



LAURA MICCOLI

Dottoranda di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

## TRA *PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT*: IL VALORE PROBATORIO DEI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM ALLA LUCE DELLA NUOVA DIRETTIVA 104/14 E DEL D.LGS. 3/2017

SOMMARIO: 1. Alcune premesse metodologiche. – 2. La necessità del cambiamento: alcuni casi pratici. 2.1. Il caso SKY c. Conto TV S.R.L.: la netta differenza tra l'attività pubblicistica dell'AGCM e le finalità privatistiche del giudizio risarcitorio civile. – 2.2. Cartel Damage Claims: verso la convergenza tra public e private enforcement. – 3. Il punto di incontro tra public and private enforcement. L'art. 9 e la disciplina di recepimento, il D.lgs. 3/2017. – 4. Estensibilità delle censure mosse nel caso Grande Stevens al procedimento innanzi all'Agcm. – 5. Possibilità di sanatoria dei vizi riscontrabili nelle sanzioni irrogate dall'AGCM e, in caso contrario, rilevanza ai fini dell'applicabilità dell'art. 7 del D.lgs. 3/17.

1. – In via preliminare, per comprendere gli obiettivi che la Direttiva 104/14 si propone di conseguire, è necessario ricordare brevemente la notoria distinzione tra *public and private enforcement*<sup>1</sup>.

Il primo concetto richiamato rievoca l'interesse europeo alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali. L'azione delle misure di *public enforcement*, infatti, mira alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori in sé considerata, nonché alla tutela delle istanze imprenditoriali a competere in un libero mercato. La dimensione coinvolta, dunque, è spiccatamente macroeconomica.

Per quanto concerne, invece, il concetto di *private enforcement*, viene presa in considerazione un'ottica puramente individuale, che pone l'accento sulla regolamentazione della singola operazione commerciale.

La conseguenza pratica della suddetta distinzione è rinvenibile nei rimedi concessi al soggetto danneggiato da una condotta anti-concorrenziale.

Nella eventualità in cui siano lesi interessi afferenti alla sfera macro-economica, è infatti possibile adire l'Autorità antitrust, ferma restando la facoltà di impugnare tali decisioni di fronte all'Autorità giudiziaria in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 c.p.a. comma 1 lettera l.

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale della materia, ROMANO A., "Private enforcement of competition law in Italy: a brief note" in *Int l. Lis.*, 2008, 2, p. 87 e ss.; SCUFFI M., "Tutela antitrust del consumatore e azione di classe" in *Dir. Industriale*, 2009, 4, p. 341 e ss.; VASQUES L., "Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?" in *Danno e Resp.*, 2012, 8, 9, p. 824 e ss.; LOPILATO V., "Tutela pubblica e privata della concorrenza" in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, pp. 443 e ss.

# JUS CIVILE



Diversamente, se ad essere compromessa è la dimensione micro-economica, il danneggiato ha la facoltà di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno.

È agevole, tuttavia, comprendere come tale separazione rimediaria non limiti le conseguenze pratiche derivanti dalle diverse azioni esperite: la tutela della concorrenza macroeconomica incide necessariamente sul singolo rapporto di consumo e viceversa, ragionando in termini di economie di scala<sup>2</sup>.

Il rischio concreto insito in tale *distinzione-fictio* è rappresentato dalla possibilità che Autorità differenti per funzioni, attribuzioni e poteri si vedano assegnate vicende unitarie e analoghe, che andrebbero trattate congiuntamente valorizzando i profili di interferenza tra le discipline.

A tal proposito si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'articolo 37 bis<sup>3</sup> del Codice del Consumo.

Il conferimento ivi previsto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere di dichiarare l'abusività delle clausole in favore dei consumatori crea un "doppio binario", interferendo con la competenza assegnata al giudice civile sulla medesima materia. La laconica formula "È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno" (art. 37 bis IV comma Cod. Cons) non risolve, infatti, il problema della possibile contemporaneità di due procedimenti sul medesimo oggetto.

**2. – 2.1.** – Al fine di comprendere concretamente il portato dell'interferenza tra dimensione macroeconomica e microeconomica, è utile affrontare alcuni casi in cui la discrasia, di obiettivi e metodologie, risulta particolarmente evidente.

La prima vicenda analizzata riguarda una controversia che vedeva protagoniste la multinazionale Sky e l'impresa Conto TV srl<sup>4</sup>.

Una società operante nel settore delle pay-tv, la Conto TV S.r.l., presentava in data 26 maggio 2008 una segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, lamentando la violazione da parte di Sky dell'art. 102 TFUE (*ex* art. 82 del Trattato CE).

Nello specifico, la società ricorrente sosteneva che Sky avesse posto in essere una politica

---

<sup>2</sup> PERA A., "Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarità?", in AA.VV., Atti del convegno tenuto a Treviso, settembre 2008; "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario", ed. Bruylant, Milano, 2009, 342; RABITTI-BEDOGNI C., BARUCCI P., "Venti anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", Giappichelli Editore, Torino, 2010.

<sup>3</sup> MAZZAMUTO S., "Il contratto di diritto europeo", 2016, pag. 200 e ss., Giappichelli, Torino; BATTELLI E., "L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori" in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2014, pp. 207 e ss.

<sup>4</sup> A407 – CONTO TV/SKY ITALIA, Provvedimento AGCM n. 21316.

Per un'analisi approfondita della vicenda si veda, IONNIDES G., "Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust", nota a sentenza a Cons. di St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 2, pp. 252 e ss.; o, ancora, BALESTRA F., TREMOLADA R., "Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa" in *Foro Amministrativo* (II), fasc.3, 2015, pp. 781 e ss.

## JUS CIVILE



ingiustificatamente discriminatoria nei suoi confronti, imponendo condizioni per l'accesso alla propria piattaforma satellitare eccessivamente gravose rispetto a quelle praticate alle società collegate alla multinazionale.

È fondamentale sottolineare come la piattaforma in oggetto rappresenti sostanzialmente l'unica piattaforma utilizzabile nel mercato italiano: sarebbe stato, dunque, sufficiente acclarare in giudizio l'iniquità delle condizioni di accesso per accertare consequenzialmente l'abuso di posizione dominante<sup>5</sup>.

Per i fatti descritti l'Autorità antitrust avviava un'istruttoria, nel corso della quale Sky, per scongiurare un'eventuale pronuncia negativa, avanzava la possibilità di stipulare degli *impegni* ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990<sup>6</sup>, al fine di escludere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

L'AGCM, in seguito alla presentazione di alcune osservazioni, accoglieva tale eventualità, ritenendo l'accordo «*idoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al presente procedimento*».

Com'è noto, l'accettazione di tali accordi preclude l'accertamento nel merito della violazione della normativa antitrust.

La pronuncia in questione è stata oggetto di una doppia impugnazione<sup>7</sup>.

Per quanto attiene al tema trattato, innanzi al Tar del Lazio i ricorrenti si dovevano a proposito della mancata riparazione dei danni già configuratisi quale diretta conseguenza della condotta illecita, nonché della inidoneità degli accordi a risolvere le criticità riscontrate per il futuro.

Tale impostazione è stata accolta dal Giudice di prima istanza: infatti, secondo il Tribunale, l'incapacità di ripristinare i diritti già lesi riscontrata negli accordi avrebbe dovuto ostare alla possibilità di accettarli, comportando, conseguentemente, il doveroso accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte dell'Autorità garante. In particolar modo, è stato evidenziato come il riconoscimento del comportamento anti-doveroso avrebbe senz'altro agevolato, per quanto attiene *all'onus probandi*, la proposizione di un giudizio per ottenere il risarcimento del danno.

La conseguenza più evidente di un siffatto assunto, oltre al restringimento dell'ambito di operatività degli impegni di cui all'art. 14 ter, è l'adozione di una prospettiva meramente privatistica.

La statuizione del giudice di *prime cure* è stata in seguito rivista dal Consiglio di Stato in vir-

---

<sup>5</sup> Da ultimo in materia: GERACI A., "Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante", nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, Sent. n. 11564/2015 in *Dir. Industriale*, 2015, 6, p. 537.

OCCELLI F., "Abuso di dipendenza economica come clausola generale", nota a sentenza a App. Milano Sez. I, 15 luglio 2015, in *Giur. It.*, 2015, 12, pp. 2665 e ss.; FILICE M., "Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante", nota a sentenza C.d. S. Sez. VI, 08 aprile 2014, n. 1673, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 1, pp. 87 ss.

<sup>6</sup> MARCANTONIO K., "La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust" in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 5, pp. 548; GIURATO D., "La decisione con impegni nel diritto antitrust italiano", in *Obbl. e Contr.*, 2012, 6, pp. 455-462.

<sup>7</sup> T.a.r. Lazio-Roma, Sez. I n. 03964/2011 e Cons. di St., Sez. VI, n. 4773/2014.

# JUS CIVILE



tù della sovrapposizione (impropria) tra gli strumenti di *public enforcement* e quelli di *private enforcement*.

Infatti se si può certamente affermare che le due tipologie di rimedi siano entrambe dirette alla corretta applicazione della normativa antitrust, al contempo, bisogna tenere presente che esse si differenziano sia per quanto concerne la loro *natura*, sia per le specifiche *finalità* perseguite.

L'attività pubblicistica svolta dall'AGCM, infatti, ha una funzione tipicamente “*punitiva*” ed “*afflittiva*”, finalizzata primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati.

Per tale ragione, secondo il Consiglio di Stato, il procedimento innanzi all'Autorità garante non può considerarsi la sede corretta per effettuare l'accertamento del danno causato da una condotta anticoncorrenziale nei confronti dei *singoli* soggetti operanti sul mercato, salvo l'eventualità in cui tale riconoscimento non risponda parimenti ad un interesse pubblicistico.

A titolo esemplificativo, per rafforzare l'affermazione appena fatta, è sufficiente ricordare che, per emettere provvedimenti sanzionatori, l'AGCM deve semplicemente accertare la mera idoneità *potenziale* distorsiva, non l'accertamento di un concreto pregiudizio<sup>8</sup>.

La sentenza in esame consente di effettuare una riflessione anche a proposito della valenza probatoria del provvedimento emesso dall'AGCM<sup>9</sup>.

A tal fine si ricostruirà brevemente il diritto vivente sul punto, così come formatosi prima dell'entrata in vigore della Direttiva.

Secondo i giudici di Palazzo Spada<sup>10</sup>, «*per quanto 'autorevole' argomento di prova, l'accertamento compiuto dell'AGCM avrebbe, infatti, nel giudizio civile, la natura e gli effetti tipici del provvedimento amministrativo in cui tale accertamento è contenuto, il che non esclude, appunto, che il giudice civile possa, nell'esercizio autonomo della funzione giurisdizionale ad esso spettante, opinare diversamente in ordine all'esistenza della infrazione contestata e ritenuta esistente dall'AGCM*».

La Corte di Cassazione, al contrario, definisce, secondo un orientamento costante, le decisioni amministrative dell'Autorità “*prove privilegiate*” nel contesto di azioni civili cc.dd. *follow on*<sup>11</sup>, ritenendole, tuttavia, pur sempre suscettibili di prova contraria.

<sup>8</sup> Cons. di St., VI sez., n. 1673/2014 e n. 2301/2014.

<sup>9</sup> Da ultimo. PASQUARELLI F., “*Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*” in *Dir. Industriale*, 2016, 3, pp. 252 e ss.

<sup>10</sup> Secondo la già citata Cons. di St. Sez. VI, n. 4773/2014.

<sup>11</sup> In tal senso: Cass. civ., sez. III, n. 2305/2007.; Cass. civ., sez. I, n. 3640/2009; Cass. civ., sez. III, n. 13486/2011; Cass. civ., sez. III, nn. 5941 e 5942/2011; Cass. civ., sez. III, n. 13486/2011; Cass. civ., sez. III, n. 11610/2011 e Cass. civ., sez. VI, n. 9116/2014.

In merito è possibile distinguere tra azione cd *follow-on* e *stand-alone*.

Si definisce *follow-on*, l'azione civile esercitata in risposta ad una violazione della disciplina concorrenziale già accertata dall'Autorità garante della concorrenza (sia essa nazionale o comunitaria) tramite un provvedimento definitivo. Le azioni civili *follow-on* sono, dunque, cronologicamente e logicamente susseguenti rispetto al provvedimento emesso dall'Autorità.

L'azione *stand-alone* è definibile in negativo rispetto al precedente strumento: si ricomprendono in tale nozione, infatti, le azioni incardinate in assenza di precedenti accertamenti della violazione delle regole antitrust.



A prescindere, però, dalla qualificazione data, è arduo ritenere che gli accertamenti dell'Autorità siano finalizzati alla precostituzione di prove da spendere in sede risarcitoria civile.

Vedremo nel prosieguo in quali termini questa considerazione verrà messa in discussione dalla Dir. 104/14.

**2.2.** – Il secondo caso rilevante, ai fini del presente lavoro, riguarda le vicende della società *Cartel Damage Claims (CDC)*<sup>12</sup>.

La principale attività intrapresa da tale società consiste nell'acquisire da più soggetti privati il diritto ad intentare l'azione di risarcimento danni per condotte anticoncorrenziali, svincolando tale acquisizione dall'effettivo ottenimento del credito.

Si percepiscono immediatamente le differenze e le affinità con l'istituto della *class action*: nel caso illustrato poc'anzi non vi è l'intervento di una pluralità di attori in giudizio, nonostante la compresenza di una molteplicità di situazioni fattuali di matrice omologa.

È utile svolgere alcune considerazioni in merito alla natura giuridica dell'operazione contrattuale in esame, cercando di comprendere se possa ritenersi compatibile con i principi dell'ordinamento italiano.

Autorevole dottrina<sup>13</sup>, seppur risalente, soleva differenziare il diritto da cui scaturisce l'azione dall'azione stessa, distinguendo tra queste ultime quelle che traggono origine da un diritto soggettivo primario ovvero che ne sono indipendenti.

Appurata tale distinzione, è doveroso ricordare che la cessione del credito comporta normalmente, insieme al trasferimento della posizione attiva, la cessione delle azioni tese ad ottenere l'adempimento<sup>14</sup>.

Si aggiunga che, com'è noto, nell'ordinamento italiano il cedente ai sensi dell'art. 1266 c.c. sarà sempre e comunque tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione (il c.d. *nomen verum*)<sup>15</sup>.

Nel caso preso in esame, tuttavia, si realizza una cessione del diritto di credito svincolata dalla sussistenza certa, *ab origine*, della pretesa risarcitoria. Quest'ultima è necessariamente subor-

---

<sup>12</sup> DAVOLA A., "Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno anti-trust" in *Danno e Resp.*, 2015, 7, pp. 677 e ss. L'A. ripercorre i casi europei in cui è stata riconosciuta la legittimità dell'azioni della CDS: in Olanda all'Aja (CDC c. Shells Petroleum 2014), a Dusseldorf nel febbraio 2015 e in Finlandia nel gennaio 2015 (Corte Generale dell'Unione Europea, sent. 28 gennaio 2015, causa T-345/12, Commissione c. Azko Nobel et al).

<sup>13</sup> REDENTI, "Sui trasferimenti delle azioni civili", in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo* (Vol. II), 1955, pp. 97-113.

<sup>14</sup> È pacifico che, per effetto della cessione del credito, la pretesa creditoria viene trasferita al cessionario con tutte le azioni dirette ad ottenerne la realizzazione, con esclusione delle azioni attinenti la fonte stessa del credito (Cass. civ., n. 51/2012, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2541 e ss; Cass. civ., n. 52/2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1120; Cass. civ., n. 16383/2006, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, pp. 604 e ss; Cass., civ. n. 9823/1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 3273 e ss)

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., n. 51 e 52/2012, già citate, in *Foro it.*, I, 2012, 429, in *Giur. it.*, 2012, 2541 e in *Resp. civ.*, 2012, 1217 con nota di Argine; Cass. civ., n. 11095/2009, in *Arch. circolaz.*, 2011, pp. 936 e ss.

## JUS CIVILE



dinata allo svolgimento di un procedimento di accertamento e quantificazione innanzi ad un'Autorità giudiziaria.

Nel nostro ordinamento, pertanto, risulterebbero problematiche sia le ipotesi di cessione del credito, derivante da un illecito anti-concorrenziale, in cui il giudice successivamente non riconosca in radice il verificarsi della lesione (in termini di danno evento dunque), sia l'eventualità in cui il Tribunale non risarcisca il danno perché non è stato accertato in giudizio il danno-conseguenza.

Parrebbe, dunque, fondato il rischio di incorrere, se le parti decidessero di predisporre in Italia un regolamento contrattuale ispirato a quelli stipulati con la società CDS, in plurime cause di nullità del contratto: ad esempio, per impossibilità giuridica dell'oggetto (non determinato, né determinabile al momento della cessione) o, ancora, per contrarietà a norme imperative, qual è l'art 1266, 1° comma, seconda parte. La garanzia dell'esistenza del credito, infatti, costituisce un effetto naturale del negozio e nelle cessioni onerose è inderogabile, non potendo essere esclusa neppure per volontà delle parti relativamente *ai fatti imputabili allo stesso cedente*<sup>16</sup> (in analogia a quanto dispone l'art. 1487, ultimo comma, del codice civile).

Alla luce di quanto detto, è possibile ricondurre l'istituto in esame ad (almeno) due diverse ricostruzioni.

I. Se l'oggetto della cessione è il *diritto sottostante* (e, solo di conseguenza, l'azione), come poc'anzi detto, si dovrà affrontare il problema del carattere futuro ed incerto del credito ceduto.

In merito, deve rilevarsi preliminarmente che non vi sono divieti espressi alla circolazione del credito *futuro*<sup>17</sup> e nemmeno del credito *sub iudice*; infatti, in tale ultima eventualità non è possibile applicare analogicamente l'art. 1261 c.c. che risponde pur sempre ad una ratio completamente differente.

Si potrebbe ricavare da tale prescrizione, a contrario, la possibilità di ricorrere a tal pratica per i soggetti non compresi nella disciplina. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Inoltre, la Suprema Corte ha già avuto modo di affermare come, in realtà, il credito derivante da fatto illecito abbia i caratteri del credito *attuale*<sup>18</sup>.

Rimane, tuttavia, irrisolto il problema legato all'incertezza del credito.

Nel nostro ordinamento non vi sono ancora pronunce riguardanti la tematica specificatamente esaminata.

È possibile, tuttavia, ravvisare alcune similitudini con il dibattito che ha animato la giuri-

---

<sup>16</sup> Si potrebbe forse discutere sulla nozione di "fatto proprio del cedente".

<sup>17</sup> Sorge spontaneo, per quanto attiene il carattere futuro del credito, ravvisare alcune similitudini con la disciplina del *factoring*, contratto ormai tipizzato (L. 52/91) e consistente nella possibilità per un imprenditore di cedere i crediti derivanti dall'attività di impresa, presenti e futuri. Tale tipo contrattuale, tuttavia, non è d'ausilio alla ricostruzione della fattispecie in esame nel presente contributo. Infatti, ai sensi dell'art. 3, i contratti da cui dipendono i crediti futuri devono essere necessariamente stipulati nei 24 mesi successivi.

<sup>18</sup> Si veda Cass. Civ., n. 21192/2004, ove la bontà del ragionamento trae conferma dalla decorrenza degli interessi dal momento del fatto e non già del relativo accertamento giudiziale.



sprudenza sull'ammissibilità della cessione del diritto al risarcimento del danno da incidente stradale. La Cassazione, in quest'ultima ipotesi, ha ritenuto lecita l'operazione<sup>19</sup>: non trattandosi di credito strettamente personale né sussistendo specifico divieto normativo al riguardo.

Sopraesedendo sulle obiezioni, ormai superate, di coloro<sup>20</sup> i quali ritengono indisponibile *in radice* il diritto al risarcimento del danno, eventuali difficoltà ulteriori all'accettazione dell'istituto in esame potrebbero sorgere in merito alle esigenze di "personalizzazione" del danno, traducibili nelle poste risarcitorie non patrimoniali, non completamente eliminabili.

La necessità di parametrare il risarcimento al pregiudizio effettivamente subito dal danneggiato potrebbe essere, in linea teorica, incompatibile con la dissociazione tra danneggiato e parte attrice in processo.

Di contro si potrebbe obiettare che, al di là di alcuni recenti arresti che consentono la trasmissibilità del credito di natura personale<sup>21</sup>, nelle azioni di risarcimento del danno antitrust il pregiudizio degli attori ha carattere puramente patrimoniale, essendo il danno costituito dalla differenza netta tra quanto il consumatore o l'impresa avrebbero ottenuto in una situazione di concorrenza "genuina" e il rincaro che tali soggetti hanno dovuto sostenere in ragione dell'illecita alterazione delle dinamiche concorrenziali.

Dunque tale particolare obiezione potrebbe essere superata, quantomeno nella specifica tipologia di illecito anti-trust.

Per quanto concerne la questione maggiormente problematica (l'assenza del *nomen verum*), la Cassazione poc'anzi citata afferma che "*Il mancato riconoscimento per inesistenza o nullità non produce effetti sul piano della validità della cessione (così come l'inesistenza della cosa di per sé normalmente non comporta la nullità del contratto), ma comporta esclusivamente il mancato conseguimento da parte del cessionario della titolarità del credito, assumendo rilievo*

---

<sup>19</sup> Cass. Civ. sez. III, sent. n. 52/2012.

<sup>20</sup> ABRAMOWICZ V., "On the Alienability of Legal Claims", in 114 *Yale Law Journal*, 2005, p. 697 e ss.

<sup>21</sup> Di recente la Cassazione ha ammesso, infatti, la cedibilità del credito relativo al danno biologico e morale, operando una valutazione di coerenza con quanto pacificamente ammesso per la trasmissibilità *iure hereditatis* del danno morale e biologico terminale: Cass. Civ. n. 22601/2013, in *Foro it.*, I, 2014, 876 e in *Resp. civ.*, 2014, 539, con nota di ARGINE e in *Corr. giur.*, 2014, 1232 con nota di GENOVESI.

In merito Cass. civ., n. 22601/2013: "*Orbene, atteso che come da tempo chiarito anche in dottrina la natura (patrimoniale o non patrimoniale) del diritto va tenuta distinta dalla natura (patrimoniale o non patrimoniale) del danno; e considerato che da epoca ormai risalente questa Corte ha posta in rilievo come l'obbligazione risarcitoria sia autonoma rispetto al titolo da cui essa scaturisce (v. Cass., 21/4/1986, n. 2812), sicché altro è la natura strettamente personale dell'interesse leso (salute) e altro è il diritto (o anche la mera ragione) di credito al relativo ristoro (nella giurisprudenza di legittimità si è altresì riconosciuto che la transazione in ordine al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di lesioni personali, con la relativa quantificazione dell'ammontare, determina la trasformazione del diritto personale alla integrità fisica in un diritto patrimoniale sulla somma: v. Cass., 4/2/1992, n. 1210. Cfr. altresì Cass., 7/5/1963, n. 1123), le suindicate esigenze sottese alla disciplina del credito alimentare invero non sussistono in ordine al diritto (o alla ragione) di credito al risarcimento del danno non patrimoniale, non ponendosi relativamente ad esso la questione della tutela dell'interesse del debitore a non dover soddisfare la pretesa di soggetto diverso da quello accettato come creditore. Ne consegue che ben può allora il diritto (o la ragione) di credito al risarcimento del danno non patrimoniale costituire oggetto di cessione, a titolo oneroso o gratuito, ai sensi e nei limiti dell'art. 1260 c.c.*"

# JUS CIVILE



meramente sul piano dell'inadempimento contrattuale, e venendo se del caso a tradursi nel risarcimento del danno a carico del cedente”.

Tale affermazione permette di comprendere la profonda differenza con le vicende della società CDS: nel caso affrontato dalla Cassazione la validità del credito rimane parte del sinallagma contrattuale, comportando comunque un'ipotesi di responsabilità nel caso in cui tale “precondizione” non sia soddisfatta, in accordo con quanto previsto dall'art. 1266 c.c.

Al contrario, nei casi verificatisi in Europa, la mancata riscossione del credito è un'eventualità insita nell'alea dell'accordo stesso. Invero, è proprio l'incertezza nella riscossione del credito a giustificare la cessione ad un prezzo inferiore.

II. Esaurita la disamina relativa alla prima ricostruzione, la seconda configurazione teorica della fattispecie in esame potrebbe fondarsi sulla circolazione della mera azione. Tale teoria presenta parimenti diversi punti di criticità.

Secondo autorevole dottrina<sup>22</sup> possono distinguersi l'oggetto e il contenuto finale dell'azione dall'oggetto e dal contenuto normale del diritto soggettivo primario. Si pensi all'azione di rivendica (proprietario – detentore), ad esempio, rispetto al diritto di proprietà (proprietario – erga omnes).

In ogni caso, tuttavia, non sarà possibile ritenere le azioni suscettibili di autonoma successione e trasferimento rispetto al diritto primario sottostante, se il nesso che li vincola è indissolubile come pare essere nel caso di specie.

Nella fattispecie in esame non avrebbe, del resto, alcuna utilità pratica l'esercizio dell'azione in giudizio non accompagnata dalla titolarità del diritto di credito sottostante.

Nel nostro ordinamento il dato testuale che osta alla facoltà di cedere la possibilità di intentare un'azione è l'art. 81 c.p.c.: “Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge<sup>23</sup>, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui”.

Al contrario, nel diritto dell'Unione non esiste alcuna norma che espressamente proibisca la compravendita del diritto a proporre azione in giudizio ovvero ne qualifichi espressamente la natura quale diritto indisponibile. Anzi, la Direttiva 2014/104 riconosce esplicitamente tale possibilità.

Il terzo comma dell'art 7 recita: “3. Gli Stati membri provvedono affinché le prove ottenute da una persona fisica o giuridica solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e che non rientrano nell'ambito di applicazione dei paragrafi 1 e 2, possano essere usate nelle azioni per il risarcimento del danno solo da tale persona o dalla persona fisica o giuridica che le è succeduta nei diritti, inclusa la persona che ha rilevato la sua domanda.”

La Relazione di accompagnamento classifica tale tipologia di azione tra quegli “istituti e

---

<sup>22</sup> REDENTI, *op. cit.* pp. 99-100.

<sup>23</sup> Tra i casi di legittimità straordinaria previsti dalla legge si pensi all'esempio più evidente, ossia l'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c. o, ancora, all'art. 1979 c.c. che regola i poteri dei cessionari nella cessione dei beni ai creditori.





*concetti giuridici chiaramente declinati nell'ordinamento giuridico*", così escludendo la possibilità di aggregare claims attraverso strumenti alternativi all'azione di classe come già disciplinata dall'Art. 140-bis, Codice del Consumo.

Il presente contributo tenta di comprendere se, in realtà, sia ipotizzabile una soluzione compatibile con i principi dell'ordinamento interno.

Se si accoglie tale possibilità, è opportuno domandarsi se, allo stato attuale, potrebbe configurarsi una responsabilità dello Stato per inadempimento della Direttiva (da considerarsi self-executive sul punto).

Infatti, obliterando il richiamo all'istituto in esame, si disattende uno dei due strumenti – oltre all'art. 9 di cui si darà conto a breve – necessari a soddisfare l'obiettivo principe della Direttiva: la convergenza tra *public and private enforcement*.

III. Per superare le obiezioni mosse alle prime due tesi, ad avviso della scrivente, è necessario ricorrere ad una terza teorizzazione.

Nello specifico tale istituto potrebbe configurarsi al pari di un'ipotesi di compravendita della chance di conseguire un credito. In tal caso, dunque, l'oggetto del contratto sarebbe assolutamente attuale e calcolabile, almeno secondo un calcolo probabilistico, nella sua possibile entità risarcitoria<sup>24</sup>.

Com'è noto, la chance di conseguire un bene presenta dei contenuti ben distinti dal bene della vita a cui afferisce.

Grazie a tale configurazione si espliciterebbe l'innegabile carattere aleatorio del contratto in esame, frutto della comune volontà dei contraenti e caratterizzante la causa del contratto.

Obbligo accessorio di un accordo di tal fatta consisterebbe nella necessaria messa a disposizione delle prove utili ad intentare il giudizio, eventualmente in possesso del cedente, al fine di consentire al cessionario di esercitare utilmente l'azione.

Atteso, come si affermava poc'anzi, che la causa del contratto in esame è chiaramente speculativa, è necessario, dunque, comprendere se così configurata la funzione economico-individua-

---

<sup>24</sup> Vi sono (almeno) due diverse ricostruzioni del concetto di chance.

Attualmente superata è la concezione *eziologica*, la quale riconduceva tale concetto al mero lucro cessante. In altre parole, s'intendeva per chance il risultato finale favorevole che il soggetto avrebbe potuto conseguire se non vi fosse stato il comportamento illecito o l'inadempimento contrattuale. Lo scopo sotteso ad una ricostruzione siffatta era prettamente legato alla semplificazione degli oneri probatori in punto di nesso causale.

In seguito, è stata riconosciuta alla chance una autonoma consistenza: si tratta di un bene attuale e già presente nel patrimonio del soggetto, pacificamente distinguibile dal conseguimento del bene finale.

Di conseguenza, secondo tale teoria, la perdita della possibilità di conseguire un certo risultato utile comporta la verifica di una lesione risarcibile a titolo di danno emergente.

La Cassazione (Cass. Civ. n. 4400/2004), abbracciando tale orientamento, la ritiene "*concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato [...] una entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*".

Per giurisprudenza costante, per ritenere esistente la chance è sufficiente dimostrare l'esistenza di una possibilità seria di risultato (anche limitata al 10-20%), mentre per determinarne il quantum si deve considerare l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito del c.d. coefficiente di riduzione che dipende dal grado di probabilità di conseguire il bene sperato.

# JUS CIVILE



le superiori indenne il giudizio di meritevolezza imposto dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1322.

La risposta a tale domanda dev'essere affermativa.

A tal proposito, la meritevolezza dell'operazione discende non solo dall'osservazione del rapporto tra il cedente e il cessionario (la dimensione micro-economica), ma anche dall'ambito macro-economico.

I consumatori, tramite tale tipo contrattuale innovativo, riuscirebbero ad ottenere una compensazione immediata e certa, ricevendo a titolo risarcitorio una somma minore, ma totalmente indipendente dall'andamento dell'azione intentata dal cessionario.

Spesso, infatti, il singolo consumatore non è propenso ad incardinare un giudizio per una molteplicità di fattori. In primo luogo, rileva il costo che si dovrebbe sostenere, sovente sproporzionato rispetto a quanto ottenibile in termini di risarcimento; in secondo luogo, dev'essere considerato il mancato riconoscimento della figura dei danni punitivi<sup>25</sup> nel nostro ordinamento ed, infine, la configurazione dell'istituto della class action<sup>26</sup>, così come previsto nel nostro ordinamento, parrebbe anch'esso fungere da limite, più che da agevolazione.

Di converso, gli ipotetici cessionari presumibilmente saranno soggetti dotati di professionisti altamente specializzati e opereranno principalmente secondo due schemi comportamentali: nello specifico mireranno ad acquisire un numero elevato di azioni omogenee, riducendo i costi, oppure sceglieranno di diversificare le tipologie di azioni acquisite, diminuendo il rischio grazie alla consistenza quantitativa delle azioni rilevate.

In tal modo appare evidente come incentivando le attività di private enforcement (in Europa, le azioni private intentate sono lo 0,1 %), allo stesso tempo, si soddisfino gli obiettivi del public enforcement.

Come abbiamo potuto osservare grazie ai due casi analizzati finora, le metodologie di tutela del private e public enforcement rimangono nettamente distinte, ma ciò nonostante si stanno perfezionando nuovi strumenti tesi a far convergere le due dimensioni.

In tale ottica si pone la Direttiva in commento: l'obiettivo dichiarato è quello di favorire le azioni private, che indirettamente influiscono sulla dimensione pubblica, semplificando l'accesso dell'attore alla prova dell'illecito e colmando così eventuali asimmetrie informative.

---

<sup>25</sup> L'art. 1 comma 2 del D.lgs 3/2017 esclude chiaramente che il risarcimento della violazione di una norma anti-concorrenziale determini sovracompenzazioni (in conformità all'art. 3 della Direttiva).

In materia, con ordinanza 16 maggio 2016 n. 9978 la Prima Sezione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione, ritenuta di massima di particolare importanza, della riconoscibilità, o meno (per contrasto con l'ordine pubblico), delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. In tema SCIARRATTA N., "La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile", in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015, reperibile in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/07/la-cassazione-verso-una-nuova-visualizzazione-della-responsabilita-civile-o-forse-no/>.

<sup>26</sup> Da ultimo: DI LANDRO A.C. "La nuova azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche" in *Contratti*, 2016, 1, pp. 64 e ss.; SPADAFORA A., "La nuova azione di classe: da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune" in *Contratti*, 2016, 1, pp. 73 e ss.; DONZELLI R., "Sul ricordo straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe" in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, pp. 412 e ss.



Si vedano, in tal senso, gli artt. 5 –8 della Direttiva (artt. 3 –6 del D.lgs. 3/2017) che riconoscono al giudice civile il potere di disporre l'accesso agli atti in possesso delle Autorità garanti della concorrenza e alle informazioni detenute dalla parte o da un terzo<sup>27</sup>.

3. – Dopo aver ripercorso le diverse prospettive che coinvolgono i modelli di public e private enforcement e i punti di convergenza tra i due strumenti rimediali, è necessario indagare la disciplina dettata dall'art. 9<sup>28</sup> della Direttiva 104/14.

Tale disposizione s'inserisce in un percorso logico che ha origine dal valore probatorio attribuito ai provvedimenti dell'AGCM, di cui si sono riportati in precedenza, seppur brevemente, gli esiti del dibattito nazionale e approda in una dimensione sovranazionale dalla quale emerge il contrasto potenziale della disciplina italiana rispetto ai protocolli CEDU.

L'art. 9 descrive, come afferma la rubrica stessa, gli “*Effetti della decisione dell'autorità anti-trust nel giudizio civile di risarcimento del danno*”.

In particolare, dopo aver chiarito che l'ambito di applicazione della normativa si estende anche nei “*casi in cui le norme del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale sono applicate nello stesso caso e in parallelo*” (considerando 34), la disposizione in esame effettua una distinzione.

Se viene constatata una violazione del diritto della concorrenza in una decisione *definitiva*<sup>29</sup> di un'Autorità nazionale garante della concorrenza oppure nella pronuncia di un giudice del ricorso, essa deve ritenersi *definitivamente accertata*, in sede di giurisdizione civile, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno.

---

<sup>27</sup> In dottrina: AREZZO E., “*Le sanzioni dell'ingiunzione di divulgazione*”, in *AIDA*, 2015, 1 pp. 221 e ss; ancora, TRIMARCHI M., “*La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (dir. 2014/104/UE)*”, in *AIDA*, 2015, 1, pp. 204 e ss.; FINOCCHIARO G., “*La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement – il commento*” in *Dir. Industriale*, 2016, 3, 221 e ss.

<sup>28</sup> Testualmente: “*Effetto delle decisioni nazionali*”.

1. *Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.*

2. *Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.* 3. *Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE”.*

In dottrina GILIBERTI B., “*Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*”, in *AIDA*, 2015, 1, pp. 154 e ss.; CHIEPPA R., “*L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*”, in *Conc. e mercato*, 2014, pp. 279 e ss.; SIRAGUSA A., “*L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza e del mercato nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*”, in *Conc. e mercato*, 2014, pp. 313 e ss.

In generale sul recepimento della Direttiva: BRUZZONE M.G., SAIJA R., “*Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*”, in *Conc. e mercato*, 2014, p. 257; NEGRI M., “*In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni per il risarcimento del danno antitrust*”, in *Int'l Lis*, 2014, 2, p. 73.

<sup>29</sup> Una decisione “*definitiva*”, a norma dell'art. 2, n. 12 della Direttiva, è una “*decisione relativa ad una violazione che non può o non può più essere impugnata con i mezzi ordinari*”.

## JUS CIVILE



Nell'eventualità in cui, invece, la decisione definitiva di cui poc'anzi sia stata adottata in un altro Stato membro, la stessa potrà essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali “*almeno a titolo di prova prima facie*”<sup>30</sup>.

Viene, dunque, sancita in maniera inequivocabile l'incidenza del provvedimento dell'Autorità antitrust rispetto ad una causa di risarcimento danni follow on.

A dispetto dell'importanza del tema trattato, diverse perplessità emergono in merito alla normativa in esame<sup>31</sup>, in parte sanate grazie all'atto di recepimento, in parte aggravate dallo stesso.

In primo luogo, parte della dottrina<sup>32</sup> ha sostenuto che vi siano difficoltà applicative della disposizione in esame a causa del contrasto sia con l'art. 101, II comma per la limitazione al potere giudiziario che determinerebbe il rispetto di un provvedimento amministrativo, sia con l'art. 102 Cost. poiché sostanzialmente si riconoscerebbe ingiustificatamente autorità di giudicato ad una decisione amministrativa.

Alcuni Autori<sup>33</sup> ritengono che tale deficit fondativo sia superabile attraverso il ricorso “*mediato*” agli atti del legislatore nazionale. Secondo tale teoria l'atto di recepimento della Direttiva fungerà da norma in bianco, istitutiva del potere in questione, conferendo carattere vincolante alle decisioni dell'AGCM.

In secondo luogo, infatti, è necessario interrogarsi in merito ai confini di effettiva vincolatività dell'illecito accertato dall'Agcm.

In via preliminare, è doveroso considerare che, atteso il tenore letterale della norma, secondo la dottrina maggioritaria<sup>34</sup>, dovrà ritenersi vincolante esclusivamente l'accertamento positivo del fatto anticoncorrenziale e non l'eventuale acclarata insussistenza dello stesso.

In merito uno dei problemi maggiormente rilevanti (di cui si è già trattato, analizzando il caso ContoTv c. Sky) attiene all'accertamento, limitatamente ai profili *pubblicistici*, effettuato dell'AGCOM.

Per ovviare alle problematiche poc'anzi esposte, il legislatore all'art. 7 del D.lgs. 3/17 ha stabilito che debba essere considerata definitivamente accertata “*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*”.

Al contrario “*il nesso di causalità e l'esistenza del danno*” dovranno essere provati dall'attore e accertati in sede civile.

Peraltro, anche se è senz'altro opportuna la delimitazione del legislatore dell'area dell'accer-

---

<sup>30</sup> FINOCCHIARO G., *op. cit.*, p. 223.

<sup>31</sup> Una prima ricostruzione dei profili problematici è stata effettuata da VINCRE S., “*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*”, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, pp. 1153 e ss., a cui si deve la ricostruzione dei punti 1-2 delle critiche mosse all'art. 9.

<sup>32</sup> RORDOF, “*Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*”, in *Le società* 2014, 7, pp. 784 e ss.;

<sup>33</sup> In verità tali Autori si riferiscono alle decisioni della Commissione in materia di rispetto del diritto antitrust europeo: FATTORI G., in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2007, sub art. 16 – Regolamento n. 1/2003; PACE L., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano 2005, p. 309.

<sup>34</sup> VINCRE S., *op. cit.*



tamento effettivamente vincolante, permangono— come si è già detto — le criticità, probabilmente insanabili, derivanti dalle diversità strutturali proprie del giudizio antitrust rispetto all'accertamento in sede civile.

È stato evidenziato, ad esempio, come sovente elementi non necessari per la contestazione dell'illecito da parte di un'Autorità garante (si pensi agli effetti delle restrizioni per i cd "cartelli"), viceversa, assumano primaria importanza in un'azione di danno antitrust innanzi al giudice civile.

In terzo luogo, ulteriori riflessioni sono state sviluppate in merito ai rapporti, dal punto di vista processuale, tra l'azione risarcitoria incardinata presso il giudice ordinario ed il procedimento innanzi all'AGCM ovvero il ricorso avverso tale statuizione.

*Ictu oculi* è possibile escludere che i due giudizi siano avvinti da un rapporto di pregiudizialità<sup>35</sup>.

Un orientamento dottrinale prospetta un'ipotesi di sospensione c.d. facoltativa<sup>36</sup>; altri Autori lo qualificano come un mero "differimento", similmente a quanto previsto prima della sua modifica dall'art. 140 bis del codice del consumo<sup>37</sup>, oppure, secondo un'altra interpretazione dottrinale, si tratterebbe di un'applicazione estensiva di quanto dispone l'art. 337, c.p.c.<sup>38</sup>.

Si aggiunga che non sono sanzionate d'improcedibilità le cause di risarcimento del danno c.dd. *stand alone*. Quest'ultime, al contrario, sono incentivate grazie al disposto degli articoli 3-6 del D.lgs. 3/2017 in materia di divulgazione delle prove.

L'atto di recepimento non qualifica con chiarezza il rapporto tra azioni.

L'ultima potenziale criticità attiene alla rispondenza della decisione emessa dall'Autorità garante nazionale ai canoni del giusto processo secondo quanto prescritto dall'art. 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo<sup>39</sup>.

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, dev'essere tenuta in considerazione l'eventualità in cui divenga vincolante per il giudice civile la decisione dell'Autorità garante nazionale divenuta definitiva *a prescindere* dalla sussistenza di un controllo successivo di tipo giurisdizionale.

A tal fine, è necessario considerare due notorie statuizioni della Corte Europea dei Diritti

---

<sup>35</sup> RORDORF R., "Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno "antitrust". Relazione per il Convegno su "Il risarcimento del danno antitrust", Roma 18 marzo 2014, in *Le Società*, 2014, 7, pp. 784 e ss.; BIAVATI P., "Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza" in *Riv. Trim. di dir. e proc. Civ.*, 2007, 1, pp. 97 e ss.; SCARSELLI G., *La tutela dei diritti davanti alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, p. 232 ss.

<sup>36</sup> Sulla sospensione c.d. facoltativa, *ex multis* GIUSSANI A., voce *Sospensione del processo*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, P. 604; MENCHINI S., voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990; ZUMPARO M. A., "Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo" (Nota a ord. Trib. di Larino 14 marzo 2001) in *Giust. Civ.*, 2002, 1, pp. 217 e ss.

Contraria all'ipotesi di sospensione: Cass. (ord.), n. 23906/2010.

Recentemente in merito alla sospensione nel giudizio amministrativo Cons. di St., n. 806/2015.

<sup>37</sup> Con riguardo specifico alla proposta di Direttiva: MARCANTONIO K., "Il danno "antitrust" dopo l'introduzione della "class action": "back and forth interaction" tra il giudice e l'"antitrust"?", in *Conc. e merc.*, 2014, pp. 235 e ss.

<sup>38</sup> NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino 2006, p. 214.

<sup>39</sup> In generale, sull'argomento: ZANNINO S. D., "I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee", in *Contratto e Impr.*, 2016, 1, pp. 159 e ss.

# JUS CIVILE



dell'Uomo: il caso Menarini<sup>40</sup>, riguardante i procedimenti anti-trust svolti innanzi all'AGCM, ed il caso Grande Stevens<sup>41</sup> concernente il procedimento della CONSOB in materia di abusi di mercato ex art. 187 ter del D.lgs. n. 58 del 1998.

Entrambi i precedenti ricordati qualificano, utilizzando i famosi criteri di Engel<sup>42</sup>, i procedimenti svolti innanzi alle rispettive Autorità Amministrative indipendenti, in materia di illeciti anticoncorrenziali, come veri e propri procedimenti penali, sottoposti pertanto allo scrutinio ex art. 6, par. 1, CEDU.

La sentenza Menarini, tuttavia, non esprime puntualmente le perplessità in merito alla mancata rispondenza al modello CEDU, ritenendo sanate le divergenze rilevate grazie al rispetto del principio di full jurisdiction cui i provvedimenti dell'AGCM sono soggetti, garantito dalla possibile impugnazione innanzi ad un'autorità giudiziaria.

Particolarmente pregnante è stato, invece, il giudizio attuato dalla Corte EDU rispetto al regolamento della CONSOB (cfr. Reg. CONSOB 21 giugno 2005, n. 15086, poi sostituito dal Reg. CONSOB 19 dicembre 2013, n. 18750) in materia di *sanzioni per market abuse*.

Si approfondirà il tema per comprendere se le censure mosse nei confronti del regolamento CONSOB possano essere estese anche alle sanzioni amministrative irrogate dall'Agcm ed al fine di ipotizzare quali sarebbero le conseguenze, ai fini del tema trattato, di una siffatta equiparazione.

Nello specifico, il procedimento di irrogazione delle sanzioni CONSOB è stato ritenuto dalla Corte di Strasburgo contrario all'art. 6 CEDU<sup>43</sup> e all'art. 4 del Protocollo Aggiuntivo n. 7 alla CEDU<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> C. dir. uomo 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics c. Repubblica italiana

<sup>41</sup> C. dir. uomo 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Repubblica italiana, in *Corr. giur.* 2014, con nota di G. GUIZZI G., "La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità indipendenti: sensazioni di un civilista"; sul punto anche BINDI E., "L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti", in *Giur. cost.* 2014, pp. 3007 ss.; FLICK G.M., NAPOLEONI V., "A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?" in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2015, pag. 868; FLICK G.,M., "Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?" in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2014, pag. 953 e ss; VENTORUZZO M., "Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia" in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2014, pag. 693 e ss;

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, Engel c. Paesi Bassi, sent. n. 5100/71 dell'8.6.1976. I criteri di Engel, alternativi e non cumulativi, sono i seguenti: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) il grado di severità della sanzione.

A titolo esemplificativo, uno degli indicatori relativi alla severità della sanzione irrogata è rinvenibile nella facoltà di comminare una sanzione ulteriore rispetto a quella meramente patrimoniale, prevedendo la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità o, ancora, della capacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di enti societari.

In linea con le argomentazioni della Corte EDU, Cons. di St., sez. VI, n. 4492/2014, Tar Lazio-Roma, 27 novembre 2014 n. 11887; Cons. di St., sez. VI, n. 1595/2015.

<sup>43</sup> L'articolo 6 della Convenzione, nelle sue parti pertinenti, recita:

«1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quan-

# JUS CIVILE



Sono state rilevate le seguenti criticità (par. 116 e s.s.):

L'assenza di contraddittorio (nello specifico la sanzione viene inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti).

L'assenza di un'udienza pubblica nel procedimento di opposizione innanzi alla Corte d'Appello, conseguente alla natura cartolare del procedimento<sup>45</sup>.

L'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene formalmente diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (il Presidente CONSOB).

Ed, infine, la violazione del principio del *ne bis in idem*: nel caso di specie, la violazione dipendeva dalla compresenza di un procedimento *definito*, scaturito dalla contestazione dell'illecito penale-amministrativo di cui all'art.187 ter T.U.F. e di un procedimento *pendente* "penale-criminale" avente alla base l'accusa dell'omologo delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F.<sup>46</sup>

È necessario domandarsi quali ricadute abbia nel nostro ordinamento l'affermazione di tali principi.

---

*do lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*

2. *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.*

3. *In particolare, ogni accusato ha diritto di:*

a) *essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*

b) *disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*

c) *difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*

d) *esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (...).*»

<sup>44</sup> L'articolo 4 dispone: **Diritto di non essere giudicato o punito due volte** "1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione".

<sup>45</sup> La Corte costituzionale con la sentenza n. 162, depositata in cancelleria il 27 giugno 2012, ha sancito l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del nuovo Codice del processo amministrativo (nello specifico, l'art. 133 comma 1 lettera l) del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) "nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie" le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB.

La declaratoria di incostituzionalità è stata dettata dal mancato rispetto della delega da parte del legislatore delegato, tramite l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente, senza fondamento alcuno nell'atto delegante. Il legislatore delegante non ha considerato, infatti, gli approdi raggiunti con Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 22 luglio 2004, n. 13703 e dal Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474.

<sup>46</sup> In merito si veda la recentissima Corte cost. 206/16, reperibile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=206>.



Com'è noto, i giudici nazionali hanno l'obbligo di rispettare (tramite il meccanismo della *interpretazione conforme*) le sentenze definitive della Corte EDU, se sussistono le medesime condizioni, anche nei confronti dei cittadini che non hanno presentato ricorso individuale all'organo sovranazionale e anche se non si tratta delle cd "*sentenze pilota*" ovvero non sia stato esplicitato espressamente il doveroso ricorso all'adozione di misure generali<sup>47</sup>.

In materia la giurisprudenza si è ulteriormente interrogata sulla possibilità che tale obbligo sussista anche "a monte" per il legislatore interno, esortato ad adeguarsi alle pronunce suddette anche *a prescindere dalla lesione di un singolo caso concreto*<sup>48</sup>, in modo tale da scongiurare eventuali future condanne ai danni dello Stato.

---

<sup>47</sup> I termini di vincolatività delle decisioni della Corte EDU sono influenzati anche dal dibattito inerente alla c.d. comunitarizzazione della CEDU. È noto, in tale ambito, l'orientamento espresso della Corte costituzionale italiana a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007 (Corte cost., 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349). Gli eventuali contrasti tra norme CEDU e leggi ordinarie successive "*non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale*",

Infatti, la CEDU (*rectius* la legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione) ha esclusivamente la valenza di parametro di costituzionalità interposto tra la norma nazionale contrastante con essa e l'art. 117, co. 1, Cost.

In tal modo, si pone il giudice di fronte ad una netta alternativa: interpretare le norme interne in maniera costituzionalmente conforme e alla luce della normativa sovranazionale oppure sollevare questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui afferma che "*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli obblighi internazionali*".

Per contro, il giudice ordinario non avrà il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria.

In tal senso, da ultimo, Cons. St. A.P. ord. 4 marzo 2015 n. 2.

Al Contrario, secondo un orientamento minoritario (ad es., TAR Lazio, Roma, sez II bis, 18 maggio 2010 n. 11984; Cons. St. sez. IV. 2 marzo 2010. n. 1220) l'emanazione del Trattato di Lisbona avrebbe comportato l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU; tale orientamento valorizza la nuova formulazione dell'art. 6 TFUE, nella quale si prevede espressamente, infatti, che "*L'unione Europea aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" (comma II) e che "*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*" (comma III).

In realtà, la giurisprudenza maggioritaria (Corte cost. 11 marzo 2011. n. 80; Corte giust. UE. Grande Sezione, 24 aprile 2012 C- 571/10 Servet Kaberaj) ritiene che il Trattato di Lisbona abbia solo consentito *in astratto* la possibilità di adesione dell'Unione Europea, in quanto entità complessa e unica, alla CEDU, atteso che aderendo alla tesi contraria tale previsione non rispetterebbe le procedure richieste dal trattato.

<sup>48</sup> Cons. St. sez. VI ord. 2 ottobre 2014, n. 4492 ha disposto in via cautelare l'obbligo della CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio alla sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014. Non è stata ritenuta dirimente la circostanza per cui non vi fossero ancora sanzioni comminate nei confronti del ricorrente poiché "*al fine della effettività della tutela giurisdizionale cautelare, non è necessario attendere la piena vulnerazione con la eventuale emanazione di sanzioni, per ipotesi viziate perché adottate sulla base di regolamento illegittimo, anche nell'interesse della stessa Autorità emanante*".

Diversamente Tar Lazio Roma n. 11887/2014 per cui la violazione dei principi richiamati in narrativa è circoscrivibile esclusivamente al caso di specie, in quanto "*si desume chiaramente che il sistema di irrogazione e impugnazione delle sanzioni relative agli illeciti di cui all'art. 187-tet del TUE ha superato indenne lo scrutinio operato dalla Corte EDU*".

Tale affermazione viene giustificata, sulla falsariga della sentenza Menarini della Corte Edu, poiché si considera il procedimento amministrativo come una prima fase, affidata alla CONSOB, di un procedimento *unitario*.

Le successive fasi di natura giurisdizionale (il giudizio di opposizione e da quello innanzi alla Corte di Cassazione) hanno il compito di "ripristinare" le garanzie procedurali di cui all'art. 6 CEDU, atteso la possibilità di riformare il giudizio completamente.

Sulla questione, in appello, è intervenuto in maniera conforme il Cons. St. sez. VI, n. 1595/2015.

Al riguardo la sesta sezione ha aggiunto che "*nonostante la crescente importanza assunta, sia a livello nazionale che sovranazionale, dal principio del giusto procedimento, deve, tuttavia, escludersi che la pretesa al giusto proce-*



# JUS CIVILE



4. – Come ricordato poc’anzi, è necessario verificare la rispondenza al principio del contraddittorio, della parità delle parti, di pubblicità delle udienze e di terzietà-imparzialità dell’organo giudicante anche rispetto ai giudizi innanzi alla AGCM<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda le interferenze con il principio del contraddittorio, la sentenza Grande Stevens afferma: “*il rapporto che conteneva le conclusioni dell’Ufficio sanzioni, destinato a servire a base della decisione della Commissione, non è stato comunicato ai ricorrenti che non hanno dunque avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della Consob all’organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse*” (par. 117).

Tale vizio non può dirsi riprodotto nel regolamento dell’AGCM in quanto gli uffici istruttori sono tutti coordinati dal Segretario generale (art. 11, comma 5, l. 10 ottobre 1990, n. 287), che ne assicura la coerenza e l’omogeneità nelle risultanze.

In particolare la chiusura dell’istruttoria è siglata da un atto, la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, sottoscritto dal Segretario generale e comunicato alle parti per consentire di esercitare il proprio diritto di difesa (art. 14 del *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, di cui al d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217).

Un primo profilo problematico è, invece, da rinvenirsi nella circostanza per cui “*gli interessati non hanno avuto la possibilità di interrogare o di far interrogare le persone eventualmente sentite*” (par. 117 della sentenza).

Sebbene l’attività dell’Autorità garante della concorrenza sia sempre ispirata ai principi della pienezza del contraddittorio e della completezza dell’istruttoria, le disposizioni che si occupano della materia sono abbastanza scarse (art. 7 – 8 – 9 d.P.R. n. 217 del 1998) e non sono paragonabili a quanto è stato concepito dall’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di cross examination<sup>50</sup>.

Si denota, inoltre, una disposizione ulteriore particolarmente problematica in contrasto con il

---

*dimento sia una pretesa giuridicamente rilevante e autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell’emanazione del provvedimento sanzionatorio*”, in quanto “*la lesione che radica l’interesse al ricorso deve essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto*”.

<sup>49</sup> CINTOLI F., “*Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*”, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, pag. 507 e ss. L’Autore effettua una puntuale disamina della comparazione tra i due procedimenti a cui si deve, pertanto, l’individuazione dei profili problematici riassunti nel presente articolo. GUZZI F.F., “*Il procedimento sanzionatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*” in Paper N. 15/2013 “*Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*”, presente all’indirizzo internet [https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/afd72d7e-874d-4124-a4af-fbeb1106eec1/WP+15+Allena\\_Cimini.pdf?MOD=AJPERES](https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/afd72d7e-874d-4124-a4af-fbeb1106eec1/WP+15+Allena_Cimini.pdf?MOD=AJPERES).

<sup>50</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività si pensi, ad esempio al tema della rinnovazione della prova dibattimentale in appello: Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Pres. Canzio, Rel. Conti, Ric. Dasgupta, in [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/4684-le\\_sezioni\\_unite\\_sulle\\_condizioni\\_per\\_la\\_reformatio\\_in\\_peius\\_in\\_appello\\_della\\_sentenza\\_assolutoria\\_fondata\\_sulla\\_prova\\_dichiarativa/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/4684-le_sezioni_unite_sulle_condizioni_per_la_reformatio_in_peius_in_appello_della_sentenza_assolutoria_fondata_sulla_prova_dichiarativa/)

# JUS CIVILE



principio del contraddittorio: l'art. 13, comma 5 del Regolamento in materia di procedure istruttorie innanzi all'AGCM (D.P.R. 217/98) secondo cui “sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto degli atti”.

In verità, sovente non sono note strettamente interne e preparatorie, bensì atti in cui si esprimono valutazioni su dati probatori e su elementi di fatto, circostanze che dovrebbero formarsi nel pieno rispetto del contraddittorio.

Certamente tali dati saranno presenti, *ex post*, nella CRI, ma ragionevolmente, considerata la durata e la complessità di una istruttoria *antitrust*, dovrebbero poter essere contraddetti nell'iter procedimentale e non esclusivamente dopo la sua conclusione.

Spesso tali note, infatti, sono rilevanti nella determinazione del concetto di *mercato rilevante* o nell'accertamento di una condotta in termini di *posizione dominante*.

Oltretutto, nel corso del procedimento e ben prima della CRI, maturano una serie di fatti giuridicamente rilevanti: scade il termine per proporre gli impegni e, in caso di loro presentazione, si apre il *sub* procedimento relativo (v. l'art. 14 *ter* della l. n. 287 del 1990); si decide sulla eventuale richiesta di misure cautelari (v. l'art. 14 *bis* della medesima legge 287), sull'ammissione a programmi di clemenza e sull'eventuale estensione oggettiva e/o soggettiva del procedimento.

Inoltre, si rileva come il provvedimento sanzionatorio finale potrebbe contenere elementi e valutazioni, in fatto e/o in diritto, che non corrispondono esattamente a quanto riportato nella CRI, in risposta alle ulteriori difese finali svolte dagli interessati.

In tal modo si viola ancora una volta il principio di difesa, non consentendo di formulare pienamente tutte le controdeduzioni necessarie alla propria strategia difensiva.

Infine, in termini generali, tra le irregolarità riscontrate scaturenti dalle tensioni con il principio del contraddittorio, deve segnalarsi che potrebbe non esserci piena coincidenza tra le parti presenti nel procedimento civile e quelle che hanno avuto la possibilità di presentare osservazioni nel corso del giudizio innanzi all'Autorità garante.

Il secondo ordine di problemi riscontrati nella sentenza Grande Stevens riguarda la pubblicità delle udienze; le parti del procedimento innanzi alla CONSOB “non [avevano] avuto la possibilità di partecipare all'unica riunione tenuta dalla Commissione, alla quale non erano ammessi” (par. 118 della sentenza). Tale problematica non si ripresenta nell'ambito del procedimento AGCM, in quanto ai sensi dell'art. 7 della Regolamento in materia di procedure istruttorie innanzi all'AGCM (D.P.R. 217/98) è sempre consentita un'audizione pubblica davanti al Collegio.

Ancora, un ulteriore profilo critico di significativa rilevanza può essere riscontrato nell'assenza di imparzialità e terzietà dell'istituzione chiamata ad applicare la sanzione.

A proposito del procedimento sanzionatorio CONSOB, la Corte ha affermato che “l'Ufficio

## JUS CIVILE



*sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente*", il che determina il "consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora — ha proseguito la Corte — *tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richiesta dall'art. 6, par. 1, della Convenzione*" (par. 137).

Anche l'AGCM opera sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente (e/o di un unico Collegio decidente) e ciò comporta necessariamente una sostanziale unitarietà organizzativa.

Nello specifico, al Collegio compete in via esclusiva l'avvio dell'attività, la verifica del regolare svolgimento dell'istruttoria degli uffici (garantita grazie all'adempimento di obblighi di informazione cui sono sottoposti gli uffici di cui all'art. 8, comma 3, del regolamento) ed, inoltre, il vaglio della stessa CRI, prima della comunicazione alle parti (art. 14, comma 1, del regolamento).

Si può ben comprendere, dunque, come manchi quella necessaria separazione che invece fonda il nostro processo penale tra organo accusatorio e giudicante.

5. – In realtà, i vizi riscontrati potrebbero essere sanati attraverso il successivo procedimento giurisdizionale di impugnazione della decisione dell'AGCM, se esperito.

Difatti, come già affermato in precedenza, la Corte di Strasburgo, nella citata sentenza Menarini per escludere la violazione dell'art. 6 CEDU, ha richiesto la sussistenza di un meccanismo di riesame da parte di un giudice con piena giurisdizione (in grado, cioè, di rivalutare ogni "questione di fatto e di diritto") rispetto a provvedimenti che applicano sanzioni "penali".

Sull'effettiva estensione del sindacato giurisdizionale, le opinioni giurisprudenziali e dottrinali divergono.

Sebbene la materia rientri tra quelle in cui il giudice amministrativo ha la facoltà di esercitare una giurisdizione di *merito*, ai sensi dell'art. 134 c.p.a., permangono tuttavia alcune perplessità.

In particolar modo, in passato, si è a lungo dibattuto<sup>51</sup> sulla necessità di qualificare il giudizio condotto dal giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti come sindacato "forte" oppure "debole" o, ancora, sulla natura della discrezionalità esercitata da tali Autorità (*pura o tecnica*) ed, infine, in maniera strettamente connessa con i temi poc'anzi affrontati, sulla natura di quest'ultime, qualificabili come enti paragiurisdizionali o di amministrazione attiva<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>Tra gli altri, PRETO A., CAROTTI B., "Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso DELL'AGCOM", in *Riv. Trim. di Dir. Pub.*, fasc.1, 2016, pp. 123 e ss; SIGISMONDI G., "Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti", in *Riv. Trim. di Dir. Pub.*, fasc.2, 2015, pp. 705 e ss.

<sup>52</sup>In merito, FILICE M., "Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti" in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, pp. 559 e ss..



A porre fine a tale *querelle*, è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite<sup>53</sup>.

Nello specifico, la pronuncia suddetta qualifica quale *pieno* il sindacato effettuato dalle Autorità amministrative indipendenti<sup>54</sup>; ciò nonostante, si ritiene comunque che permanga un margine di discrezionalità, rappresentato dall'impossibilità per il giudice amministrativo di sindacare l'opera di concretizzazione dei c.d. *concetti giuridici indeterminati*, quali la nozione di mercato rilevante o, ancora, il concetto di posizione dominante.

Del resto, tale considerazione appare coerente con l'elevata conoscenza tecnico-scientifica richiesta ai funzionari delle Autorità amministrative indipendenti<sup>55</sup>.

In queste ipotesi, infatti, il giudice deve limitarsi a «*vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto*».

Alla luce di quanto affermato finora risulta evidente che il giudizio anti-trust pubblicistico, così come attualmente disciplinato, presenta alcune insanabili discrasie rispetto al processo sarcitorio civile e al processo penale.

Oltre al mancato esercizio del principio della *full jurisdiction* rispetto ai concetti giuridici in-

---

<sup>53</sup> Cass., Sez. Un., n. 1013/2014. Nello stesso senso Cons. di St., n. 4629/2014; Cons. di St., 27 dicembre 2011. Così le sentenze gemelle Cons. di St., sez. VI, n. 1794/2009 (Soc. Ataf c. Autorità garante concorrenza e mercato e altro) in *Foro amm. CDS*, 2009, 843 e Cons. di St., sez. VI, n. 2201/2009 (Trambus s.p.a. c. Autorità garante concorrenza e mercato e altro) in *Foro amm. CDS*, 2009, 1012, ove si afferma che «*nell'ambito dei procedimenti antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita*».

In prospettiva europea: sul punto si veda la sentenza della C. Giust. UE 6 ottobre 2009, nn. 501/5013/5015/519/06 P, Glaxo c. SmithKline.

<sup>54</sup> Testualmente: «*l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenta la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.*»

<sup>55</sup> GUIZZI G., «*La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*» in *Corriere Giur.*, 2014, 11, pp. 1321 e ss.

In altri termini, le Sezioni Unite della Suprema Corte, statuiscano che «*il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*».

## JUS CIVILE



determinati di cui poc' anzi, si pensi all'accertamento necessariamente limitato ai profili pubblicistici e alla astratta non conformità delle sanzioni erogate ai principi del giusto processo e del *ne bis in idem*, così come previsti dalla Convenzione EDU.

Tali criticità sono enfatizzate dalla nuova disciplina dell'art. 7 del D.lgs. 3/17.

L'instabilità delle sanzioni dell'Autorità antitrust, infatti, condiziona la possibilità per le stesse di erigersi a vincolo per il giudice civile nei procedimenti per il risarcimento del danno (pur con le precisazioni di cui si è detto), legando così a doppio filo ben tre tipologie di processi.

In conclusione, la nuova disciplina italiana non riesce a dissipare le perplessità emerse tra gli interpreti in occasione della emanazione della Direttiva 104/14 e, al contempo, sceglie di non recepire uno strumento che avrebbe potuto valorizzare le peculiarità dell'accertamento "*private/public*" in positivo (le cd "azioni rilevate").

Si aggiunga, inoltre, che gli effetti di una norma che dovrebbe mirare a snellire i tempi processuali civili si tradurranno in una doppia impugnazione "necessitata" innanzi al giudice amministrativo.