare presso alcuni uffici giudiziari il contenzioso in materia di concorrenza.

correnziali, sulle quali non è consentito soffermarsi in questa sede, l'idea secondo la quale un efficiente sistema di responsabilità civile, affidato all'amministrazione della giustizia e basato su un controllo – per così dire – diffuso delle dinamiche di mercato assolva una mera funzione di supporto rispetto ai tradizionali strumenti di *public enforcement*⁶ appare sempre più condivisa e, al contempo, attesta lo stato di 'crisi' in cui versa la giurisdizione⁷.

In tal senso, viene in rilievo il 7° considerando del Reg. Ce n. 1/2003, che definisce il ruolo della giurisdizione «complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri».

L'equazione per incrementare l'effettività della tutela giurisdizionale sembra avere una costante, specificata ulteriormente dall'art. 16, 1° comma, del citato Reg. Ce n. 1/2003, a tenore del quale «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 (ora 101) o 82 (ora 102) 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».

Il corretto inquadramento circa la natura del vincolo per il giudice, derivante dall'accertamento della Commissione, che è sprovvista di funzione giurisdizionale, pone una serie di questioni di compatibilità con il nostro ordinamento⁸, in cui, come è noto, il giudice può disapplicare l'atto

⁶ Cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza - Il modello americano e la proposta di dir. Ue del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 183; cfr., anche, AA.VV., *La funzione deterrente della responsabilità civile - Alla luce delle riforme straniere e dei principles of european tort law (atti Siena, 16-21 settembre 2007)*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, Milano 2012, *passim*.

⁷ Cfr. B. CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corriere giur.*, 2014, p. 1277 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007, *passim*.

⁸ Che, secondo R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784 ss., spec. p. 786, mal tollera la soggezione del giudice civile alla decisione di un'autorità amministrativa, con l'unica ben nota eccezione «asistematica» dell'art. 140 bis, 6° comma, cod. consumo, secondo il quale il tribunale «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo» (su cui sia consentito rinviare a A.

amministrativo, ma, se non lo disapplica, non può non tenerne conto ai fini della decisione.

Le altre costanti della predetta equazione sono costituite dalle fisiologiche difficoltà che i soggetti 'a valle' incontrano nell'accesso agli strumenti di *private enforcement* (siano essi le azioni individuali o quella risarcitoria di classe)⁹, in termini di necessità di dimostrare tanto il danno derivante dall'intesa (e il nesso causale) quanto, a monte, l'esistenza di una condotta che impedisca, restringa o alteri il gioco della concorrenza, la cui prova è generalmente nella disponibilità dell'autore della condotta.

Il dogma dell'effettività della tutela giurisdizionale è alla base dei conati della giurisprudenza interna di attenuare gli ostacoli propri delle controversie in materia di concorrenza, che il diritto comune pone a carico di chi fa valere una responsabilità di tipo aquiliano nell'ambito di un mercato transnazionale o comunque di ampie dimensioni, colmando la proverbiale asimmetria informativa tra le parti.

Le variabili, sulle quali è intervenuta la Cassazione, e che fino all'avvento della direttiva 2014/104/UE parevano riferirsi esclusivamente alle azioni cosiddette *follow-on*¹⁰, sembrano costituite *a)* dall'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del consumatore, conseguito attribuendo una efficacia 'speciale' di prova privilegiata ai provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), *b)* da una certa flessibilità nell'uso delle presunzioni, finalizzato a far gravare sull'impresa l'onere di dimostrare l'interruzione del nesso di causalità fra illecito e danno, *c)* dalla valorizzazione del criterio di «alta probabilità logica»¹¹ circa

D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013, p. 686 ss.).

⁹ Cfr. M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide to Make Rights Effective*, in 27 *Buffalo Law Rev.*, 1978, p. 181 ss.

¹⁰ Cfr. infatti, con riferimento alle azioni c.d. *stand-alone*, la decisione resa da Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, Mass. 2015, provvisorio, su cui v. *infra* il § 3.3.

¹¹ Cfr. Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1097 ss., con commento di R. PARDOLESI e di A. PALMIERI, secondo la quale «qualora l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso

la sussistenza del danno risarcibile e del canone dell'equità nella determinazione della sua liquidazione¹².

La consapevolezza dell'asimmetria informativa che penalizza il consumatore al cospetto dell'impresa coinvolta nel cartello, la sola ad avere la (piena) conoscenza dei fatti e a poterne valutare le implicazioni, è alla base della scelta di considerare la specialità, sul piano dell'efficacia probatoria, dei provvedimenti dell'Agcm che, a partire da Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640¹³, sono diventati, per il giudice civile chiamato a decidere sull'azione di risarcimento danni, «prova privilegiata» della sussistenza del comportamento accertato¹⁴.

criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo».

¹² Cfr., infatti, Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, col. 1729 ss., con commento di R. PARDOLESI, secondo la quale «laddove l'autorità garante della concorrenza e del mercato abbia sanzionato un'impresa (nella specie, assicuratrice) per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione per il risarcimento del danno assolve l'onere probatorio a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio (cui va riconosciuta elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori, con conseguente presunzione di danno per la generalità dei consumatori, in cui è ricompreso il danno subito dal singolo) e del contratto con l'impresa (nella specie, polizza assicurativa), mentre compete a quest'ultima dimostrare l'interruzione del nesso causale tra illecito antitrust e danno patito tanto dalla generalità dei consumatori, quanto dal singolo; accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione (nella specie, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato)».

In senso conforme, cfr. Cass. 22 maggio 2013, n. 12551, *id.*, Rep. 2013, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 146 e Cass. 9 maggio 2012, n. 7039, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 12; cfr., anche, Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *id.*, 2011, I, col. 2674, con diffusa nota di richiami di C.D. PIRO e commento di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*. In senso contrario, tra le ultime, cfr. Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, *id.*, 2013, I, col. 163.

¹³ Pubblicata in *Foro it.*, 2010, I, col. 1901 ss.

¹⁴ La categoria della prova privilegiata è aspramente criticata da A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, p. 441, il quale evidenzia l'impossibilità di configurarla nel sistema delle prove civili in quanto distinta da quella delle prove legali.

Per la giurisprudenza, il provvedimento dell’Autorità amministrativa consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un pregiudizio ai consumatori, ma anche, «in via presuntiva», la circostanza che «tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori»; ovviamente, se il provvedimento è impugnato davanti al giudice amministrativo, si pongono i ben noti problemi di estensione dell’efficacia del giudicato amministrativo davanti al giudice civile¹⁵.

Peraltro, sovente, negli ultimi anni, la Corte di legittimità, intervenendo nel contenzioso tra assicurati e compagnie sanzionate dell’Agcm per aver dato vita a un’intesa restrittiva della concorrenza, ha ribadito che la prova dell’insussistenza del nesso causale tra l’intesa e il danno lamentato in relazione all’aumento dei premi deve riguardare non già aspetti presi in esame dal provvedimento della stessa Agcm, «bensì situazioni o comportamenti attinenti alla singola impresa, al singolo assicurato o alla singola polizza»¹⁶.

¹⁵ Cfr., infatti, Cass. 14 maggio 2015, n. 9869, in *Foro it.*, Mass. 2014, col. 308, secondo cui «la pronuncia del giudice amministrativo, investito della domanda di annullamento della licenza, concessione o permesso di costruire (rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi), ha ad oggetto il controllo di legittimità dell’esercizio del potere da parte della p.a. ovvero concerne esclusivamente il profilo pubblicistico relativo al rapporto fra il privato e la p.a., sicché non ha efficacia di giudicato nelle controversie tra privati, proprietari di fabbricati vicini, aventi ad oggetto la lesione del diritto di proprietà determinata dalla violazione della normativa in tema di distanze legali, che è posta a tutela non solo di interessi generali ma anche della posizione soggettiva del privato»; Cass. 4 luglio 2014, n. 15393, *id.*, Rep. 2014, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18, secondo cui «il giudicato amministrativo, anche se si forma sull’atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall’art. 2909 c.c.».

¹⁶ Cfr. Cass. 4 marzo 2013, n. 5327, in *Foro it.*, 2013, I, col. 1519 ss., nonché in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, p. 429 ss., con commenti critici di A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., e L. VASQUES, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione lo consente?*; nella motivazione, si reputa alla stregua di un precedente del tutto isolato, dal quale discostarsi, quello deciso da Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, in *Foro it.*, 2013, I, col. 163, con cui era stata cassata la pronuncia di merito che aveva desunto il danno dalla sanzione irrogata dall’Agcm, senza svolgere alcun accertamento, neanche mediante

L'impressione è che il tentativo di 'riequilibrio' cui ha atteso la giurisprudenza abbia determinato:

a) un'alterazione dei rapporti tra provvedimento amministrativo e provvedimento giurisdizionale, con conseguente subordinazione del secondo al primo, reso nell'ambito di un procedimento nel quale finisce per svolgersi una parte dell'*iter* che conduce all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione del giudice;

b) una certa ambiguità in ordine alla ricostruzione teorica della fattispecie costitutiva del diritto (al risarcimento del danno *antitrust*), con riferimento alla corretta collocazione e qualificazione dei fatti (costitutivi, estintivi, modificativi, impeditivi) e alla conseguente ripartizione dell'onere probatorio;

c) la creazione di una categoria di prove (quelle privilegiate, appunto) sconosciute al diritto positivo (con conseguente alterazione del sistema di tipicità delle prove civili¹⁷) e l'uso approssimativo, sotto le spoglie della nozione di «alta probabilità logica»¹⁸, dei criteri di prova statistica¹⁹;

consulenza tecnica, in ordine ai fatti allegati dalla compagnia assicuratrice convenuta, al fine di verificare il legame eziologico tra la condotta anticoncorrenziale e il pregiudizio.

¹⁷ Infatti, ammettere che le prove atipiche possano essere utilizzate dal giudice per maturare il proprio convincimento in punto di fatto, equivale ad ammettere che il modello legale di formazione della prova non è imperativo, ma può sempre essere unilateralmente sostituito con altri schemi procedurali scelti – anche unilateralmente – da ciascuna delle parti. Tuttavia, se è vero che non tutte le norme che regolano l'istruttoria hanno carattere rigidamente inderogabile (ed infatti talora la loro violazione dà luogo a nullità solo relative, come nel caso di prova testimoniale viziata da incapacità del testimone, cfr. Cass. 18 luglio 2008, n. 19942, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Prova testimoniale*, n. 3), è però pure vero che molte di quelle norme sono inderogabili in quanto espressione di garanzie difensive inviolabili (si pensi alle disposizioni che regolano il contraddittorio nella formazione della prova) e soprattutto che il modello legale di formazione della prova pare ontologicamente infungibile, perché nella logica dell'art. 111, 1° comma, Cost., la garanzia del giusto processo consiste non in una valutazione *ex post* affidata caso per caso al giudice, ma dal rispetto scrupoloso della procedura di formazione della prova come predeterminato dalla legge (sul punto, si rinvia alle recenti osservazioni di A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 693 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti).

¹⁸ Su cui si rinvia a M. TARUFFO, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1507 ss.

¹⁹ Sull'inadeguatezza del dato statistico a costituire prova del nesso causale individuale

d) il ricorso, con riguardo alla prova del nesso causale tra condotta e danno, alla categoria della presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.*, usata per qualificare quella che è stata assimilata, forse più propriamente, ad una prova *prima facie* (*Anscheinsbeweis*)²⁰.

3. *L'incremento della effettività del private enforcement nella direttiva 104/2014/UE*

L'obbligo di recepimento della direttiva 2014/104/UE sembra porre significativi problemi di adattamento ai principi e alle regole del processo civile.

anziché del mero rischio di un determinato evento all'interno di una certa classe di soggetti e quindi sulla tendenziale inammissibilità, nel nostro ordinamento, della frequenza statistica, salvo che non sia elevatissima e quindi prossima ad un valore di certezza, quale prova sufficiente di un nesso di causalità individuale, cfr., esemplificativamente, M. TARUFFO, voce *Prova scientifica*, in *Enc. dir. Annali*, II, 1, Giuffrè, Milano 2008, § 4; secondo l'impostazione tradizionale, nel nostro ordinamento, la prova statistica può tutt'al più essere utilizzata come uno degli elementi di prova del fatto incerto e non può essere da sola sufficiente a dimostrare il fatto individuale.

²⁰ La categoria dell'*Anscheinsbeweis* (alquanto controversa nell'esperienza tedesca che la desume generalmente dal § 286 ZPO) pare assimilabile alla nozione di massima di comune esperienza, sebbene più propriamente la sua funzione parrebbe consistere nell'agevolare l'assolvimento dell'onere della prova in alcuni settori in cui «si verificano con regolarità degli accadimenti che, considerati alla luce delle massime di esperienza, consentirebbero di trarre alcune conclusioni intorno allo specifico fatto che si tratta di provare» (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 2, sez. I, Giuffrè, Milano 1992, p. 484; più di recente, v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Giappichelli, Torino 2006, p. 150 s.); la verosimiglianza del nesso causale tra l'accertata condotta anticompetitiva e il pregiudizio subito si risolve sovente nella verifica dell'innalzamento dei prezzi, tale da determinare una prova 'generica' di danno (su cui cfr. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010, p. 233 s., il quale ricorda come la giurisprudenza ne ammetta la rilevanza ai fini della condanna generica); a riequilibrare le posizioni, che rischierebbero di essere troppo sbilanciate a favore della parte danneggiata, sembra opportuno ritenere onerata l'impresa di fornire non già una prova contraria piena, ma soltanto fatti «che rendano inverosimili» le affermazioni dell'altra (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, cit., p. 321).

Se la meta da raggiungere è costituita dalla garanzia del «diritto a un pieno risarcimento» (art. 3) del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, le strade da seguire passano dal potenziamento degli strumenti volti alla «divulgazione» dei fatti rilevanti ai fini della acquisizione della consapevolezza di aver subito (o stare subendo) un pregiudizio economico (art. 5 e 8); dall'agevolazione nell'accesso alle prove dei fatti (art. 5 e 6); dall'alleggerimento dell'onere probatorio attraverso l'espresso riconoscimento della vincolatività, per il giudice civile, della decisione di accertamento della violazione resa dall'Agcm e della natura di prova *prima facie* resa dalla decisione di ugual senso resa da un'autorità di altro stato membro (art. 9); dall'incremento della garanzia dell'esatta attuazione del diritto sostanziale, in termini di prova della causazione del danno e della sua corretta quantificazione (art. 17).

L'impressione è che il legislatore europeo non voglia rinunciare alla sfida di agevolare le parti deboli (i consumatori) nei processi cosiddetti *stand-alone*, caratterizzati dal fatto che chi agisce afferma un pregiudizio dannoso derivante da una condotta anticoncorrenziale non previamente assoggettata a controllo dell'Agcm; si tratta, in effetti, delle controversie in cui appare più marcata l'asimmetria informativa tra presunto danneggiato e impresa, dato che, alla complessità della vicenda sostanziale e dei rapporti economici in gioco, si somma il fatto che la loro conoscenza è sovente nella disponibilità del soggetto autore del presunto illecito.

Per quanto riguarda le azioni *follow-on*, la direttiva opta per un regime della decisione dell'Agcm e del suo impatto sul processo civile, la cui corretta decifrazione richiede particolare attenzione ad evitare di scardinare il tradizionale assetto di rapporti tra autorità amministrative e giurisdizione, pur tentando di leggere e tradurre la *voluntas* del legislatore nel modo più appropriato possibile.

3.1 *Strumenti di effettività della tutela nelle azioni stand-alone: la «divulgazione» delle prove (e dei fatti)*

Il capo II, e l'art. 5 che lo apre, sono entrambi rubricati «Divulgazione delle prove»²¹ e lo scenario che si prospetta in sede di recepimento della

²¹ La parola «divulgazione», usata nella traduzione italiana ufficiale, appare inappropriata e destinata in sede di recepimento ad essere sostituita, ragionevolmente, con l'«esibizio-

direttiva comprende non solo la predisposizione di strumenti processuali che consentano al giudice civile, su istanza di parte, di ordinare alle parti o a terzi «la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto» (e sin qui, si direbbe, nulla o quasi di più di quanto un avveduto uso degli art. 210 ss. c.p.c. non consenta già), ma anche che il giudice possa «ordinare la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata».

Pur dovendo filtrare il contenuto delle norme della direttiva al fine di adattarlo al linguaggio tecnico proprio del diritto processuale civile interno²², non parrebbe azzardato ipotizzare che il legislatore italiano sia tenuto ad introdurre meccanismi di ricerca, ancor prima che della prova, del fatto rilevante; il recepimento della direttiva, che fa riferimento a «rilevanti categorie di prove», dovrebbe comportare la parziale inapplicabilità dell'art. 94 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede l'onere dell'istante di dare indicazione specifica «del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede»; inoltre, solo l'esibizione disposta ai sensi della direttiva potrà avere ad oggetto categorie di prove, ma non sarà ammissibile senza istanza di parte, mentre quella disposta, anche nel medesimo processo, ai sensi dell'art. 2711, 2° comma, c.c., non richiederà l'istanza ma potrà avere ad oggetto solo quanto ivi contemplato.

Pur nella obiettiva consapevolezza dei rischi di richieste c.d. esplorative²³, si tratterebbe di strumenti, ai quali, stando alla direttiva, la parte

ne»; la divulgazione consiste infatti nella diffusione del provvedimento presso la generalità dei consociati (cfr. B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano 1964, *passim*).

²² Si prospetta un'operazione non dissimile da quanto accaduto con il recepimento delle disposizioni contenute nell'accordo TRIPs in tema di tutela di diritti di proprietà intellettuale e nella successiva direttiva Ce 2004/48 sull'*enforcement* di tali diritti (cfr., *amplius*, A. GIUSSANI, *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Giappichelli, Torino 2007, p. 29 ss.).

²³ Il Considerando 15 della direttiva chiarisce esplicitamente che non occorre alcuna indicazione specifica; negli Stati Uniti d'America, la *Federal Rule of Civil Procedure* 26(b)(1) ammette che l'esibizione possa disporsi anche ai fini della stessa individuazione dei fatti costitutivi del diritto, sebbene la tendenza sia stata recentemente in parte invertita; cfr., per ampi riferimenti anche ai celebri casi *Twombly* e *Iqbal*, decisi dalla Corte Suprema, A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e quello italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 440 s.

potrebbe accedere con una richiesta motivata anche da una approssimativa conoscenza di circostanze, destinati ad incidere sulla gestione della fase istruttoria del processo civile non necessariamente in modo distonico²⁴ rispetto al *modus* tradizionale, a condizione che si risolvano nella valorizzazione del canone della lealtà processuale²⁵.

Maggiori perplessità suscita la previsione (art. 5, paragrafo 7) secondo cui il terzo destinatario dell'ordine di divulgazione dovrebbe essere messo in condizione di esercitare il proprio diritto al contraddittorio prima dell'esecuzione dello stesso; è stato evidenziato che si profilerebbe un contrasto con la natura dell'istituto, la cui effettività dipende, «specie nei confronti dei privati, dalla possibilità di eseguire la misura a sorpresa»²⁶.

Il legislatore europeo, all'art. 8, si profonde però sulla coercibilità dell'ordine del giudice, prevedendo l'obbligo, per i legislatori interni, non solo di approntare un meccanismo sanzionatorio nei confronti di parti e terzi (e loro rappresentanti legali) in caso di «a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale; b) distruzio-

²⁴ Basti considerare, a suffragio di tale considerazione, che già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., Jovene, Napoli 1936, II, 1, p. 328 riteneva il dovere della buona fede nel processo comprendente «l'obbligo di non affermare consapevolmente cose contrarie al vero».

²⁵ Cfr., da ultimo, l'ampio saggio di A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti* (Atti del XXIX Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Genova 20, 21 settembre 2013), Bononia University Press, Bologna 2015, p. 145 ss.; cfr., anche, M. GRADI, *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in *Foro it.*, 2015, III, col. 198 ss. ed ivi per ulteriori riferimenti, in nota a Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 930, secondo il quale «il comportamento della parte, che promuove un giudizio di ottemperanza per un credito che era già stato saldato quanto al capitale e di cui era in corso il saldo quanto agli accessori, e che di tali circostanze non abbia reso edotto il giudice, integra una violazione del dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c. e giustifica la condanna della parte medesima ai sensi dell'art. 26, 2° comma, cod. proc. amm.»; secondo C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1298 s. si assiste oggi ad una «esigenza di ripresa di mordente del dovere di lealtà e probità» delle parti, proprio con riguardo al problema del rapporto fra processo e verità».

²⁶ In tal senso, cfr. A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in corso di pubblicazione negli studi in onore del Prof. Andrés de la Oliva Santos, p. 4 del dattiloscritto, che è stato consultato in anteprima per gentile concessione dell'Autore.

ne di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o d) violazione dei limiti all'uso delle prove»; ma anche di garantire che il giudice possa, dal comportamento della parte (quindi non anche del terzo) «trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese».

Quest'ultimo pare proprio il profilo sul quale si giocherà il successo della misura, qualunque ne sia la veste che il legislatore nazionale vorrà adottare: è infatti agevole prevedere che l'equilibrio tra un futuribile *duty of disclosure* e le esigenze di riservatezza²⁷ potrà conseguirsi soltanto predisponendo efficaci e proporzionali strumenti sanzionatori²⁸.

La direttiva ha però già prodotto un primo effetto concreto, costituito da una decisione della prima sezione civile della Corte di cassazione²⁹, che espressamente la menziona e manifesta un atteggiamento di grande apertura nei confronti dei principi dell'*antitrust* europeo: mettendo da parte la concezione più rigorosa del principio dispositivo³⁰, ha sancito che, fermo restando l'onere dell'attore 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», il giudice, soprattutto nei giudizi c.d. *follow-on*, «è tenuto a va-

²⁷ Sul difficile equilibrio tra tutela della concorrenza, trattamento dei dati personali e diritto di riservatezza, si segnala la Comunicazione effettuata dal Garante europeo per la protezione dei dati personali (EDPS) del 3 febbraio 2015 (<http://bit.ly/1iq6q8Q>).

²⁸ Si tratta di aspetti densi di questioni e sui quali non è possibile, in questa sede, approfondire; per indicazioni, si rinvia, esemplificativamente, a M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in AA.VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, suppl. al n. 4, p. 101 ss.

²⁹ Si tratta di Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit.

³⁰ Per una ricostruzione del principio dispositivo improntata ad una certa modularità, cfr. M. TARUFFO, A. CARRATTA, *Dei poteri del giudice. Commento sub artt. 112-115*, Zanichelli, Bologna 2011, p. 462 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Laterza, Bari 2009, p. 123; nel senso che la concezione monolitica del principio dispositivo potrebbe costituire un ostacolo all'evoluzione del sistema probatorio che deve tendere all'accertamento della verità, cfr. S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, *Quad. Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 75 ss.

lorizzare gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata».

C'è da augurarsi che, per l'epoca in cui la Corte d'appello di Roma, in funzione di giudice del rinvio, sarà chiamata a decidere la controversia, il legislatore nazionale sarà stato in grado di recepire la direttiva approntando adeguati accorgimenti tecnici.

3.2 L'accesso alla prova e il 'dialogo' tra Agcm e giudice civile

Nel caso in cui la condotta asseritamente illecita sia sottoposta ad indagine da parte dell'Agcm e non sia possibile acquisire altrimenti conoscenza di determinate prove (quelle indicate espressamente nell'art. 6), il giudice civile, su istanza di parte, dovrà poter ordinarne all'Autorità la «divulgazione» solo all'esito della chiusura del procedimento, ferme restando alcune limitazioni per quanto riguarda l'accesso alle informazioni legate a programmi di clemenza e a proposte di transazione (art. 6, paragrafi 6 e 7, in comb. disp. con l'art. 2, punti 16 e 18); diversamente, il giudice dovrà poter ordinare in qualunque momento la diffusione dei documenti e delle prove non indicate nell'art. 6, anche a prescindere, cioè, dalla conclusione del procedimento amministrativo.

Suscita perplessità quanto stabilito all'art. 7, paragrafo 3, in cui si afferma che le prove (che non rientrano nella previsione dei precedenti paragrafi 1 e 2) ottenute a seguito dell'accesso al fascicolo di un'autorità garante possano essere utilizzate solo da chi ha effettuato l'accesso o dal suo successore; in effetti, anche senza scomodare il basilare diritto, a fondamento e contenuto processuale, ad avvalersi di cose e documenti a fini probatori, indipendentemente da chi ne sia in possesso, parrebbe profilarsi un contrasto con il potere (art. 5) del giudice di ordinarne a terzi l'esibizione.

In sede di recepimento, occorrerà tener conto, per gli opportuni coordinamenti, della disciplina sul diritto di accesso agli atti del procedimento, considerata speciale rispetto a quella di cui agli artt. 22, 23 e 24 l. 7 agosto

1990, n. 241 e contenuta nell'art. 13 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217³¹.

La previsione della possibilità, per l'Agcm, di fornire un parere sulla proporzionalità delle «richieste di divulgazione» e di presentare osservazioni al giudice che emetta un «ordine di divulgazione» lasciano intendere, per un verso, che all'Autorità vada concesso un termine per resistere all'ordine del giudice e, se del caso, chiederne la revoca o la modifica; per l'altro, che difficilmente possa assumere la funzione di *amicus curiae*³².

Tra le righe delle norme, traspare l'intenzione del legislatore europeo di garantire e valorizzare, nei confronti del giudice civile, l'autonomia e quindi la discrezionalità dell'Autorità nell'esercizio delle sue prerogative, oltre che tutelare la riservatezza dei soggetti sottoposti al suo potere di controllo e sanzione, a scapito, forse, del ruolo di portatrice di interessi diffusi alla correttezza dei rapporti concorrenziali che, considerato l'impianto della direttiva, pure avrebbe potuto esserle riconosciuto³³; cionondimeno, non sembra possa considerarsi intaccato il ruolo di supporto e assistenza delle giurisdizioni nazionali che l'art. 15, paragrafo 3, Reg. Ce n. 1/2003 riconosce alle Autorità garanti per la concorrenza (oltre che alla Commissione) ai fini della corretta applicazione degli art. 81 (ora 101) e 82 (ora 102) del Trattato.

4. *Strumenti di effettività della tutela nelle azioni follow-on: la decisione dell'Agcm come 'vincolo' per il giudice civile*

L'art. 9, al paragrafo 1, dispone che le decisioni rese dall'Autorità garante nazionale o dal giudice del ricorso – cioè dal giudice amministrativo – dovranno essere considerate vincolanti per il giudice civile, nella misura

³¹ Cfr., da ultimo, l'art. 11 della delibera dell'Agcm del 1° aprile 2015, n. 25411.

³² Così, condivisibilmente, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 788.

³³ Pur nella consapevolezza che la figura dell'*amicus curiae*, propria degli ordinamenti di *common law*, riscuote maggior successo dinanzi alle corti statunitensi, rispetto a quelle inglesi, essa non può certo dirsi estranea alla tradizione giuridica europea (cfr. E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2003, p. 181 ss.; per approfondimenti, cfr. E. SILVESTRI, *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 679 ss.).

in cui consentono di accertare definitivamente nel giudizio ‘a valle’, cioè quello risarcitorio, la violazione del diritto della concorrenza.

Nessun limite, per il giudice civile, sembrerebbe sussistere nel caso in cui la decisione dell’Autorità (o del giudice amministrativo) sia di segno opposto, e cioè ritenga insussistente la violazione denunciata, il che, oltre a configurare un singolare caso di vincolo *secundum eventum*, segna una significativa differenza con quanto disposto dall’art. 16, paragrafo 1, Reg. Ce n. 1/2003 con riferimento al divieto di adottare decisioni in contrasto con quella, qualunque ne sia il segno, adottata dalla Commissione.

La formula scelta dal legislatore europeo impone di ritenere, inoltre, che l’accertamento della violazione, per vincolare il giudice civile, debba essere stato reso in via definitiva, vale a dire che la decisione dell’Autorità non deve essere più impugnabile ovvero che devono essere esauriti i rimedi impugnatori ordinari contro quella del giudice amministrativo.

Manca la previsione del dovere del giudice di evitare di porsi in contrasto con prevedibili decisioni dell’Autorità in procedimenti da quest’ultima avviati, ma non ancora conclusi; la direttiva, infatti, nulla dispone in ordine ad un’eventuale sospensione necessaria del processo civile, che dunque parrebbe doversi escludere (con l’unica ricordata eccezione della sospensione facoltativa del processo in cui sia esercitata un’azione classe *ex art. 140 bis*, 6° comma, cod. consumo).

Il cuore del problema consiste nel tentare di valorizzare la previsione dell’art. 9, paragrafo 1, della direttiva, al fine di garantire un concreto vantaggio per il consumatore che affermi una pretesa risarcitoria nel processo ‘a valle’, servendosi del provvedimento dell’Agcm per ritenere allegato e dimostrato in modo incontrovertibile un ‘pezzetto’ della fattispecie costitutiva del suo diritto; occorre però tener conto dell’attuale assetto dell’ordinamento interno, evitando stravolgimenti.

In Italia, il giudice civile è soggetto soltanto alla legge (e al precedente delle sezioni unite della Corte di cassazione, nei limiti dell’art. 374, 3° comma, c.p.c. nonché, in materia di concorrenza, alle decisioni, di qualunque segno esse siano, della Commissione europea ai sensi del Reg. Ce n. 1/2003); conosce *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali che si presentano nel corso del processo e, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ha il potere di disapplicare l’atto amministrativo ritenuto illegittimo; ai sensi dell’art. 8 c.p.a. «il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato,

di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso»; ai sensi dell'art. 2 c.p.p., «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo»; ai sensi dell'art. 75 c.p.p., è ammessa l'autonoma prosecuzione del giudizio civile per il risarcimento del danno e le restituzioni in pendenza di un processo penale «influyente»; ai sensi dell'art. 7 d.leg. 31 dicembre 1992 n. 546, le commissioni tributarie hanno il potere di non applicare un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, ritenuto illegittimo; ai sensi dell'art. 39 d.leg. n. 546/1992, nel prevedere la sospensione del processo tributario soltanto in caso di querela di falso e di questione di stato e capacità delle persone, si riconosce che le altre questioni pregiudiziali civili debbano essere conosciute *incidenter tantum*; ai sensi dell'art. 63 d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, nell'ambito del pubblico impiego il giudice del lavoro, qualora vengano in questione atti amministrativi presupposti rilevanti ai fini della decisione, li disapplica, se illegittimi; ai sensi dell'art. 5 l. 31 maggio 1995 n. 218, «il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta»; ai sensi dell'art. 819 c.p.c., «gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge».

La sospensione necessaria del processo, *ex art. 295 c.p.c.*, è tendenzialmente esclusa nei casi di mera contemporanea pendenza di processi aventi ad oggetto situazioni giuridiche in relazione di pregiudizialità e prevale la tendenza a restringerne l'ambito di applicazione ai (soli) casi di c.d. pregiudizialità interna, in cui il giudice, allorché la questione pregiudiziale si sia trasformata in causa, si trovi nella temporanea impossibilità di giudicare, sia pure *incidenter tantum*, non potendo provvedere all'attuazione del *si-*

*multaneus processus*³⁴.

Quella pendente davanti all'Agcm (o al giudice amministrativo) sarebbe dunque una questione che il giudice potrebbe conoscere *incidenter tantum*; il provvedimento amministrativo, se non condiviso perché ritenuto illegittimo, dovrebbe poter essere disapplicato; la contemporanea pendenza col giudizio amministrativo non dovrebbe determinare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c.; resterebbe precluso al giudice civile il potere di disapplicare l'atto qualora la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio tra le stesse parti e con autorità di giudicato³⁵, il che non costituisce però l'ipotesi tipica delle controversie *follow-on*, giacché il processo amministrativo e quello civile non si svolgono tra le stesse parti (impresa e Autorità, davanti al giudice amministrativo; consumatore e impresa, davanti a quello civile); quello del giudice amministrativo che conferma la decisione (e la sanzione) a carico dell'impresa sarebbe comunque

³⁴ Cfr. F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 292, il quale limita la sospensione necessaria alla ipotesi in cui l'impossibilità di trattazione congiunta della domanda principale e di quella di accertamento incidentale dipenda da ragioni di competenza inderogabile, di giurisdizione o di diversità di rito; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari 1987, p. 483 ss., spec. p. 501 ss.; ID., *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 1968 ss.; nonché S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile. Processo civile di cognizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1990, XLIII, pp. 18 e 36, secondo cui la sospensione opera laddove sia la legge ad imporre l'accertamento con efficacia di giudicato, mentre la domanda di accertamento incidentale non sarebbe invece di per sé sufficiente a determinare la trasformazione della questione in causa pregiudiziale, sempre allorché non sia possibile realizzare la trattazione simultanea.

³⁵ Cfr., in tal senso, la recente decisione resa da Cass. 2 aprile 2015, n. 6788, in *Foro it.*, Mass. 2015, col. 231; ma v., anche, Cass. 4 luglio 2014, n. 15393, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18, secondo cui «il giudicato amministrativo, anche se si forma sull'atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall'art. 2909 c.c.»; per riferimenti all'istituto della disapplicazione si rinvia, esemplificativamente, a R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in *Treccani – Diritto on line*, 2013, § 3 e ss.

un giudicato di rigetto, che, in linea di massima, non preclude all'impresa di far valere davanti al giudice ordinario – se del caso proprio in occasione dei giudizi *follow-on* – i vizi del provvedimento dell'Autorità che possano comportarne nullità o inesistenza³⁶.

Se la finalità è quella di valorizzare il principio affermato dalla direttiva, occorre chiedersi come trasferirlo, nell'ordinamento interno e se possa fornire qualche utilità scomodare le categorie concettuali del giudicato sulla questione di diritto, relativa alla violazione delle norme *antitrust*, ovvero far riferimento all'accertamento sul fatto denunciato, ovvero ancora tentare una diversa strada.

Nel primo caso potrebbe immaginarsi la configurabilità di un accertamento – quello compiuto in sede amministrativa, se del caso confermato dal giudice amministrativo – limitato al binomio «norma-fatto» della triade «norma-fatto-effetto», mentre al giudice civile non resterebbe che decidere sulla produzione dell'«effetto» come richiesto con la domanda giudiziale, e quindi sull'esistenza della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno; l'accertamento compiuto in sede amministrativa riguarderebbe dunque la sola «fattispecie preliminare»³⁷.

Residuerrebbe il non marginale problema della natura del vincolo, vale a dire il dubbio se alla decisione resa dall'Agcm sulla fattispecie preliminare possa riconoscersi – operando un'evidente forzatura – una qualche attitudine al «giudicato»³⁸ in grado di propagare i propri effetti *sub specie* di

³⁶ Cfr., infatti, Cass., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 769 ss., secondo cui «la sentenza con cui il giudice amministrativo abbia rigettato il ricorso promosso dal proprietario del terreno espropriando per ottenere l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità non preclude allo stesso di far valere davanti al giudice ordinario i vizi che comportano la radicale nullità di tale atto al fine di ottenere il risarcimento del danno e la restituzione del terreno occupato senza potere dalla p.a.; il giudicato amministrativo di rigetto accerta, infatti, solo la mancanza del diritto del privato a conseguire l'annullamento dell'atto impugnato e dei relativi fatti costitutivi ma non anche l'inesistenza giuridica del medesimo atto derivante dall'essere stato adottato in carenza di potere, salvo il caso in cui il giudice si sia pronunciato anche su tale questione pur difettando, eventualmente, di giurisdizione».

³⁷ Intesa, come suggerito da D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Giappichelli, Torino 2008, p. 292 ss., alla stregua di un accertamento della coppia *norma-fatto*, idoneo a porre «la regola (o regole) di qualificazione dei comportamenti delle parti secondo l'ordinamento».

³⁸ Sui complessi problemi connessi alla configurabilità del giudicato su questioni di diritto-

limitazione del potere di accertamento da parte del giudice civile.

Quand'anche si volesse prescindere dall'adattamento alle categorie concettuali proprie della tutela giurisdizionale dei diritti e si volesse immaginare la configurabilità, da parte del legislatore europeo, di un altro e non censito genere di vincolo per il giudice, occorrerebbe comunque fronteggiare:

– il problema della pretermissione delle garanzie del giusto processo con riferimento all'accertamento di quella porzione di fattispecie sulla quale è intervenuta la decisione dell'Autorità;

– il problema del pregiudizio patito dai titolari di posizioni a vario titolo definibili dipendenti: sarebbe il caso di quanti siano rimasti estranei all'intesa ma abbiano comunque allineato i loro prezzi (c.d. *umbrella pricing*), e siano poi chiamati a risponderne³⁹; questi ultimi, infatti, non sono coinvolti nel procedimento per l'accertamento dell'infrazione, sicché non sembra possano essere vincolati in sede civile dal provvedimento dell'Agcm, se non sacrificando garanzie processuali fondamentali⁴⁰.

Peraltro, occorrerebbe fare i conti con il generale potere di disapplicazione incidentale del provvedimento amministrativo, la cui eventuale limitazione rappresenterebbe una profonda crepa nell'assetto dei rapporti tra poteri dello Stato e sarebbe suscettibile di illegittimità costituzionale, alla luce del banale principio dell'art. 3 Cost.

Diversamente, sembra dover escludersi la possibilità di assimilare il provvedimento amministrativo ad una prova legale, giacché il disposto

to, si rinvia allo studio di D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., *passim*.

³⁹ Nel senso che che la vittima dell'*umbrella pricing* vada risarcita dai partecipanti al cartello, ma senza escludere che questi possano poi rivalersi su chi l'abbia concretamente praticato (v. la C. GIUST. UE, 5 giugno 2014, causa C-577/12, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*, in *Foro it.*, 2014, IV, col. 342 ss., con commento di R. PARDOLESI, *Il nuovo corso del «private enforcement» del diritto della concorrenza: sovrapprezzo praticato da impresa estranea al cartello e risarcimento del danno*); l'affermazione secondo cui le imprese colludenti rispondono del comportamento pur autonomo dell'impresa terza, avendone in un certo senso indotto la determinazione attraverso la distorsione dei dati – *rectius*, di uno dei dati, segnatamente il prezzo – che convergono a fondarne l'assunzione, è chiaro indice dell'attitudine espansiva degli effetti dell'illecito *antitrust* e dell'ampliamento dei soggetti legittimati a domandare giustizia.

⁴⁰ In tal senso, cfr. anche A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit., p. 2.

dell'art. 9, paragrafo 1, della direttiva non sembra riferirsi ai fatti, ma alla qualificazione giuridica degli stessi compiuta dall'Autorità⁴¹.

Ad ulteriore riprova, si consideri che, al successivo paragrafo 2, il legislatore europeo menziona espressamente il fatto come oggetto dell'accertamento e, coerentemente, impone ai legislatori interni di conferire al provvedimento dell'autorità di altro paese membro l'efficacia di una prova (*prima facie*).

4.1 *Un'ipotesi di compatibilità sistematica: il provvedimento dell'Agcm come fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno*

L'esigenza di recepire il principio per cui il provvedimento dell'Agcm debba vincolare il giudice civile non può non essere armonizzata con la garanzia dell'azione e del contraddittorio e con la regola della subordinazione del giudice soltanto alla legge; si tratta di principi fondamentali idonei a prevalere, in caso di contrasto fra valori costituzionali, finanche sul diritto internazionale consuetudinario (come ha dimostrato la recente decisione resa da Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238⁴²), il che lascia ipotizzare che un poco accorto trapianto dell'art. 9, paragrafo 1 della direttiva nell'ordinamento interno potrebbe condurre a fenomeni di 'rigetto', giustificati dalla teoria dei c.d. contro-limiti.

Al contempo, non è possibile prescindere dall'obbligo di fedele recepimento; la *voluntas* del legislatore europeo sembra imporre che la decisione dell'autorità garante nazionale sia dotata di una forza superiore rispetto a quella di un qualunque atto o provvedimento amministrativo (soggetto all'istituto generale della disapplicazione).

Il contemperamento di questi valori potrebbe forse conseguirsi ricostruendo la fattispecie acquisitiva del diritto al risarcimento del danno da condotta *antitrust* e concependo la decisione con cui l'Agcm reputi «defini-

⁴¹ Nel senso, invece, che l'art. 9, paragrafo 1, non possa che riferirsi ai fatti, v. A. GIUSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit., p. 2, anche 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, p. 313 ss.

⁴² In *Foro it.*, 2015, I, col. 1166 ss., con nota di A. PALMIERI e commento di A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controllimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*.

tivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza» alla stregua di un semplice fatto, in quanto tale costitutivo del diritto al risarcimento del danno azionato nei processi *follow-on*.

Non si tratterebbe di una novità, giacché, spostando l'attenzione sulle controversie vertenti sul contenuto di una situazione giuridica, in cui però è pacifico il criterio di imputazione, nel caso di provvedimenti costitutivi, la sentenza (*mutatis mutandis*, potrebbe valere analogo discorso per il provvedimento amministrativo) è un elemento della fattispecie acquisitiva (o estintiva) della situazione giuridica ed è appunto tale fattispecie (come un qualunque altro fatto di qualunque natura) a manifestare i suoi effetti nei confronti dei terzi⁴³; vale a dire, *mutatis mutandis*, che è il provvedimento con cui l'Agcm accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa ad essere un fatto, che col suo modo di essere e per il sol fatto di venir ad esistenza, contribuisce a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto del consumatore danneggiato.

La prospettiva sostanziale, alla luce della quale parrebbe chiaro il rapporto di pregiudizialità/dipendenza fra situazioni giuridiche (quella oppositiva vantata dall'impresa nei confronti della Agcm che ne intende sanzionare l'operato e quella di diritto soggettivo del singolo consumatore che pretende di essere risarcito per gli effetti dannosi subiti dall'illegittimità dell'operato dell'impresa, là dove la prima è un elemento della fattispecie costitutiva della seconda) consentirebbe di giustificare la prevista inesistenza del 'vincolo' nel caso in cui la decisione sia di segno contrario: se l'Agcm non ravvisasse gli estremi della violazione del diritto della concorrenza, non vi sarebbe alcun fatto costitutivo, fermi restando l'onere (*id est*, la possibilità), per il danneggiato che intenda proporre la domanda risarcitoria, di allegare altri fatti costitutivi del suo diritto, vale a dire quelli relativi alla configurabilità dell'intesa idonea a violare la legge, e il dovere del giudice di pronunciarsi sulla loro sussistenza.

Ulteriore vantaggio conseguibile perseguendo questa impostazione consisterebbe nell'aggiramento dei problemi collegati al potere di disapplicazione da parte del giudice civile.

Il provvedimento amministrativo, dunque, in quanto fatto costitutivo del diritto, dovrebbe essere conosciuto dal giudice a seguito di apposita al-

⁴³ Cfr. G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli 1979, p. 501 ss., spec. p. 511 ss.

legazione da parte del presunto danneggiato, che così potrebbe giovare di una considerevole facilitazione in ordine alla dimostrazione del suo diritto; l'impresa, dal canto suo, potrebbe pur sempre difendersi, davanti al giudice civile, nella pienezza del contraddittorio, allegando tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi, rispetto ai quali non potrebbe dirsi maturata alcuna preclusione.

Nel caso in cui, instaurato un giudizio *stand-alone*, la sentenza rigetti la domanda del consumatore e successivamente intervenga il provvedimento dell'Agcm, le *chances* di tutela non potrebbero (né dovrebbero) dirsi precluse.

Infatti, il sopravvenire di un nuovo e non deducibile fatto costitutivo del diritto dovrebbe dirsi in grado di legittimare la proposizione di una nuova e non preclusa azione risarcitoria, fondata cioè su fatti parzialmente diversi rispetto a quelli sui quali ha deciso il giudice e si è formato l'eventuale giudicato di rigetto.

Inoltre, in sede di recepimento, il nostro legislatore potrebbe mutuare il modello del § 580, n. 8, *ZPO*, aggiunto nel 2006 al fine di conformarsi a quanto stabilito dall'art. 46 Cedu e prevedere un nuovo motivo di revocazione della sentenza, da far valere nel caso di successivo provvedimento dell'Agcm che accerti la illiceità della condotta posta in essere dall'impresa vittoriosa e la sua contrarietà al diritto della concorrenza.

