

L'EFFICACIA VINCOLANTE DELLE DECISIONI DELL'AGCM NEL PROCESSO CIVILE. VERSO IL SUPERAMENTO DEI DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 13 DEL 2019*.

di Marialaura Rea**

Sommario. 1. Introduzione - 2. La relazione tra il *public* e il *private enforcement* - 3. Il principio di cooperazione nella Direttiva 2014/104/UE. 4 - I requisiti e i limiti sul funzionamento del meccanismo di semplificazione della prova - 5. Le principali osservazioni critiche - 6. Le argomentazioni a salvaguardia dell'art. 7 Decreto legislativo n. 3 del 2017 - 7. La prospettiva della Corte costituzionale nella sentenza n.13 del 2019 - 8. Considerazioni conclusive.

180

1. Introduzione.

La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, n. 104 ha previsto, all'articolo 9, che una violazione constatata da una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato sia ritenuta definitivamente accertata ai fini di un'eventuale azione risarcitoria dinnanzi ai rispettivi giudizi nazionali. Questo nuovo meccanismo favorisce la cooperazione tra i due canali sui quali è tradizionalmente fondato il sistema di *antitrust*, ovvero il *public* e il *private enforcement*, al fine di incentivare colui che è stato danneggiato da un'intesa o da un abuso di posizione dominante, a superare ogni possibile ritrosia nel chiedere un risarcimento per il danno subito. L'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE è stato recepito sul piano nazionale con l'articolo 7 del Decreto legislativo n. 3 del 2017. Questa norma, sin dalla sua introduzione, ha provocato un rilevante dibattito, giacché nel nostro ordinamento non si ritrova una previsione che in maniera simile coordini le decisioni amministrative e quelle dei giudici nazionali¹. In particolare, la specialità di tale meccanismo

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni Economico Sociali: profili normativi, organizzativi e storico – evolutivi – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ La letteratura sul tema di indagine è molto ampia: P. Cassinis, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in www.giustiziacivile.com, 2018; G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano, (a cura di) *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, *Atti del*

consiste nel superare la tradizionale distinzione tra *procedimento - provvedimento amministrativo* e *processo - sentenza*, attribuendo alla decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato effetti civili sostanziali e processuali.

È proprio l’unicità di tale meccanismo nel panorama dell’ordinamento nazionale che ha dato origine ad alcuni dubbi di compatibilità costituzionale dell’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017, quanto al possibile pregiudizio sia del diritto di difesa dell’impresa convenuta in sede civile, sia del principio costituzionale che sottopone il giudice soltanto alla legge. Pur tuttavia, queste

VI Convegno Antitrust, Trento 6-8 aprile 2017, 2018; G. Bruzzone e A. Saija, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* (*Private and Public Enforcement in the Aftermath of the Transposition of the Damages Directive*) in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2017, p. 9; G. Muscolo, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2017, p. 391; 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. e proc. civ.*, n. 3/2017, p. 991; R. Chieppa, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Ind.*, n. 4/2016, p. 314; E. Raffaelli e M. Bricchetto, *Public e private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie*, in *L'applicazione delle regole di Concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano (a cura di) *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 18-19 aprile 2013*, Trento, 2014; R. Rordorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, n. 7/2014, p. 784; M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle ANC nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 1/2014, p. 297; A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow-on per danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3/2013, p. 429; A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, n. 1/2015 p. 251; R. Caiazzo, *L'azione risarcitoria l'onere della prova gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in P. Cassinis e G. Galasso (a cura di) *Dizionario sistematico del Diritto della Concorrenza*, Napoli, 2013, p. 324; A. Pera, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. Bennacchio e M. Carpagnano (a cura di), *Atti del VI Convegno Antitrust, Trento 15-16 aprile 2011*, Trento, 2012; G. Muscolo, *Public e Private enforcement*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di) *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 1015; g. muscolo, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati e il ruolo dei giudici nazionali*, in G. Bruzzone (a cura di) *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008; A. Pera, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, G. Bruzzone (a cura di) *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008; R. Pardolesi, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 2/2008, p. 229. A livello europeo, si guardi: F. Marcos e B.J. Rodger, *Promotion And Harmonization Of Antitrust Damages Claims By Directive Eu/2014/104?*, in B. Rodger e M.S. Ferro e F. Marcos (a cura di) *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford University Press, 2018; J. Franck, F. Kroes, M. Negri e C. Prieto, *Binding effect of decisions of national authorities (implementation of the EU Damages Directive into Member State law*, in *Concurrences*, n. 3/2017, p. 37; W.P.J. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future* Wouter, in *World Competition: Law and Economics Review*, 2016, p. 3; K. Wright, *The Ambit of Judicial Competence After the EU Antitrust Damages Directive*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 15-40; A. Jones, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, in m. bergstrom – m. iacovides (a cura di) *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, London, 2016; R. Nazzini, *The effect of decisions by Competition Authorities in the European Union* in *Italian Antitrust Review*, n. 2/2015; S. Peyer, *The Antitrust Damages Directive – much ado about nothing?* in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Chentelham, 2015, p. 33; M.J. Frese, *Harmonisation of Antitrust Damages Procedures in the EU and the Binding Effect of Administrative Decision*, in *Review of European Administrative Law*, n. 7/2015, p. 27; J. Riffault, *The binding effect of National Competition Authorities decisions – Observations on Article 9 of the Commission proposal of directive on antitrust damages*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 3/2014, p. 549.

critiche – come meglio si provvederà a dire – appaiono nell’attuale contesto giuridico europeo e italiano per lo più immotivate, avendo il legislatore previsto diverse garanzie per salvaguardare la tutela del convenuto e l’autonomo convincimento del giudice, a prescindere dall’accertamento compiuto dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L’interesse ad approfondire, secondo una nuova chiave di lettura, la costituzionalità dell’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 – anche in virtù delle affermazioni della Corte costituzionale espresse nella sentenza n- 13/2019 – nasce dalla considerazione che il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, del giudice amministrativo, per il sindacato sul *public enforcement*, e del giudice ordinario, per il *private enforcement*, appaiono sempre più inseriti in uno sviluppo unitario. Invero, ciascuna di queste Istituzioni partecipa, collaborando, ad uno stesso procedimento complesso, scandito in tre passaggi, ognuno dei quali ha una incidenza ben visibile su quelli immediatamente successivi.²

Il presente studio per ragioni di ordine sistematico si svolgerà come segue: nei paragrafi 2 e 3 saranno evidenziate le similitudini e le differenze, quanto ad oggetto e a finalità, tra l’*enforcement* di *public* e quello di *private*, avendo l’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 introdotto uno speciale sistema di coordinamento tra i due. Nel paragrafo 4 si analizzeranno gli elementi costitutivi dell’articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017, mentre nei paragrafi 5 e 6 saranno approfondite rispettivamente le posizioni contro e a favore della legittimità dell’articolo in questione. Particolare attenzione sarà prestata all’analisi della sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale, dando rilevanza soprattutto ai passaggi che sono fondamentali per la nostra indagine circa la legittimità dell’attribuzione di un’efficacia vincolante alle decisioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile.

2. La relazione tra il *public* e il *private enforcement*.

Per garantire la massima efficacia delle regole della concorrenza è fondamentale che tali

² L’interesse al tema trattato è nato dalla partecipazione alla VII edizione del Trento *Antitrust Conference* che quest’anno è stato interamente dedicato agli strumenti di *private enforcement* e al convegno organizzato dall’*Associazione Antitrust italiana* dal titolo «La sentenza 13/2019 della CC e il carattere dell’AGCM». E da ultimo con la partecipazione all’importante convegno tenutosi lo scorso 13 novembre a Palazzo Spada, intitolato «Le Istituzioni della concorrenza».

regole siano assicurate attraverso il ricorso sia a strumenti di tipo pubblicistico, come quelli propri della Commissione europea e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, oppure attraverso quelli di tipo privatistico, propri del giudice ordinario, il quale deve garantire a chiunque³ il diritto di poter chiedere il risarcimento del danno subito, in conseguenza della violazione della disciplina *antitrust*.

È opinione consolidata che il *public* e il *private enforcement* devono costantemente interagire tra loro per tutelare adeguatamente il mercato concorrenziale, pur perseguendo finalità differenti. Mentre infatti l'obiettivo più diretto del *public enforcement* è eminentemente pubblico, poiché si sostanzia nella tutela dell'interesse a preservare e ripristinare il corretto gioco della concorrenza; il *private enforcement* garantisce, invece, la pretesa individuale ad ottenere un giusto ristoro a seguito del riconoscimento giudiziale del danno prodotto dalle violazioni delle norme *antitrust*⁴. Oltre alle finalità illustrate, i due sistemi rimediali si distinguono anche per le modalità operative: mentre le Autorità nazionali della concorrenza infliggono, in presenza di una violazione di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, sanzioni alla/e impresa/e responsabile/i, che può ammontare fino ad un massimo del 10% del fatturato complessivo⁵; diversamente, il giudice civile – in Italia, la Sezione specializzata del Tribunale delle Imprese – determina il valore del risarcimento secondo le ordinarie regole di riparazione dell'illecito civile, con la diversa e precipua finalità di riparare al torto subito, riportando il danneggiato nella situazione economica *quo ante* all'evento dannoso. Nonostante le su indicate differenze, il *public* e il *private*

³ L'espressione «chiunque» rimanda alla prima e ben nota sentenza in tema di *private enforcement* della Corte di Giust., 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, nella quale la Corte ha affermato che il diritto a poter chiedere il risarcimento del danno per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE spetta a chiunque, perfino all'impresa responsabile di aver partecipato al cartello.

⁴ *Ex multis*, G. Muscolo, *Le novità nei rapporti tra il Public e il Private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in www.antitrustitalia.it, 10 settembre 2015; G. Muscolo, *Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e mercato*, 1/2014, p. 287; A. Frignani., *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in *Dir. economia assicur.*, n. 4/2001, p. 1323; A. Toffoletto e L. Toffoletti, *I rapporti tra IPRs e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilanciamenti*, in *AIDA*, n. 1/2014, p. 337; R. Pardolesi, *Alla volta dell'Antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2016, p. 141; R. Pardolesi, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Il foro italiano*, n. 1/2014, p. 2; B. Giliberti, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della Direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, n. 1/2015, p. 154; *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2016, p. 77.

⁵ Sulle finalità della politica sanzionatoria dell'AGCM, volte sia a punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite dalla reiterazione delle stesse (c.d. deterrenza specifica), sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati (c.d. deterrenza generale), si veda: AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, in www.agcm.it, 22 ottobre 2014, n.25152.

enforcement rappresentano i due pilastri sui quali regge l'attuale sistema dei rimedi *antitrust* ed è solo dalla loro interazione, come sottolinea il *Considerando n. 6* della Direttiva 2014/104/UE, che si può assicurare la massima efficacia delle regole della concorrenza⁶.

Tuttavia, il principio dell'efficace cooperazione tra il *public* e il *private enforcement*, nonostante sia stato già affermato negli articoli 15 e 16 del Regolamento (CE) 1/2003, rispettivamente rubricati, «Cooperazione con le giurisdizioni nazionale» e «Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza», non ha raggiunto, per le ragioni che verranno esaminate di seguito, piena attuazione fino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE⁷. In primo luogo, il principale ostacolo ad un'efficace interazione tra i due sistemi di tutela è dipeso dal «totale sottosviluppo»⁸ delle azioni di risarcimento del danno, causato, a sua volta, dalle speciali difficoltà probatorie esistenti per questo tipo di controversie. La disamina della prassi, infatti, ha posto in evidenza che il consumatore danneggiato da un cartello o da un abuso di posizione dominante versava, soprattutto nelle cause di *stand-alone* - per le quali il problema è pressoché immutato anche dopo l'adozione della Direttiva - nell'impossibilità pratica di fornire le prove dei fatti poste a fondamento della sua pretesa giuridica, non avendo egli accesso a tutti quei documenti che contengano gli accordi, le relazioni commerciali tra imprese, la fissazione del prezzo o le altre condizioni di pagamento, che sono, quasi sempre, posseduti dalla parte responsabile.

L'effetto finale di questo fenomeno, che in letteratura prende il nome di asimmetria informativa, è stato proprio quello di disincentivare il ricorso all'azione di risarcimento del danno per le violazioni delle regole della concorrenza, pregiudicando, in tal modo, il

⁶ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*.

⁷ Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, è stato il primo atto di quella riforma più generale chiamata «Pacchetto modernizzazione», il cui scopo era mettere a disposizione della Commissione europea nuovi poteri e procedure *antitrust* per la creazione di un mercato concorrenziale più solido. Per un approfondimento si veda: Commissione Europea, *La Commissione porta a termine la modernizzazione delle disposizioni di applicazione delle regole antitrust dell'UE*, in www.europa.eu/rapid/rapid_release_press, 30 marzo 2004.

⁸ L'espressione «totale sottosviluppo» compare per la prima volta nel Libro Verde, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2005/0672 def., in cui la Commissione ha affrontato il tema delle condizioni e degli ostacoli inerenti alle domande di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* comunitario. Al Libro Verde, ha fatto seguito il Libro Bianco, *In materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2008/165 def.

funzionamento del sistema pubblico/privato dei rimedi *antitrust*.⁹

In secondo luogo, a questa inefficienza strutturale del sistema, si aggiungeva un altro problema – non meno importante – cioè che la disciplina del *private enforcement* era, fino all'adozione della Direttiva 2014/104/UE, totalmente di fonte giurisprudenziale, essendo stata delineata, nel corso degli anni, per principi, unicamente dalle pronunce della Corte di Giustizia. La precedente natura giurisprudenziale del *private enforcement* aveva generato marcate ed evidenti differenze tra gli Stati membri circa le norme che disciplinavano le azioni per il risarcimento del danno. In termini pratici, l'assenza di una disciplina uniforme sulle regole e sulle procedure da seguire per esperire un'azione di risarcimento ha determinato nel corso degli anni un substrato di incertezza che ha permesso alle imprese responsabili di essere in un certo senso incentivate più che dissuase – in chiave general/special preventiva – alla commissione di future violazioni¹⁰.

3. Il principio di cooperazione nella Direttiva 2014/104/UE.

L'asimmetria informativa in cui versa la parte danneggiata e l'incertezza del sistema normativo di riferimento sono state le principali cause che hanno stimolato il 26 novembre del 2014 il legislatore europeo ad adottare la Direttiva 2014/104/UE, sebbene dopo un lungo periodo di riflessione che è cominciato nel 2005 con la pubblicazione del «Libro Verde». Alla luce di tali problematiche si deve evidenziare che la Direttiva 2014/104/UE ha perseguito specificamente due obiettivi: da un lato, ha permesso all'attore nel processo civile di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti in possesso della controparte e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, senza dover prima specificare gli elementi atti ad individuarle e, dall'altro, ha per di più garantito una maggiore certezza del diritto mediante l'uniformazione delle regole e delle procedure in tutti gli Stati membri.

Il perseguimento di questi due obiettivi è strumentale al raggiungimento di un'ulteriore finalità – specificamente perseguita dal legislatore europeo con l'adozione della Direttiva 2014/104/UE al *Considerando n. 34* – ovvero di implementare il ricorso agli strumenti di

⁹ Sul punto, Libro Verde, cit., par. 2.1.

¹⁰ Sul punto, Libro Bianco, cit., par. 1.1.

private che fino ad allora erano stati sotto-utilizzati¹¹. Proprio in virtù di ciò, molti Autori¹² nel commentare la Direttiva 2014/104/UE avevano ipotizzato che il principale effetto della sua attuazione sarebbe stato quello di realizzare un incremento esponenziale del ricorso al *private enforcement* così da far scivolare in secondo piano gli strumenti di tipo pubblicistico. Tale supposizione non sembra, tuttavia, a parere di chi scrive, aver colto nel segno¹³. Infatti, alla luce dei dati¹⁴ ottenuti dopo più di un anno dall'entrata in vigore in Italia del D.lgs. n. 3/2017¹⁵, appare evidente che un'eventuale prevalenza del *private* sul *public enforcement* si sarebbe realizzata solo qualora il legislatore europeo avesse previsto un modello risarcitorio ispirato ai criteri di tipo punitivo – opzione che, del resto, era stata oggetto di discussione nella fase preparatoria, ma alla quale è stata preferita, invece, una liquidazione dei danni meramente ripristinatoria.¹⁶ Inoltre, adottando una prospettiva più ampia, non limitata alla sola analisi della Direttiva 2014/104/UE, ma esaminando anche la recentissima Direttiva 2019/1/UE in tema di concorrenza, si può invece sostenere che il legislatore europeo non solo continui a concepire il sistema di *enforcement* fondato sul

¹¹ Vedi *supra*.

¹² *Ex multis*, G. Bruzzone e A. Saja, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1/2014, p. 258; M. Casoria, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2015; S. Marino, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contratto impresa, Europa*, n. 1/2014, p. 75; C. Tesauro, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2011, p. 428; P. Iannuccelli *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. UE*, n. 4/2012, p. 709; P. Comoglio, *Note ad una prima lettura del D. Lgs. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e proc. civile*, n. 3/2017, p. 991; S. Lopopolo, *Il recepimento italiano della direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017.

¹³ In occasione del VII Convegno di Trento, la Dott.ssa Marina Tavassi, Presidente della Corte di Appello di Milano, ha riportato i seguenti dati circa la giurisprudenza milanese: considerando come periodo di riferimento il contenzioso che va dal 2012 al 2018: il totale del numero dei provvedimenti è stato di 103 di cui 70 in primo grado e 33 in secondo grado. In primo grado sono state accolte 34 domande, rigettate 36 di cui 33 per insufficienza di prova e 2 per questioni di rito. In secondo grado sono state invece accolte 11 domande per il risarcimento del danno. In primo grado, il 74% di questo contenzioso civile è *follow-on*; mentre il 19% è *stand alone* (percentuale molto che si sottolineava essere molto alta rispetto agli Paesi europei). Mentre in secondo grado, l'82% delle domande proposte è *follow on*; il 18% *stand alone*.

¹⁴ I dati presi come riferimento sono estrapolati dalla Relazione annuale del Tribunale di Milano, nella parte dedicata ai lavori della Sezione specializzata in materia di Impresa. Per una lettura completa, si consiglia la consultazione: https://www.tribunale.milano.it/index.phtml?Id_VMenu=351&daabstract=135.

¹⁵ Per un'analisi completa del D.lgs. n. 3/2017, Cfr. P. Cassinis., *D. Lgs. 3/2017, recepimento della Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento danni antitrust: efficacia delle decisioni in sede civile ed assistenza nella quantificazione dei danni*, in www.agcm.it, 24 febbraio 2017. AGCM, *D. Lgs. 3/2017, recepimento della direttiva 104/2014, in materia di private enforcement: profili problematici e applicativi*, in www.agcm.it, 24 febbraio 2017.

¹⁶ Sul punto, si rinvia: Dossier di Documentazione, *Schema di decreto legislativo recante 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*, in www.camera.it, 10 novembre 2016.

primato delle Autorità nazionali della concorrenza dei vari Stati membri, ma che addirittura intenda potenziare il loro ruolo, attribuendogli ulteriori poteri istruttori e incentivando gli strumenti per lo scambio delle informazioni tra le Autorità della Rete.¹⁷

D'altro canto, rimane comunque vero che la facoltà del privato di ottenere un risarcimento del danno per la violazione del diritto della concorrenza è stata agevolata dalla Direttiva 2014/104/UE, specialmente attraverso la previsione dei nuovi meccanismi di coordinamento tra il sistema di *public* e *private*. In particolare, essi sono contenuti nell'articolo 6¹⁸, il quale disciplina le modalità in base alle quali i giudici nazionali ordinano la divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'Autorità garante, e nell'articolo 9, che disciplina l'effetto delle decisioni dell'autorità dinnanzi al giudice civile¹⁹.

L'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE, trasfuso nell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – a cui si dedicherà specificamente la nostra attenzione – è la norma che meglio di tutte favorisce il coordinamento tra gli strumenti di *public* con quelli di *private enforcement*, attribuendo alla decisione definitiva dell'AGCM il valore di prova vincolante nel giudizio per il risarcimento del danno²⁰. L'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 rappresenta per le sue peculiarità una novità nel nostro sistema giuridico²¹. Invero, a conferma dell'effetto rivoluzionario introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 e dell'interesse della materia trattata, vi è il dibattito che si è acceso sul c.d. *binding effect* tra gli specialisti della materia, sino al punto

¹⁷ Ci si riferisce alla recentissima Direttiva 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che *conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno*.

¹⁸ Già nel lontano 1992, la Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, *Direction general de Defensa de la Competencia c. Asociación Española*, aveva sottolineato che per garantire l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie in materia di concorrenza è opportuno assicurare la piena efficacia dei provvedimenti adottati dalla Commissione e dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza. Uno degli strumenti individuati dalla Corte, in questa pronuncia, per raggiungere tale fine è la richiesta di informazioni, grazie alla quale la Commissione può ottenere e confrontare le varie informazioni ottenute. Pur sostenendo l'importanza dello strumento, la Corte ribadisce che la richiesta di informazioni deve sempre svolgersi nel pieno rispetto del diritto di difesa per l'impresa e del segreto di ufficio.

¹⁹ Sulle differenze, seppur minime, tra l'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE e l'articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 si rinvia a P. Manzini, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017. Interessante per le argomentazioni sviluppate, 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*, Aracne, 2016.

²⁰ Per un approfondimento del secondo comma dell'articolo 7 D.lgs. n. 3/2017 si rinvia alla lettura di C. Fratea, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione Europea: profili europei, internazionali-privatistici e interni*, Napoli, 2015; 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 del diritto della concorrenza*, cit.

²¹ Sul punto per interesse, A. Pezzoli e G. Sepe., «Public» e «private enforcement»: *c'è danno e danno...*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2018.

che alcuni di questi hanno addirittura mosso contro la norma dubbi di costituzionalità, ritenendo che fosse lesa sia il diritto di difesa del soggetto convenuto nel processo civile, sia il principio di cui all'articolo 101 Costituzione che sottopone il giudice solo ed esclusivamente alla legge.²²

4. I requisiti e i limiti del meccanismo di semplificazione della prova.

L'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 descrive un meccanismo speciale che semplifica il raggiungimento della prova per i fatti posti a sostegno della domanda di risarcimento del danno per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale meccanismo è anche usualmente denominato, in virtù dell'effetto prodotto, di *binding effect*, poiché con esso il legislatore europeo ha attribuito alla constatazione di un'infrazione accertata dall'Autorità nazionale della concorrenza il valore di prova nell'ambito di un giudizio per il risarcimento che si svolge dinanzi al giudice civile²³. Nonostante la sua specialità, esso è conforme alle ordinarie regole civilistiche sul riparto dell'onere della prova, sicché spetta alla parte danneggiata dover dimostrare i fatti costitutivi a sostegno della sua pretesa giuridica. Diversamente, il convenuto, per vedere accolte le sue ragioni, dovrà dimostrare che già esistevano o sono sopravvenuti fatti estintivi o modificativi dell'altrui diritto²⁴. Il legislatore europeo ha preferito adottare questa opzione, rispetto a quelle altre che prevedevano l'inversione dell'onere della prova – ipotesi che pure erano state oggetto di esame – perché essa appariva, *prima facie*, meno invasiva verso l'impianto tradizionale dell'azione di risarcimento del danno. Tuttavia, tale soluzione, pur non sconvolgendo il tradizionale sistema delle prove civili, ha sollevato, a causa della sua specialità nel

²² Corte cost., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura e il Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, C. Celentano (a cura di), reperibile all'indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_278.pdf, marzo 2015.

²³ 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*, n. 1/2014, p. 297; D. Ruggiero, *The effect on private enforcement of the Commission's and national competition authorities decisions: an Italian perspective*, in B. Cortese, (a cura di) *Eu competition law: between public and private enforcement*, 2014, p. 129. In particolare, I. Taccari, *Gli effetti delle decisioni*, cit., ritiene che l'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE persegua le finalità espresse dal Considerando 34 della Direttiva citata.

²⁴ G. Muscolo, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 3/2017, l'A. definisce il nuovo sistema della prova delineato dalla Direttiva 2014/104/UE, per le sue peculiarità, come “un microsistema di diritto delle prove con elementi di netta specialità rispetto al sistema generale, atto a costituire un paradigma piuttosto avanzato in argomento”.

panorama giuridico italiano, diversi dubbi di costituzionalità. È stato, infatti, sostenuto che la norma in esame violasse sia il diritto di difesa della parte resistente nel processo civile sia l'autonoma valutazione del giudice ordinario²⁵.

Quanto alle ragioni che hanno condotto all'adozione del meccanismo di semplificazione, sono esplicitate dalla lettura dei *Considerando n. 34* della Direttiva 2014/104/UE, il quale recita che «[...] per migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori, la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere messa in discussione in successive azioni per il risarcimento».

Dalla lettura della previsione normativa, appare evidente che lo speciale meccanismo qui descritto funziona esclusivamente per le cause *follow-on*, mancando per quelle *stand-alone* un precedente accertamento dell'Autorità nazionale della concorrenza. In particolare, il primo comma dell'articolo , D.lgs. n. 3/2017 instaura una speciale relazione di efficacia unilaterale tra due autorità statali del tutto indipendenti tra loro: da un lato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, dall'altro, il giudice civile, attribuendo alla decisione della prima il valore di «prova vincolante» nell'ambito dell'autonoma sede civile²⁶. È in realtà proprio questa relazione che ha destato in alcuni Autori qualche perplessità, dal momento che essa potrebbe sembrare collidere con il concetto di autonomia che ontologicamente appartiene all'organo giurisdizionale, per il fatto che la decisione del

²⁵ Un interessante commento critico è offerto da E.A. Raffaelli, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in *Federalismi.it*, 17 luglio 2019.

²⁶ Si veda, R. Chiappa, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, 3 marzo 2014. Per un approfondimento, si consiglia la lettura: G. Muscolo, *The relationship between public and private antitrust enforcement: general and institutional aspects*, in *L'impatto della nuova direttiva*, cit., p. 15; P. Iannuccelli, *La base giuridica della Direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il regolamento 1/2003*, in *L'impatto della nuova direttiva*, cit., p. 25. Ancora sul rapporto *public e private enforcement*, L. Vasques, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, n. 8/2012; M. Santise, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016, p. 1267; P. Sabbatini, *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2010, p. 356; P. Iannuccelli, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 4/2012, p. 709; G. Ioannides, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Giornale amministrativo*, n. 2/2015, p. 252; L. Miccoli, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/2014 e del D. Lgs. 3/2017*, in *Jus civile*, n. 4/2017, p. 348.

giudice civile deve essere conforme a quanto precedentemente accertato, in via definitiva, dall'AGCM²⁷.

In realtà, il legislatore si è comunque premurato di assicurare la tutela del diritto di difesa e l'autonomia della valutazione del giudice civile, mediante la previsione di precisi requisiti e limiti di cui all'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017, al cui rispetto è subordinato il dispiegamento dell'efficacia vincolante del provvedimento dell'AGCM nel seguente giudizio²⁸. Dall'esegesi della norma, si evince infatti che il primo elemento dell'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 che assicura il diritto di difesa dell'impresa convenuta è la definitività del provvedimento dell'AGCM. In particolare, una decisione diventa definitiva in via alternativa, o quando il provvedimento amministrativo che accerta la responsabilità di colui che ha violato le regole della concorrenza sia stato già impugnato dinnanzi agli organi giurisdizionali amministrativi – Tribunale amministrativo regionale ed eventualmente dinnanzi al Consiglio di Stato – oppure nel caso in cui il destinatario, non ritenendo opportuno impugnare il provvedimento, abbia lasciato decorrere gli ordinari termini di impugnazione. Quindi solo una volta che la decisione è divenuta definitiva acquista quei connotati di stabilità degli effetti e di incontestabilità, che assicurano che quanto deciso dall'AGCM non potrà più essere messo in discussione in una sede giudiziaria.

Il requisito della definitività in virtù dell'*iter* che ha seguito il provvedimento, è già di per sé fonte di garanzia per l'impresa sanzionata, la cui responsabilità è accertata, con pienezza, da due diversi organi: in prima istanza dall'AGCM e in seconda istanza dalla giustizia amministrativa (ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. l e 134, comma 1, lett. c del c.p.a.). Peraltro, nel trattare il complesso procedimento che porta la statuizione a divenire definitiva, non si può non richiamare l'attenzione, per le rilevanti ricadute pratiche, al principio di diritto reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel caso c.d.

²⁷ Tali dubbi hanno riportato all'attenzione degli studiosi l'indagine sulla natura, amministrativa o para-giurisdizionale, delle autorità indipendenti. Si veda per un approfondimento, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 2006, p. 165; nello stesso volume, C. Franchini, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 69 ss., L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, p. 56 ss.; si veda anche, tra gli altri, G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; E. Camilli e M. Clarich, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in m. D'Alberti (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, p. 111 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; f. cintoli, *Discrezionalità tecnica*, in *Annali*, 2/2008, p. 2.

²⁸ M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia antitrust*, in M. Maugeri e L. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2008.

«Menarini»²⁹, attribuendo natura sostanzialmente quasi penale agli illeciti *antitrust*, alla luce dei criteri *Engels*³⁰, ha imposto di estendere al procedimento amministrativo dinnanzi all'AGCM le garanzie riconosciute nel processo penale, come il diritto al contraddittorio tra le parti e la presunzione di innocenza. Nella più recente sentenza 4 marzo 2014, meglio nota come «Grande Stevens», la Corte di Strasburgo ha affermato, incidentalmente, che il procedimento dinnanzi all'AGCM è conforme all'articolo 6 CEDU, essendo garantiti tanto il contraddittorio, grazie allo strumento della comunicazione delle risultanze istruttorie agli interessati e al carattere pubblico dell'udienza; quanto l'imparzialità dell'organo decidente, in ragione della adeguata separazione organico-funzionale tra gli uffici³¹.

Passando ad esaminare il contenuto dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, la decisione dell'AGCM che costituisce elemento di prova nel successivo giudizio civile e accerta la responsabilità dell'impresa di aver violato le regole *antitrust*, mostra come la portata del meccanismo di semplificazione probatoria, essendo limitata ai soli provvedimenti che contengono un accertamento sull'infrazione, abbia un'applicazione, in realtà, molto più ridotta di quanto astrattamente si possa immaginare: sono infatti esclusi i provvedimenti di *settlement*³², poiché con essi l'Autorità patteggia la sanzione con il privato, senza accertare la responsabilità dell'impresa; ma soprattutto sono esclusi espressamente i *leniency programmes*, poiché il comma 4, articolo 5, D.lgs. n. 3/2017, che sul punto è più preciso della Direttiva 2014/104/UE, segrega tutte le prove aventi ad oggetto le dichiarazioni rese nell'ambito di un programma di clemenza, poiché altrimenti sarebbe gravemente pregiudicato l'interesse a ricorrere a tale strumento e il suo efficace funzionamento³³.

²⁹ Corte Eur. dir. Uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics Srl c. Italia*. Per un commento, S. Gobbato, *Art. 6 CEDU e sindacato giurisdizionale dei provvedimenti delle "Autorità amministrative indipendenti": un problema solo italiano?*, in www.diritticomparati.it, 17 ottobre 2011. La questione era già stata prospettata in precedenza in dottrina, come evidenzia, R. Caranta, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica (a cura di) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 245.

³⁰ Corte EDU, 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

³¹ In tale pronuncia la Corte EDU ha ritenuto che sarebbe violato, alla luce dei criteri *Engels*, il principio del *ne bis in idem* qualora in considerazione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni delle Autorità amministrative venisse avviato un successivo procedimento penale.

³² Circa le procedure che per giungere ad una soluzione di patteggiamento per le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, si rinvia all'indirizzo: ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html. Si dà conto che sono in corso di approvazione delle Linee guida per l'attuazione dei *settlement*.

³³ Per un inquadramento generale sul funzionamento dei programmi di clemenza, si consiglia la lettura della apposita sezione dedicata al tema dalla Commissione Europea, reperibile al seguente indirizzo: ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html. In letteratura, *ex plurimis*, m. clarich, *Programma di clemenza*, in *Diritto amministrativo*, 2/2007, p. 265; g. amato, *Il gusto della libertà – L'Italia*

Con particolare riferimento agli elementi che avranno valore di prova nel giudizio civile, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 individua, sul piano oggettivo, la natura della violazione, nonché il suo ambito materiale, temporale e territoriale; sul piano soggettivo, l'efficacia esclusivamente personale della prova dell'infrazione. Appare così chiaro che il legislatore, prevedendo specificamente gli elementi del danno che risultano già provati, ha voluto garantire che tra il procedimento che coinvolge l'Autorità garante e il processo dinanzi al giudice civile vi fosse una coincidenza di accertamento sia sul piano oggettivo, cioè circa le modalità di manifestazione della violazione, sia sul piano soggettivo, circa l'impresa o la pluralità di imprese responsabili. Inoltre sempre al fine di non pregiudicare il diritto alla difesa della parte convenuta, la norma esclude espressamente dallo spettro di quanto è già accertato dall'AGCM il nesso di causalità e, ovviamente, la quantificazione del danno, poiché entrambi gli elementi garantiscono che il giudice compia autonomamente la sua valutazione senza essere sottoposto al precedente accertamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

5. Le principali osservazioni critiche: la lesione del diritto di difesa e dell'autonomia del giudizio.

Lo speciale meccanismo di cui all'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, ideato per perseguire la preminente finalità di coordinamento tra gli strumenti di *public* e quelli di *private enforcement* – così il *Considerando n. 34* della Direttiva 2014/104/UE – è stato a causa della sua unicità, sin dalla sua prima comparsa al punto 2.3 del *White Paper* del 2008, al centro di molteplici dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale. In particolare, si è ritenuto che potesse pregiudicare il diritto di difesa dell'impresa convenuta nel processo per il risarcimento e, parimenti, il principio costituzionale che sottopone il giudice soltanto alla legge³⁴.

e *l'antitrust*, Bari, 1998, p. 5; M. Monti, *Fighting cartels. Why or how? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, in *Third Nordic Competition policy conference*, 11 dicembre 2000; N. Kroes, *The first hundred days*, *International forum on European Competition Law-Bruxells*, in *europa.eu.int.rapid*, 7 aprile 2005; M. Motta e M. Polo, *Antitrust, Economia e Politica della concorrenza*, Bologna, p. 152; g. spagnuolo, *Leniency Paper*, in *www.cepr.org/pubs/dps*, 10 ottobre 2016.

³⁴ Sui principali dubbi di costituzionalità sull'art. 7, si rinvia a F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Il Diritto Industriale*, 3/2016, p. 252 s; D. Porena, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D.*

Innanzitutto in dottrina, alcuni Autori hanno sostenuto che il principio costituzionale di sottoposizione del giudice solo e soltanto alla legge sarebbe violato nella parte in cui l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 attribuisce alla decisione dell'AGCM, non solo la natura di provvedimento amministrativo, nel quale è accertata la violazione della disciplina *antitrust*, ma anche di presupposto sostanziale – processuale cui sono collegate conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio. In altri termini, attribuire il valore di prova vincolante alla decisione dell'AGCM nel processo civile porterebbe a superare la tradizionale autonomia dei rapporti tra *procedimento - provvedimento amministrativo*, da un lato, e *processo - sentenza civile*, dall'altro; realizzando invece una fusione di effetti che limiterebbe considerevolmente il libero convincimento del giudice nell'accertamento dell'esistenza degli elementi per il risarcimento del danno³⁵. In senso conforme, seppur risalente nel tempo, si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha osservato che «sarebbe certamente illegittima una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice ad una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per il caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giudiziale»³⁶. È stato parimenti sostenuto che il principio in base al quale a ciascuno deve essere consentito di resistere alla domanda, nel pieno contraddittorio con la controparte processuale, sarebbe irrimediabilmente compromesso, sia nella forma sia nella sostanza, dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, non potendo il convenuto difendersi con tutti gli strumenti predisposti dal codice civile e da quello processuale al pari dell'attore. Risultando per questi motivi il convenuto irrimediabilmente svantaggiato nella possibilità di affermare le sue pretese.

Le preoccupazioni mosse da una parte della dottrina nei confronti del vigente articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sono in buona sostanza le stesse che sono state sollevate nel lontano 2008 nei confronti del *White Paper*. Difatti, le Autorità italiane – la Corte di Cassazione, l'AGCM, Confindustria e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – chiamate ad esprimere il loro parere sulle previsioni del *White Paper*, hanno osservato con argomentazioni più o

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 alla soggezione del giudice alla legge... ed alla Autorità antitrust?, in *Federalismi.it*, n. 7/2018; A. Frignani, *La Cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow-on*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, n. 3/2013, p. 291 ss.; A. De Santis, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto nel processo civile*, in C. Giustacoli (a cura di), *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017.

³⁵ D. Porena, *Rilievi ed osservazioni*, cit.

³⁶ Così, Corte Cost., sent. 23 maggio 1964, n. 40.

meno simili tra loro che il meccanismo di «[...] *binding effect of decisions adopted by competition authorities*» si sarebbe inserito nell'ambito delle regole di formazione della prova civile in modo *del tutto eccentrico*³⁷.

Invero, dalla lettura delle osservazioni rese dalla Corte di Cassazione al «Libro Bianco» si evince che la stessa ritenesse che l'efficacia vincolante attribuita alle decisioni dell'Autorità nazionali della concorrenza non potesse considerarsi in nulla simile, se non per il risultato finale di vincolare il giudice a quanto precedentemente accertato, all'articolo 651 c.p.p., il quale, nel collegare i due giudizi, attribuisce alla sentenza penale di condanna valore nel giudizio civile o amministrativo limitatamente alle restituzioni e al risarcimento del danno.³⁸ Secondo la Suprema Corte, tra il meccanismo di cui al codice di procedura penale e quello descritto dal D.lgs. n. 3/2017 ci sarebbero delle evidenti e marcate differenze, fondate soprattutto sulla diversa natura dei soggetti coinvolti. Mentre la portata applicativa dell'articolo 651 c.p.p. riguarda esclusivamente due autorità preposte entrambe all'esercizio della funzione giurisdizionale, anche se una opera nell'ambito penale e l'altra in quello civile; l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 interessa un soggetto amministrativo e uno giurisdizionale, astrattamente preposti a svolgere funzioni differenti. La Corte di Cassazione ha altresì messo in evidenza le diverse finalità dei due istituti: mentre all'Autorità garante preme assicurare un accertamento pubblico per garantire e ripristinare il corretto gioco della concorrenza; diversamente, al giudice civile, nell'ambito dell'azione per il risarcimento del danno, spetta esclusivamente la tutela dell'interesse del privato.

Di simili considerazioni è stata anche l'AGCM³⁹ la quale, ha sostenuto che l'introduzione del meccanismo di semplificazione probatoria non avrebbe potuto essere inserito nel nostro ordinamento, mancandole una sufficiente base giuridica. L'AGCM ha asserito inoltre che attribuire un'efficacia vincolante alle proprie decisioni avrebbe inciso «in maniera molto

³⁷ S. Baratti e 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 e antitrust e giurisdizione*, in F.R. Dal Pozzo e B. Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.

³⁸ Cass., *Osservazioni a seguito dell'approvazione del White Paper in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 11 luglio 2008.

³⁹ Le opinioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono espresse nella persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, *Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco della Commissione Europea in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 16 luglio 2008.

significativa sui diritti di difesa in giudizio» dell'impresa convenuta, così da pregiudicare il suo pieno potere di provare i fatti contrari rispetto a quelli posti a base dell'accertamento pubblico. In maniera conforme alle analisi della Corte di Cassazione e dell'AGCM si sono orientate le osservazioni di Confindustria che, chiamata ad esprimere la sua posizione circa la *Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme antitrust comunitarie* – in qualità di principale associazione di rappresentanza delle imprese manifatturiere in Italia – ha sostenuto che il meccanismo del *binding effect* avrebbe creato una sorta di pregiudizialità che si sarebbe risolta in un *favor* per l'attore. In particolare, Confindustria ha sostenuto che tale facilitazione per la parte che agisce al fine di chiedere il risarcimento del danno *antitrust* si sarebbe concretizzata in un evidente svantaggio in termini di difesa per la parte resistente, dal momento che l'effetto vincolante delle decisioni dell'AGCM avrebbe valore nel giudizio civile solo e solamente quando contenga un accertamento positivo circa l'avvenuta violazione degli articoli 101 e 102 TFUE⁴⁰.

Ha aggiunto al riguardo la Presidenza del Consiglio dei Ministri che: «[...] le Autorità italiane ritengono che la proposta avanzata dalla Commissione non rivesta nessuna utilità, dal momento che da quanto è emerso nel corso delle consultazioni e da una verifica casistica, i rilievi e le risultanze contenuti nei provvedimenti delle Autorità garanti della concorrenza, di fatto, hanno sempre rappresentato un punto di riferimento privilegiato per i giudici di gran parte degli Stati membri, i quali, nell'ambito del libero apprezzamento delle prove, non si sono mai discostati da tali risultanze. [...] Il fine di perseguire una certa omogeneità di valutazioni tra Autorità nazionali e giudici potrebbe essere raggiunto prevedendo che le decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza, una volta divenute definitive, determinino in sede di giudizio una inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato [...]»⁴¹.

Tutte le considerazioni sopra riportate, espresse dalle Autorità italiane interrogate nel 2008 a seguito dell'approvazione del «Libro Bianco», sono al momento superate, perché in sei anni – nel 2014 è stata adottata la Direttiva 104/UE – il panorama giuridico europeo ed italiano è profondamente mutato. Il cambiamento economico che ha interessato l'Europa negli ultimi anni ha reso necessario l'introduzione di un meccanismo come quello

⁴⁰ Confindustria, *Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme antitrust comunitarie*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments, 30 settembre 2008.

⁴¹ *Osservazioni delle Autorità Italiane concernenti il Libro Bianco*, cit.

dell'articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE – e quindi il corrispondente articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – per garantire un'efficiente cooperazione tra le Autorità garanti della concorrenza e del mercato e il giudice nazionale, al fine di sanzionare adeguatamente le intese anticoncorrenziali e gli abusi di posizione dominante che ledono il corretto gioco della concorrenza.

6. Le argomentazioni a salvaguardia dell'art. 7 del Decreto Legislativo n. 3 del 2017.

Il meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, in base al quale si attribuisce efficacia vincolante alle decisioni dell'AGCM nel successivo giudizio civile, al fine di implementare l'utilizzo degli strumenti di *private enforcement*, pur avendo sicuramente tratti di spiccata eccezionalità, non è un istituto del tutto nuovo nel nostro panorama giuridico⁴².

In primo luogo, il suo antecedente storico in ambito comunitario è l'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003, il quale ha previsto un canale privilegiato di cooperazione tra la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza, nello specifico intento di garantire la certezza e l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza comunitarie in tutti gli Stati membri. L'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003 similmente a quanto previsto dall'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 ha affermato che le giurisdizioni nazionali non possono adottare una decisione che sia in contrasto con quanto già stabilito dalla Commissione⁴³. Nel pur simile intento di garantire l'uniforme applicazione del diritto della concorrenza, l'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003 e l'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 si differenziano circa l'ambito di efficacia delle norme. Innanzitutto, l'articolo 7 del D. Lgs. 3/2017 ha un ambito più circoscritto rispetto a quello dell'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003: mentre quest'ultimo impone espressamente alle Autorità nazionali garanti della concorrenza di non

⁴² Una conferma giurisprudenziale circa la legittimità dell'articolo 7 del D.lgs. n. 3/2017 arriva anche dalla Corte di cassazione che con la sentenza, 4 giugno 2015, n. 11564, che ha affermato la necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno subito dalle vittime di illeciti antitrust e di superare le difficoltà di allegazione e probatorie sono state affrontate con l'attribuzione dell'efficacia diretta alle decisioni dell'AGCM.

⁴³ Il Regolamento (CE) n.1/2003 ha codificato i principi già espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis*; Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, *Masterfoods*.

poter adottare in nessun caso e senza eccezioni decisioni contrastanti con quanto già accertato dalla Commissione; diversamente la norma nazionale prevede, con una formulazione positiva, che l'accertamento definitivo dell'AGCM abbia valore di prova vincolante nel successivo giudizio per il risarcimento del danno solo ed esclusivamente quando siano rispettati alcuni requisiti e limiti. Inoltre, e in maniera più rilevante, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 salvaguarda maggiormente il diritto di difesa del convenuto rispetto all'articolo 16 Regolamento (CE) 1/2003, nella parte in cui attribuisce comunque la facoltà al giudice civile di poter decidere diversamente da quanto stabilito dall'AGCM, qualora, in base al suo libero convincimento, ritenga che l'attore non sia riuscito a provare l'esistenza del nesso di causalità – nella sua componente materiale e giuridica – oppure a quantificare il danno subito.

In secondo luogo, il meccanismo introdotto positivamente dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non era ignoto nemmeno alla migliore giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale a partire dalla metà dagli anni 2000 ha iniziato ad attribuire alla decisione dell'AGCM il valore di prova privilegiata nel successivo giudizio civile allo specifico fine di superare la condizione di asimmetria in cui versa la parte danneggiata. In particolare, il «caso c.d. RC Auto»⁴⁴ è stato il primo nel quale la Corte di Cassazione ha assegnato al provvedimento dell'AGCM⁴⁵ – che sanzionava le compagnie assicurative in ragione di un'intesa anticoncorrenziale sull'entità delle polizze assicurative – un'efficacia privilegiata relativamente all'accertamento della sola condotta illecita nel seguente giudizio. Questa pronuncia è stata fatta propria da alcuni Autori⁴⁶ come argomento per sostenere l'illegittimità dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sulla scia della considerazione che il concetto di prova privilegiata adottato dalla Cassazione, a differenza di quello di prova vincolante ricorrente nella norma, permetteva sempre e comunque al giudice civile di potersi allontanare da quanto previsto nella decisione dell'AGCM ove non la ritenesse giusta. Contro questa posizione, è opportuno sottolineare che l'apparenza delle espressioni utilizzate – prova privilegiata dalla Cassazione/prova vincolante dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – trae in inganno, poiché la giurisprudenza di legittimità che si è formata

⁴⁴ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305.

⁴⁵ AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546, in *Boll.* 30/2000.

⁴⁶ R. Rordorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 786; F. Pasquarelli, *Da prova privilegiata a prova vincolante*, cit.; D. Porena, *Rilievi ed osservazioni*, cit.

successivamente alla prima pronuncia di metà degli anni 2000, pur continuando ad utilizzare l'espressione di prova privilegiata, ha ampliato di molto la sua portata originaria, giungendo ad attribuire il particolare valore probatorio non solo alla constatazione della condotta illecita, ma perfino alle valutazioni economiche del danno compiute dall'AGCM.⁴⁷

Appare perciò chiaro che sul piano del diritto interno l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non è stato calato in un contesto di totale vuoto regolamentare, ma anzi il legislatore nazionale ha ripreso le massime della Corte di Cassazione, riformulandole in modo da garantire maggiormente il diritto di difesa dell'impresa convenuta, la quale potrà sempre sostenere nel giudizio per il risarcimento la prova contraria all'esistenza del nesso causale tra la sua condotta illecita e i danni subiti dalla parte attrice⁴⁸.

Infine, la terza considerazione per salvaguardare l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, che intende, come detto, migliorare l'efficacia e l'efficienza procedurale⁴⁹ delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno, dalle censure di incostituzionalità, è ricavabile da un'attenta analisi del procedimento che segue la decisione dell'AGCM per assumere il valore di prova vincolante nell'ambito del giudizio civile. In questa prospettiva, come detto, particolare rilevanza assume il requisito della «definitività», previsto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, tenendo conto che la decisione dell'AGCM diventa definitiva o quando non è stata impugnata dinnanzi al Tribunale amministrativo – ipotesi del tutto residuale – oppure quando il provvedimento a seguito del sindacato giurisdizionale sia divenuto inoppugnabile. Nella prassi, l'alternativa sicuramente più ricorrente è quest'ultima, in cui il diritto di difesa della parte responsabile è pienamente garantito non una sola volta, ma ben due. Infatti, il diritto di difesa di quella che sarà poi nel giudizio civile la parte resistente è assicurato, una prima volta, nel corso di svolgimento del procedimento amministrativo dinnanzi all'AGCM⁵⁰, nel quale come

⁴⁷ Per un'ottima ricostruzione sebbene risalente al tempo dell'emanazione della Direttiva 2014/104/UE, M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni*, cit., p. 310 s; Le pronunce sono: Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass., 26 maggio 2011, n. 11610, annotata da A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice di responsabilità civile*, in *Foro it.*, n. 1/2011; e l'ultimo sviluppo della Corte di cassazione prima dell'emanazione della Direttiva 2014/104/UE è stato: Cass., 4 marzo 2013, n. 5327.

⁴⁸ 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. civ. e previdenza*, n. 1/2017, p. 954.

⁴⁹ Così Considerando n.34 Direttiva 2014/104/UE.

⁵⁰ Tra tutti sul procedimento dinnanzi all'AGCM, M. Tavassi e M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust. Tutela della concorrenza*, Napoli, 1998.

affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo deve essere pienamente rispettato il principio del contraddittorio tra le parti⁵¹. E una seconda volta quando il provvedimento dell'AGCM viene sottoposto al sindacato amministrativo. Quanto a quest'ultimo profilo, in modo del tutto innovativo, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 autorizza il giudice amministrativo a verificare direttamente non solo i fatti posti a fondamento della decisione – come normalmente già avviene – ma addirittura a sindacare tutti «quei profili tecnici della decisione che, pur non presentando un margine di opinabilità, sono tuttavia valutati come necessari» per giudicare in merito alla legittimità della decisione dell'AGCM.

Riguardo a questo passaggio dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, è opportuno precisare che una parte autorevole della dottrina ha giustamente sostenuto che, adottando tali espressioni, il legislatore avrebbe autorizzato il giudice amministrativo a compiere un sindacato di tipo sostitutivo al potere amministrativo, al fine di proteggere i diritti soggettivi coinvolti nella vicenda⁵². Infatti, nello specifico intento di garantire maggiormente l'effettività del controllo giurisdizionale per l'impresa sanzionata già durante lo svolgimento del processo amministrativo, il legislatore avrebbe ritenuto non più sufficiente che il giudice amministrativo compisse solamente un sindacato esterno, cioè meramente formale sull'esistenza della motivazione e dei suoi passaggi logici fondamentali. Dunque, secondo questo orientamento, il diritto di difesa dell'impresa sanzionata dall'AGCM, che diventa nel successivo ed eventuale giudizio civile parte resistente, sarebbe garantito pienamente già durante il processo amministrativo, essendo attribuiti al giudice amministrativo poteri di sindacato del tutto eccezionali.

7. La prospettiva della Corte costituzionale nella sentenza n. 13 del 2019.

Un'ulteriore e autorevole conferma circa la legittimità dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, che si aggiunge alle argomentazioni fin qui esposte, arriva dalla recente sentenza della Corte

⁵¹ Corte EDU, *Menarini*, cit.

⁵² Per un'indagine approfondita sulle prospettive di cambiamento circa il sindacato del giudice amministrativo, si consiglia la lettura di F. Cintoli, *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. amm.*, n. 4/2018.

costituzionale del 31 gennaio 2019, n. 13⁵³

Prima di entrare nel vivo delle motivazioni che portano chi scrive a sostenere che la Corte costituzionale condivide l'utilità e la legittimità del meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017, è opportuno dar conto, seppure brevemente, del contesto della pronuncia per la speciale importanza del tema trattato. In particolare, con tale sentenza la Corte costituzionale ha segnato una svolta all'annosa questione circa la qualificazione dell'AGCM – sebbene ai limitati fini della sola legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità – o come organo giurisdizionale o come organo amministrativo, preposto in quest'ultimo caso al pari dell'amministrazione in senso classico, alla ponderazione degli interessi e delle posizioni del mercato⁵⁴. La questione della qualificazione giuridica dell'AGCM è sempre stata al centro di un intenso dibattito, non solo tra gli specialisti della materia, ma ha coinvolto pure la stessa Autorità che si è «lungamente interrogata» sulla propria natura giuridica⁵⁵. A dar conto di ciò, vi sono le due differenti posizioni sposate dai presidenti *pro tempore* dell'AGCM, succedutisi nel corso tempo. Nel 2001, infatti, Giuseppe Tesauro, presidente *pro tempore*, nel sostenere l'impossibilità di attribuire all'AGCM «carattere e natura para-giurisdizionale»⁵⁶, aveva ritenuto non contestabile la

⁵³ Corte cost., sent., 31 gennaio 2019, n.13, in www.cortecostituzionale.it. Alcune delle riflessioni sull'ordinanza *de quo* sono maturate dopo aver partecipato al *Competition Lunck Talk*, organizzato dall'Associazione Italiana Antitrust il 13 febbraio 2019.

⁵⁴ Per un commento sull'ordinanza AGCM, 3 maggio 2018, n. 1, tra tutti, si consiglia la lettura del contributo di S. Staiano, *Essere un giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in federalismi.it, 4 maggio 2018, nel quale l'A., nel dar conto della "perdurante difficoltà" sulla qualificazione giuridica dell'AGCM, adotta una posizione chiaramente contraria al riconoscimento della natura giurisdizionale dell'Autorità, seppure "a limitati fini", anticipando in gran parte alcune delle argomentazioni sostenute poi dalla Corte costituzionale. Un articolato commento alla sentenza 2019, n. 13 della Corte costituzionale è offerto da a. patroni griffi, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'AGCM: alcune considerazioni*, in federalismi.it, 3 luglio 2019.

Sull'ordinanza sono reperibili diversi contributi su federalismi.it: M. Libertini, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, 4 luglio 2018; L. Cassetti, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, 4 luglio 2018; G. Di Plinio, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, 4 luglio 2018; A. Ferrara, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, 4 luglio 2018; M. Ridolfi, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, 4 luglio 2018. Sempre su federalismi.it; M. Clarich, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*, 18 luglio 2018; P. Carnevale, *L'AGCM fra legittimazione a sollevare qlc ed evocazione della 'zona franca'*, 12 settembre 2018.

⁵⁵ L'espressione «lungamente interrogata» è utilizzata dalla stessa AGCM nell'ordinanza di rimessione, cit., proprio per indicare il lungo periodo nel quale essa si è interrogata sulla propria qualificazione giuridica.

⁵⁶ Per una approfondita indagine sulla natura dell'Autorità amministrativa si rinvia: M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; V. Caianiello, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1998; R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trim. di dir. pub.*, n. 1/1996; F. Caringella, *Le Autorità amministrative indipendenti tra neutralità e*

qualificazione dell’Autorità a tutti gli effetti come soggetto amministrativo, in specie per la sottoposizione dei suoi atti al controllo giurisdizionale⁵⁷.

Una posizione totalmente distante e opposta, di qualche anno più risalente al 2001, era stata invece quella adottata da un altro presidente *pro tempore* dell’Autorità, Giuliano Amato, che, distinguendo la funzione dell’AGCM rispetto a quella dell’amministrazione tradizionale, aveva sostenuto che il primo soggetto, a differenza del secondo, non facesse ponderazione tra una pluralità di interessi pubblici e privati, ma applicasse la legge al caso concreto attraverso il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario⁵⁸. Tale teoria era avvalorata secondo Giuliano Amato, da un lato assimilando, come appena visto, l’attività dell’Autorità a quella del giudice; dall’altro, riprendendo le argomentazioni della giurisprudenza di un ventennio prima della Corte costituzionale nelle quali, adottando in modo elastico i concetti di giudice e di giudizio, aveva ammesso la Corte dei conti ad accedere incidentalmente dinnanzi ad essa *sebbene a limitati fini*.⁵⁹

Proprio tale posizione, sebbene fosse più risalente in ordine di tempo tra le due, è stata quella prospettata dall’AGCM per sostenere, nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 3 maggio 2018, n. 1, la sua natura sostanzialmente giurisdizionale, grazie alla quale la stessa Autorità garante avrebbe potuto adire incidentalmente la Corte costituzionale e sottoporle tutte quelle questioni che più difficilmente verrebbero ad essa per altra via (le c.d. zone franche)⁶⁰.

paragiurisdizionalità, in *Cons. St.*, 2000, p. 541; F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità, la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; S. Lucantini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013.

⁵⁷ Cfr., G. Tesaro *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell’Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in F. Kistoris e P. Schippa (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001. p. 165.

⁵⁸ G. Amato, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionale*, Roma, 1996.

⁵⁹ Si tratta della sentenza della Corte cost., 28 luglio 1976, n. 226; per un approfondimento sul punto, rinvia a G. Pitruzella, *Questioni di legittimità costituzionale e Corte dei Conti*, in www.cortedeiconti.it, 13 dicembre 2007.

⁶⁰ Dall’ordinanza AGCM, 3 maggio 2018, n.1 si evince che l’AGCM affermava di possedere entrambi i requisiti – soggettivo e oggettivo - tipici del potere giurisdizionale. Quanto al requisito soggettivo l’Autorità argomentava sottolineando che i Componenti del collegio sono scelti dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e onorabilità e che tali requisiti garantiscono l’esercizio terzo ed imparziale della funzione di sussunzione.

Quanto al profilo oggettivo, la sua attività sarebbe non solo assimilabile a quella contenziosa del giudice, ma sarebbero anche garantiti durante tutto il procedimento *antitrust*, come in quello giudiziario, il diritto al contraddittorio e principi di terzietà e di parità delle armi. Espressamente contro a tale assimilazione, s. stiano, *Essere giudice, cit.*, p. 4.

Con riferimento alla teoria delle zone d’ombra, l’AGCM prende in considerazione le pronunce oltre alla già richiamata Corte cost., 28 luglio 1976. n. 226; le sentenze: 14 luglio 1989, n. 406 e 15 ottobre 1991, n. 384.

La Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 2019, n. 13 ha invece dichiarato inammissibile la questione prospettata dall'AGCM⁶¹. L'argomento di maggior rilievo utilizzato dalla Corte nel negare la natura giurisdizionale dell'Autorità fa leva sull'assenza del requisito di terzietà: da un canto, giacché l'AGCM diventa parte resistente nel processo amministrativo che ha ad oggetto l'impugnazione dei suoi stessi provvedimenti; dall'altro, perché non vi è un'adeguata separazione tra gli uffici e il Collegio e, più in particolare, tra il Segretario generale e il Presidente⁶².

La soluzione alla questione sulla natura giuridica dell'AGCM fornita dai giudici della Consulta non interessa tanto direttamente questo studio – incentrato sull'analisi delle peculiarità e delle criticità dello speciale meccanismo introdotto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 – quanto due passaggi che si leggono in essa. Infatti queste due proposizioni contenute nella sentenza vanno a rafforzare la tesi fin qui sostenuta che salvaguardia il meccanismo dell'efficacia vincolante delle decisioni definitive dell'AGCM dalle censure mosse contro di esso, ovvero di pregiudicare il diritto di difesa e l'autonoma valutazione del giudice.

Il primo passaggio da prendere in esame è quello del paragrafo 5 della sentenza, in cui la Corte costituzionale afferma esplicitamente che il procedimento che porta la decisione dell'AGCM in tutta la sua complessità a divenire definitiva è compatibile con i principi costituzionali in materia di difesa della parte convenuta. Invero la Corte, pur ritenendo che l'AGCM non possa essere considerata neppure a limitati fini un giudice, perché priva dell'essenziale requisito della terzietà, riconosce espressamente che in nessun caso l'attribuzione dell'effetto vincolante alla decisione dell'AGCM in sede civile pregiudica il

⁶¹ La Corte cost. al paragrafo 3.2. non nega di aver interpretato in passato la nozione di giudice e di giudizio in modo elastico, ma solo quando, considerato il caso concreto, vi era il rischio che la questione difficilmente avrebbe potuto essere prospettata per altra via dinanzi ad essa. Le pronunce in cui la Corte cost. ha interpretato in modo ampio i concetti di giudice e di giudizio sono: 4 luglio 2018, n. 180; 8 novembre del 2017, n. 275; 24 gennaio 2017, nn.16 e 29; 5 maggio del 2013, n. 82; 25 ottobre del 2012, n. 272; n. 22 ottobre del 2007, n. 349; 3 giugno del 2006, n. 28; e 12 giugno del 2001, n. 291.

⁶² È interessante notare che la Corte costituzionale per sostenere che la natura non giurisdizionale dell'AGCM sembra riprendere le motivazioni che spinsero la Corte di Giustizia nella sentenza del 21 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopoion e al.*, ad escludere che la decisione di una autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato possa assumere valore giurisdizionale sul presupposto che in base al diritto comunitario della concorrenza, quest'ultima può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione qualora quest'ultima avvii anch'essa un procedimento.

A sostegno della sua argomentazione, la Corte cost. richiama le seguenti pronunce: Cons. di Stato, Ad. Pl., 29 luglio 2011, n.15; Cons. di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751; Cons. di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280; Cons. di Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865. Sul punto anche la Cass., sez. I, 21 maggio 2018, n. 12461 e Cass., S.U., 24 gennaio 2013, n. 1716.

diritto di difesa dell'interessato. In altri termini, all'impresa sanzionata che assume la veste di parte resistente nel giudizio civile è assicurato non solo il diritto al contraddittorio – tanto durante il procedimento *antitrust* (articolo 14, L. n. 287/1990), quanto dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale – ma gli è garantito anche un sindacato amministrativo pieno sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, come eccezionalmente previsto dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017⁶³. La Corte costituzionale sembra quindi condividere quella posizione che si è esposta in conclusione del paragrafo precedente, in base alla quale il giudice amministrativo è eccezionalmente autorizzato dall'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 a sostituirsi alla valutazione precedentemente condotta dalla pubblica amministrazione, al fine di attribuire una maggiore effettività al controllo giurisdizionale, attraverso un sindacato pieno, che ha ad oggetto il rapporto amministrativo: non limitato al solo controllo esterno della legittimità del provvedimento.

Ancor più interessante ai nostri fini, è il secondo passaggio logico della sentenza che qui si esamina, nel quale la Corte delinea la distinzione tra il concetto di giudicato, proprio della sentenza, e quello di definitività, proprio del provvedimento amministrativo.

Anzitutto è noto il concetto di giudicato che appartiene tradizionalmente ed esclusivamente alla sentenza divenuta «cosa giudicata», comprende in sé quello di definitività. La Corte costituzionale ritiene che il provvedimento dell'AGCM abbia invece natura amministrativa, essendo adottato da un'autorità che fa ponderazione dei plurimi interessi sottoposti alla sua attenzione. Pur tuttavia, prosegue la Corte, la definitività – qualità che è acquisita dal provvedimento solo dopo che sono stati esauriti gli ordinari mezzi di impugnazione – garantisce al pari del concetto di giudicato la stabilità degli effetti amministrativi nel tempo. Ed è proprio la stabilità degli effetti, al pari dell'incontestabilità, che assicurano che la decisione dell'AGCM una volta divenuta definitiva non possa più essere messa in discussione in nessuna altra sede. Ciò assicura che l'accertamento compiuto dall'amministrazione rimanga stabile nel corso del tempo, essendo preclusa la possibilità di instaurare un nuovo procedimento sugli stessi fatti (*ne bis in idem*). In effetti, l'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 non fa altro che attribuire alla decisione divenuta definitiva, già stabile nei suoi effetti, un valore ulteriore in sede di giudizio civile, senza però precludere in alcun modo il pieno diritto di difesa di difesa e l'autonomo convincimento del giudice. Dall'analisi, quindi, di questi due passaggi della sentenza n. 13/2019 sembra potersi

⁶³ *Supra*.

dedurre che la Corte costituzionale condivide la legittimità dell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 ritenendo il diritto di difesa dell'impresa convenuta nel processo civile garantito, e in maniera rafforzata: sia durante il corso del procedimento amministrativo, sia nel corso di svolgimento del processo amministrativo, addirittura con la speciale attribuzione al giudice amministrativo del potere di sostituirsi alla valutazione precedentemente compiuta dall'AGCM⁶⁴.

8. Considerazioni conclusive.

Alla luce della complessiva analisi svolta sull'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 appare evidente che questo meccanismo, con cui è attribuita alla decisione definitiva dell'AGCM un valore vincolante nel giudizio per il risarcimento del danno *antitrust*, presenti elementi di netta specialità rispetto al microsistema tradizionale delle prove. Nondimeno la su esposta specialità non pregiudica in nessun caso né il diritto dell'impresa convenuta nel giudizio civile di difendersi adeguatamente, la quale può provare con tutti gli strumenti a sua disposizione l'inesistenza del nesso causale tra la sua condotta illecita – già accertata dalla decisione dell'AGCM – e il danno subito dalla parte attrice; né la facoltà del giudice in sede civile di allontanarsi da quanto statuito nella diversa sede del *public enforcement* dall'AGCM. In verità, tutti gli elementi di specialità presenti nell'articolo 7, D.lgs. n. 3/2017 sono finalizzati unicamente a migliorare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno, attraverso il coordinamento degli strumenti di *public* e di *private enforcement* e a promuovere il corretto funzionamento del mercato interno sia per le imprese che per i consumatori.

Per quanto risulti eccezionale il meccanismo descritto, in special modo perché supera la tradizionale e chiara distinzione *procedimento-provvedimento* e *processo-sentenza*, appare che l'unico in grado di rendere effettiva, ai sensi dell'articolo 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto

⁶⁴ Sulle differenze tra presunzioni, indizi e massime di esperienza e sul loro impiego nell'ambito del risarcimento del danno si rinvia a F. Cardopatri, *Interferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione e indizio*, in *Giu. Merito*, n. 3/1999, p. 632 ss.

dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova.

Abstract: L'art. 7 del Decreto Legislativo n. 3 del 2017 prevede che il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – che di consueto passa per il filtro del sindacato processuale amministrativo – abbia effetto vincolante nel giudizio civile risarcitorio. Questa norma ha rafforzato la concatenazione tra le Istituzioni di tutela della concorrenza in modo del tutto nuovo, creando, tra l'altro, anche problemi di costituzionalità circa il diritto di difesa della parte resistente nel giudizio civile e l'autonomia del sindacato giudiziale.

Abstract: Article 7 of Legislative Decree n. 3 of 2017 provides that provision of the Italian Antitrust Authority has binding effect in the civil claim for damages. This rule has strengthened the relationship between the competitive institutions in a new way: Antitrust, administrative judge and ordinary judge. By reason of this novelty the norm has been at the center of a forceful debate on its constitutionality.

Parole chiave: Key words: AGCM – Administrative judge – Ordinary judge – binding effect – Art. 7 of Legislative Decree n. 3 of 2017 – Judgment of Constitutional Court n. 13 of 2019.

Key words: AGCM – Giudice amministrativo – giudice ordinario – effetto vincolante – art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 – Sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019.